

Številka: 018-003/2023-28
Datum: 26. 4. 2023**SKLEP**

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Marka Medveda, kot predsednika senata, ter Sama Červeka in dr. Mateje Škabar, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Dobava zdravil na recept*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja Salus, Veletrgovina, d.o.o., Litostrojska cesta 46 A, Ljubljana, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Gaberšček, o.p., d.o.o., Dunajska cesta 9, Ljubljana, in Odvetniška družba Brulc, o.p., d.o.o., Dunajska cesta 9, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika in pooblaščenega naročnika Javni lekarniški zavod Gorenjske lekarnice, Gosposvetska ulica 12, Kranj (v nadaljevanju: naročnik), dne 26. 4. 2023

odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugodi in se v celoti razveljavi postopek oddaje javnega naročila »*Dobava zdravil na recept*«, ki ga je naročnik dne 24. 10. 2022 objavil na Portalu javnih naročil pod številko objave JN007215/2022-B01.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 2.075,09 EUR v roku 15 dni od prejema tega sklepa. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.

Obrazložitev:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu je bilo objavljeno na Portalu javnih naročil dne 24. 10. 2022, pod št. objave JN007215/2022-B01, in v Uradnem listu EU dne 25. 10. 2022, pod št. objave 2022/S 206-587242. Naročnik izvaja postopek javnega naročanja po odprtem postopku v svojem imenu in za svoj račun ter v imenu in za račun (13) naročnikov, ki so navedeni v točki I.1 obvestila o javnem naročilu.

Vlagatelj je pred potekom roka za predložitev ponudb z vlogo z dne 2. 12. 2022 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga razveljavitev celotnega postopka javnega naročanja, navaja pa tudi stroškovnik. V zahtevku za revizijo vlagatelj naročniku očita več kršitev določb Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3) pri oblikovanju določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

1. Naročnik ni objavil popisa zdravil za posameznega naročnika Lekarna Sevnica, posledično je predmet javnega naročila nedoločen in je onemogočeno oblikovanje popustov.
2. Predmet javnega naročila ni jasno določen, saj so v popisih zdravil vključena tudi zdravila brez recepta (z določeno ceno v CBZ in brez določene cene v CBZ), to pa je v nasprotju z navedbami naročnika, da so v popisih vključena le zdravila na recept. S tem je naročnik znižal povprečno ceno oziroma vrednost zdravila, ki je za ponudnike relevantna pri določanju popusta na ceno zdravila, ter umetno dvignil vrednost posameznega sklopa, ki je relevanten za določanje popusta na obseg dobav. Popusta na ceno zdravila v CBZ ni mogoče oblikovati, če ta ne obstaja.
3. Naročnik je »umetno« dvignil ocenjeno vrednost sklopov, saj ocenjena vrednost zajema vrednost zdravil brez recepta in zdravil z ekskluzivnimi pravicami, vrednost katerih ni znana. Zahtevana višina finančnega zavarovanja je visoka in nesorazmerna, saj je določena glede na previsoko ocenjeno vrednost.
4. Ni jasno, katera zdravila spadajo v sklope z »*ekskluzivnimi pravicami*«, to je v sklope od 29 do 34. Naročnik ni jasno definiral, kaj pomeni »*ekskluzivna pravica*«, poleg tega ne obstaja javno dostopen register s popisom zdravil z ekskluzivnimi pravicami, naročnik pa tudi ni opredelil zdravil, ki spadajo v te sklope. Posledično ponudniki ne morejo oblikovati popustov za te sklope. Vlagatelj ne more pridobiti izjave o izključnih pravicah (predložitev katere zahteva naročnik), saj dobavitelj oz. proizvajalec ne podeljuje takšne pravice, poleg tega pa morebitna odločitev dobavitelja oz. proizvajalca, da bo trenutno imel na trgu enega kupca, ne preprečuje proizvajalcu, da se odloči sodelovati z več kupci. Iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni razvidno, ali v teh sklopih naročnik sklepa okvirni sporazum z enim ali več ponudniki, in za kakšno obdobje. Naročnik je predvidel, da se zdravilo, ki izgubi »*ekskluzivnost*«, uvrsti v sklope od 1 do 28, ne da bi določil, da se tudi za ta zdravila uporablja razmerje 60:40. Uvrstitev zdravila, ki izgubi »*ekskluzivnost*«, v sklope od 1 do 28 v izvedbeni fazi pomeni, da se ponudnik zavezuje dobavljati neznano blago pod pogoji iz ponudbe oz. se v izvedbeni fazi določa predmet javnega naročila. Ponudnik ne more pristati na ponujanje minimalnega popusta, če sploh ne ve, koliko bo zdravilo vredno.
5. Predmet sklopa 35 (interventni uvoz) ni določen, saj naročnik ni opisal tega sklopa in ni navedel ocenjene vrednosti. Naročnik tudi ni določil meril za izbiro skleniteljev okvirnega sporazuma. Poleg tega je naročnik predvidel, da se bo zdravilo po pridobitvi rednega dovoljenja umestilo v sklope od 1 do 34, zato bo izbrani dobavitelj oškodovan.
6. Naročnik zahteva oddajo ponudbe za neznan predmet, saj je predvidel tudi dobavo novih zdravil pod pogoji/popusti iz ponudbe, pri tem pa ni jasno, v kakšnem razmerju bo naročnik naročal nova zdravila. Predvidena možnost dobave drugih zdravil ni določena v skladu s prvim odstavkom 95. člena ZJN-3. Ponudnik ne more oddati ponudbe in se zavezati, da bo dobavljal vnaprej neznano blago pod pogoji iz ponudbe; enako velja za zdravila, vključena v sklop 35, ki se bodo v izvedbeni fazi vključila kot nova zdravila v sklope od 1 do 28.
7. Način zagotavljanja predvidenega razmerja 60:40 med sklopoma ni jasno določen, prav tako ni jasen pomen »*struktura nabav*«. Če naročnik poruši razmerje v dobavi istega zdravila (že z eno samo dražjo škatlico zdravila), je porušeno predvideno razmerje in se v bolj ugoden položaj postavi manj ugodnega ponudnika. Naročnik je sicer navedel, da bo vzpostavil elektronski sistem, v zvezi s katerim pa nič ne pojasni, predvsem pa ne izkaže, da s sistemom razpolaga ali da bo z njim razpolagal. Naročnik si je pridržal pravico, da v primeru objektivno opravičljivih okoliščin odstopi od predvidenega razmerja, ni pa pojasnil, katere okoliščine so to. Naročnik tudi ni pojasnil, kako bo saniral morebitna ugotovljena odstopanja od predvidenega razmerja in kako bo postopal, če zaradi zmanjšanja potreb odstopanj ne bo mogoče sanirati.
8. Ker (z izjemo deležev dobave in posledično različnih popustov na obseg dobav) ni razlik med sklopoma na ravni posamezne ATC skupine posameznega naročnika, mora naročnik oba sklopa obravnavati celostno. V dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila umanjka

pravila glede ravnanja naročnika v primeru napačnega izbora za sklop 1 in pravila glede izvedbe dobav za primer neoddaje enega sklopa oz. predčasne prekinitve razmerja.

9. Zahtevana višina minimalnega deleža popusta na obseg dobav je določena v nasprotju z načelom sorazmernosti in zagotavljanjem konkurence. Naročnik je presešel vse predpisane omejitve in zahteva višje minimalne popuste, kot jih prejema trenutno in kot jih je zahteval v predhodnih postopkih. Naročniku ni v interesu nižja cena zdravila, čeprav gre za javni zavod, ponudniki pa konkurirajo le v tem, kdo bo dal več denarnih ugodnosti lekarnam.
10. Vlagatelj nima vpliva na avtentičnost zdravila (to je odgovornost proizvajalca), kljub temu pa je naročnik na ponudnika prevalil to odgovornost in v ta namen določil neznano višino kazni – povrnitev manipulativnih stroškov po svojem ceniku. Naročniki nimajo objavljenega cenika manipulativnih stroškov.
11. Naročnik je pogodbeno kazen prelevil v glavno obveznost ter predvidel pogodbeno kazen za denarno obveznost, kar je nezakonito in v nasprotju z Obligacijskim zakonikom (Uradni list RS, št. 83/2001 s sprem.). Nezakonita in nesorazmerna je določba, da bo naročnik v primeru izgube »ekskluzivnosti« odstopil od pogodbe in novčnil pogodbeno kazen. Nesorazmerna je višina pogodbene kazni za primer neupoštevanja zahtev v zvezi s ponujenim skupnim popustom. Naročnik je določil višino finančnega zavarovanja za resnost ponudbe v nasprotju z načelom sorazmernosti, četudi je določil finančno zavarovanje ob omejitvah, kot izhajajo iz podzakonskega predpisa.
12. Naročnik je zahteval popust na predčasna plačila v višini 0,2 %, kar pomeni, da če bi naročnik vse račune plačal predčasno, bi mu moral ponudnik priznati še 2,4 % popusta na leto. Takšna zahteva je nesorazmerna. Vlagatelju predčasno plačilo ne predstavlja nobene prednosti/ugodnosti, zaradi katere bi dajal (znatno previsok) zahtevan popust.

Naročnik je dne 3. 1. 2023 zavrnil vlagateljev zahtevek za revizijo kot neutemeljen in zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva.

1. Ponudniki so, kot strokovnjaki na področju predmeta javnega naročila, seznanjeni, katera zdravila spadajo v posamezno ATC skupino, kot tudi z razmerami na trgu, zato zaradi opredelitve posameznih zdravil, ki spadajo v sklope od 29 do 34 predmet javnega naročanja ni pomanjkljivo opredeljen. Popisi zdravil so informativne narave, zato zaradi umanjkanja popisa zdravil za Lekarno Sevnica, v zvezi s čimer naročnik sicer ni prejel opozorila preko Portala javnih naročil, predmet javnega naročila ni pomanjkljivo opredeljen. Popis zdravil ne predstavlja podatka, relevantnega za pripravo ponudb. Oblikovanje ponudbene cene glede na razpoložljive podatke je stvar ponudnikove podjetniške presoje.
2. Tudi če so v popisu zdravil vključena zdravila brez recepta, iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila jasno izhaja, da je predmet javnega naročila (le) dobava zdravil na recept.
3. Pravilnost določitve ocenjene vrednosti, ki je relevantna za presojo o uporabi ZJN-3, ne vpliva na zmožnost oddaje ponudbe. Naročniku podatka o ocenjeni vrednosti ni potrebno razkriti, ponudniki podatka o ocenjeni vrednosti tudi ne potrebujejo – na razpolago imajo informativni popis zdravil. Naročnik iz ocenjene vrednosti ni mogel izključiti vrednosti sklopov z ekskluzivnimi pravicami, saj ne ve, v zvezi s katerimi zdravili obstaja ekskluzivna pravica.
4. Naročnik je oblikoval ločene sklope za zdravila, v zvezi s katerimi obstajajo ekskluzivne pravice – v teh sklopih je omogočeno sodelovanje vsem ponudnikom, ki predložijo lastno izjavo, da so ta zdravila sposobni dobavljati. Ponudniki, kot strokovnjaki na področju predmeta javnega naročila, vedo, katera zdravila spadajo v kateri sklop. Če bo zdravilo v izvedbeni fazi izgubilo ekskluzivnost, to zdravilo ne bo več del sklopov od 29 do 34, pač pa del sklopov od 1 do 28, za njih pa bodo veljala vsa pravila, ki veljajo za te sklope.
5. Naročnik preko Portala javnih naročil ni prejel opozorila, vezanega na umanjkanje meril za izbiro skleniteljev okvirnega sporazuma v sklopu 35. Ti očitki so tudi neutemeljeni.
6. Kljub temu, da so predmet javnega naročila tudi nova zdravila, predmet ni nedoločljiv. Ko bo novo zdravilo pridobilo dovoljenje za prodajo, bo znano, v katero ATC skupino zdravilo spada. Ker so nova zdravila predmet javnega naročila, 95. člen ZJN-3 ni relevanten. Novih zdravil

dobavitelj ne bo dolžan dobaviti, če bodo za to obstajali objektivni razlogi. Tudi nova zdravila je naročnik dolžan zagotoviti v roku 24 ur oz. naslednji dan, naročnik pa v tem času ne more izvesti postopka javnega naročanja za nova zdravila.

7. Izvajanje dobav sodi v izvedbeno fazo, ki ne more biti predmet postopka pravnega varstva. Na Portalu javnih naročil je naročnik pojasnil pojem »*struktura dobav*«. Naročnik bo ohranjal razmerje dobav količin istega zdravila na ravni posameznega naročnika. Glede protokola naročanja je naročnik pojasnil, da bo vzpostavljen elektronski sistem, ki bo ob vsakokratnem naročanju spremljal spoštovanje predvidenega razmerja. Sam način delovanja tega sistema za oddajo ponudb ni relevanten.
8. V zvezi z neoddajo enega sklopa na ravni posameznega zavoda in posamezne ATC skupine vlagatelj izpostavlja hipotetična vprašanja. Poleg tega je naročnik pojasnil, da bo v primeru neoddaje enega sklopa postopal v skladu z določbami ZJN-3.
9. Določitev minimalnih popustov je avtonomija naročnika, ki zasleduje svoj interes, pri čemer naročniki razliko med prihodki in odhodki porabijo za zdravstveno dejavnost.
10. Revizijski očitki, povezani z določbami vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil glede avtentičnosti zdravil ter povrnitvijo manipulativnih stroškov, se nanašajo na pogodbeno fazo, ki se v predrevizijskem in revizijskem postopku ne presojajo.
11. Predmet revizijskega postopka ne morejo biti določbe pogodbe, povezane s pogodbeno kaznijo. Očitki o nesorazmerni višini finančnega zavarovanja za resnost ponudbe so neutemeljeni.
12. Zahteva glede popusta na predčasna plačila predstavlja pravilo o zgornji vrednostni meji, po kateri je naročnik še pripravljen plačevati enoto mere predmeta naročila. Ta zahteva je povezana s predmetom javnega naročila, saj se nanaša na vrednost dobavljenih zdravil, podana pa je tudi sorazmernost s cilji naročila – pridobitev predmeta javnega naročila po čim nižji ceni.

Naročnik je dne 6. 1. 2023 Državni revizijski komisiji odstopil dokumentacijo predrevizijskega postopka.

Vlagatelj v vlogi z dne 6. 1. 2023, s katero se je opredelil do navedb naročnika, vztraja pri revizijskih navedbah.

Po preučitvi navedb vlagatelja in naročnika je Državna revizijska komisija odločila tako, kot izhaja iz izreka tega sklepa, iz razlogov, ki so navedeni v nadaljevanju.

Uvodoma gre v zvezi z naročnikovimi navedbami, da obstajajo težave na področju nabave zdravil in da so naročniki »*prisiljeni*« izbirati med spoštovanjem javno-naročniške zakonodaje in področne zakonodaje (npr. predpisi o izvajanju lekarniške dejavnosti), pojasniti, da Državna revizijska komisija glede na pristojnost iz prvega odstavka 60. člena ZPVPJN (organ, ki odloča o zakonitosti oddaje javnih naročil) v postopku pravnega varstva lahko odloči le o zakonitosti oddaje javnega naročila in torej o zakonitosti naročnikovega ravnanja, ni pa pristojna za presojo oz. za podajanje mnenja »*kako je zahteve predpisov lekarniške dejavnosti mogoče upoštevati na način, da bo izveden ustrezen postopek javnega naročanja*«, za pridobitev katerega se zavzema naročnik. Revizijski postopek, kot ga določa ZPVPJN, ni namenjen svetovanju naročniku pri izvedbi postopka javnega naročanja, prav tako pa v okviru pravnega varstva ni mogoče razreševati sistemskega vprašanja organizacije oz. izvajanja javnega naročanja zdravil.

Ob tem Državna revizijska komisija še dodaja, da obstoj specifik na področju dobave zdravil še ne pomeni, da ni mogoče zagotoviti spoštovanja veljavne zakonodaje, kot to želi prikazati naročnik. Vsako javno naročilo se izvede ob upoštevanju specifičnosti posameznega predmeta javnega naročila, zato lahko tudi naročnik specifik, vezane na dobavo zdravil, upošteva pri

oblikovanju določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Poleg tega naročnik v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo zgolj izpostavlja nekatere specifikke, povezane s predmetom javnega naročila (da dejanski plačnik zdravil ni naročnik, temveč Zavod za zdravstveno zavarovanje, da se cene zdravil ne določajo na trgu, temveč na podlagi Pravilnika o določanju cen zdravil za uporabo v humani medicini (Uradni list RS, št. 32/2015 s sprem.), da imajo javni zavodi dolžnost zagotoviti vsa zdravila, ki so na trgu v Republiki Sloveniji, najpozneje v 24 urah od naročila, da glede nekaterih zdravil obstajajo ekskluzivne pravice), ob tem pa ne pojasni, zakaj bi mu te specifikke onemogočale spoštovanje javno-naročniške zakonodaje oz. sočasno spoštovanje vseh relevantnih predpisov, kot to želi prikazati naročnik. Glede naročnikovih navedb, vezanih na zdravilo Lekadol in zdravilo Daleron, ki sta po navedbah naročnika zamenljivi zdravili, gre poudariti, da se v konkretnem sporu ne odpira vprašanje skladnosti naročnikovega ravnanja s šestim odstavkom 68. člena ZJN-3, zato ni jasen namen, ki ga zasleduje naročnik s temi navedbami. Poleg tega je Državna revizijska komisija v zadevi št. 018-096/2021-91, zavrnila (takratne) revizijske očitke o kršitvi šestega odstavka 68. člena ZJN-3, saj je ugotovila objektivno opravičljive razloge, povezane s predmetom javnega naročila, da je predmet javnega naročila oz. zdravila (posredno) opredeljen z lastniškimi imeni (in ne po učinkovinah).

Med strankama revizijskega postopka je spor v tem, ali je naročnik posamezne določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki jih vlagatelj izpostavlja v zahtevku za revizijo, oblikoval v skladu z določbami ZJN-3. Državna revizijska komisija je revizijske navedbe, ki so medsebojno povezane, obravnavala skupaj.

1. Glede umanjkanja popisa zdravil za posameznega naročnika Lekarna Sevnica

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila umanjka popis zdravil za posameznega naročnika Lekarna Sevnica, zato ni jasno, katera zdravila spadajo v posamezni sklop tega naročnika, posledično pa je onemogočeno oblikovanje popustov v sklopih tega posameznega naročnika.

V zvezi z navedbami naročnika, da prek Portala javnih naročil ni bil opozorjen na umanjkanje popisa zdravil za posameznega javnega naročnika Lekarna Sevnica, gre ugotoviti, da naročnik v okviru prvotno (dne 24. 10. 2022) objavljene dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni objavil popisa zdravil za nobenega posameznega javnega naročnika (kljub temu, da se je v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila skliceval na popis zdravil), pač pa je po več opozorilih gospodarskih subjektov (glej npr. vprašanje, objavljeno dne 3. 11. 2022 ob 13:17 uri) popis zdravil objavil na Portalu javnih naročil (v okviru drugega popravka JN007215/2022-K02) dne 7. 11. 2022. Že upošteva navedeno gre ugotoviti, da glede revizijskih navedb, povezanih z zatrjevanimi pomanjkljivostmi v popisu zdravil, omejitev iz tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN ni podana. Poleg tega ne gre spregledati, da je naročnik (na podlagi pozivov gospodarskih subjektov) objavil popise zdravil dne 7. 11. 2022, istega dne pa je tudi potekel rok za postavljanje vprašanj.

V obravnavanem primeru je naročnik predmet javnega naročila opredelil v 5.1. točki »*Opis predmeta javnega naročanja*« dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Iz omenjene točke dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila jasno, natančno in nedvoumno izhaja, da je predmet javnega naročila dobava zdravil, (1) za katere velja določen način/režim predpisovanja in izdaje zdravil (Rp, Rp/Spec, H/Rp in ZZ) oz. zdravil na recept, (2) ki so uvrščena v Centralno bazo zdravil (v nadaljevanju: CBZ), (3) ki imajo dovoljenje, da so v prometu v Republiki Sloveniji in (4) katerih cena je regulirana s strani Javne agencije za zdravila in medicinske pripomočke (v nadaljevanju: JAZMP). Iz omenjene točke dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila

nadalje jasno, natančno in nedvoumno izhaja, da je predmet javnega naročila razdeljen na 490 sklopov, in sicer je predmet javnega naročila razdeljen najprej glede na posamezne naročnike (oznake sklopov od 01 do 14), na ravni vsakega posameznega naročnika pa je predmet javnega naročila nadalje razdeljen na 35 sklopov, in sicer:

- sklopi od 1 do 28 so oblikovani glede na ATC klasifikacijo zdravil (obstaja 14 ATC skupin zdravil), pri čemer sta znotraj vsake ATC skupine zdravil oblikovana dva sklopa za dobavo različnih količin (razmerje 60:40) istih zdravil. Predmet teh sklopov so vsa zdravila, ki so uvrščena v posamezno ATC skupino, razen:
 - o zdravil, v zvezi s katerimi obstoji ekskluzivna pravica distribucije na slovenskem trgu (ta zdravila so uvrščena v sklope od 29 do 34) ter
 - o zdravila z začasnim dovoljenjem za uvoz v Republiko Slovenijo (ta zdravila so uvrščena v sklope 35);
- predmet sklopov od 29 do 34 (tj. sklopi z ekskluzivnimi pravicami) so zdravila z ekskluzivno pravico distribucije,
- predmet sklopov 35 (tj. interventni uvoz) so zdravila, ki nimajo rednega dovoljenja za promet z zdravilom v Republiki Sloveniji.

Naročnik je kot merilo za izbor ekonomsko najugodnejše ponudbe v posameznem sklopu določil skupni popust na dobavo zdravil, ki predstavlja seštevek popusta na ceno zdravila, določeno v CBZ, in ugodnost na obseg dobav (glej 12. točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila).

Del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je tudi popis zdravil. Državna revizijska komisija ugotavlja, da popis zdravil predstavlja seznam zdravil po ATC skupinah, ki so jih v letu 2021 kupili posamezni naročniki (glej odgovora, objavljena na Portalu javnih naročil dne 3. 11. 2022 ob 13:28 in 13:31 uri). V zvezi s popisom zdravil je naročnik pojasnil, da je ta le informativen, da so vrste in količine oz. vrednosti zdravil le informativne in da bodo naročniki dejansko naročali zdravila glede na njihove dejanske potrebe (glej 5.1. točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in odgovora naročnika, objavljena na Portalu javnih naročil dne 3. 11. 2022 ob 13:28 in 13:31 uri).

Med strankama je nesporno, da v popisu zdravil umanjka seznam zdravil za posameznega naročnika Lekarna Sevnica, navedeno pa je tudi potrjeno z vpogledom v popis zdravil. Pritrditi gre naročniku, da je Državna revizijska komisija v zadevi št. 018-061/2022 zavzela stališče, da zaradi umanjkanja *zavezujočega* seznama zdravil predmet javnega naročila ni nedoločen, vendar pa izpostavljeno stališče Državne revizijske komisije v obravnavani zadevi ni relevantno, saj se vlagatelj v zahtevku za revizijo ne zavzema, da bi se naročnik zavezal k nakupu določene vrste oz. količine zdravil. Državna revizijska komisija v odločitvi št. 018-061/2022 tako ni zavzela stališča, da naročnik ne bi bil dolžan objaviti informativnega popisa zdravil oz. da ne bi bil dolžan predstaviti, katera zdravila je v preteklem obdobju naročil in količino naročenih zdravil. Pri tem gre še dodati, da sicer v navedeni zadevi, tako kot v konkretni zadevi, za enega izmed posameznih naročnikov ni bil objavljen seznam zdravil, vendar se v navedeni zadevi zaradi obstoja omejitve iz tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN nista odprli vprašanji, ki se odpirata v konkretni zadevi, in sicer, ali je zaradi umanjkanja popisa zdravil predmet sklopov tega posameznega naročnika nedoločen ter ali umanjkanje popisa zdravil onemogoča oblikovanje popustov za sklope tega posameznega naročnika.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik predmeta javnega naročila ni opredelil s popisom zdravil, pač pa je predmet javnega naročila oz. predmet posameznih sklopov opisno opredelil v 5.1. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, posledično pa ni mogoče pritrditi vlagatelju, da predmet sklopov posameznega naročnika Lekarna Sevnica zaradi

umanjkanja popisa zdravil ni jasno določen. Pritrditi pa gre vlagatelju, da naročnik v posledici umanjkanja popisa zdravil za posameznega naročnika Lekarna Sevnica ponudnikom ni zagotovil zadosti informacij za oblikovanje skupnega popusta za dobavo zdravil v sklopih tega posameznega naročnika. Kot je ob primerljivih določbah dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila Državna revizijska komisija že večkrat pojasnila (prim. sklepa, št. 018-069/2022-10 in 018-092/2022-16, ter sklepe, št. 018-139/2022-19, 018-139/2022-20 in 018-139/2022-28, ki so bili sprejeti 24. 1. 2023 oziroma 28. 2. 2023, to je po vložitvi zahtevka za revizijo), naročnik s popisom zdravil in z ocenjeno vrednostjo po posameznih sklopih (oz. z vrednostjo nakupa v preteklem letu) zagotovi gospodarskim subjektom informacije, potrebne za oblikovanje popustov. Čeprav je sicer popis zdravil zgolj informativne narave in se torej naročnik ne zavezuje k nakupu določene vrste in količine zdravil, pa popis zdravil ni povsem brezpredmeten, kot to želi prikazati naročnik, saj naročnik v popisu zdravil predstavi svoje potrebe v preteklem obdobju, na drugi strani pa se ponudniki s popisom zdravil seznanijo s predvideno strukturo (vrsto zdravil) in obsegom (količina teh zdravil). Ob upoštevanju, da je skladno Pravilnikom o določanju cen zdravil za uporabo v humani medicini delež (marža) veletrgovca v ceni zdravila natančno določen in odvisen od vrednosti zdravila, pri čemer je zamejen na največ 27,5 EUR, gre pritrditi vlagatelju, da je za pripravo ponudbe oz. za oblikovanje skupnega popusta na dobavo zdravil ključen podatek o tem, katera in koliko zdravil bo predvideno naročenih v posameznih sklopih posameznega naročnika Lekarna Sevnica. Predmet sklopov so zdravila z različnimi cenami, ponudniki pa oblikujejo skupen popust na dobavo zdravil za posamezen sklop – torej za vsa zdravila, ne glede na njihovo ceno, enako stopnjo skupnega popusta na dobavo zdravil, čeprav je, kot to izpostavlja vlagatelj, delež veletrgovine v ceni dražjega zdravila zanemarljiv. Ponudniki morajo biti zato seznanjeni s predvideno strukturo (vrsto zdravil) in obsegom (količina teh zdravil), saj jim je na ta način omogočeno, da pri oblikovanju skupnega popusta na dobavo zdravil upoštevajo cenovne razlike med zdravili, ki so združena v posameznem sklopu, in ob upoštevanju teh razlik ter predvidenih količin oblikujejo ponujeni skupni popust na dobavo zdravil. Ker naročnik teh podatkov za posameznega naročnika Lekarna Sevnica gospodarskim subjektom ni posredoval, ponudniki pri oblikovanju skupnega popusta na dobavo zdravil v sklopih tega posameznega naročnika ne bodo izhajali iz enakih izhodišč, saj bodo ponudniki na podlagi različnih predstav o naročnikovih preteklih potrebah različno oblikovali stopnjo skupnega popusta na dobavo zdravil.

Naročnik ne more uspeti s primerjavo podajanja ponudbene cene za pisarniško opremo oz. za svinčnik že iz razloga, ker v obravnavanem primeru ponudniki ne oblikujejo popusta na posamezni izdelek, temveč oblikujejo enoten skupen popust na dobavo zdravil za več različno dragih zdravil. V zvezi z naročnikovimi navedbami, da ni dolžan razkriti niti ocenjene vrednosti niti popisa zdravil, gre pojasniti, da iz prakse Sodišča EU izhaja, da mora biti v obvestilu o javnem naročilu navedena ocenjena količina in/ali vrednost ter maksimalna količina in/ali vrednost blaga, ki se dobavi na podlagi okvirnega sporazuma in se dobavi na podlagi okvirnega sporazuma, in da navedeni okvirni sporazum, ko je ta zgornja meja dosežena, preneha veljati (glej sodbo Sodišča EU, C-23/20, Simonsen & Weel, ECLI:EU:C:2021:490, točka 91). Kot je pojasnilo Sodišče EU, je za ponudnika zelo pomembno, da javni naročnik navede ocenjeno količino in/ali vrednost ter maksimalno količino in/ali vrednost blaga, ki se dobavi na podlagi okvirnega sporazuma, saj lahko na podlagi te ocene presodi svojo zmožnost izpolniti obveznosti, ki izhajajo iz tega okvirnega sporazuma (točka 63 omenjene sodbe). Ob tem pa gre še dodati, da je naročnik gospodarskim subjektom, tudi za posameznega naročnika Lekarna Sevnica, predstavil vrednost nakupa zdravil v letu 2021, zato bi lahko svoje pretekle potrebe oz. popis zdravil brez večjega navora predstavil tudi gospodarskim subjektom in s tem zagotovil spoštovanje načela preglednosti in enakega obravnavanja (v tem smislu glej sodbo Sodišča EU, C-216/17, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust in Coopservice, ECLI:EU:C:2018:1034, točka 67 in 68). Spoštovanja načela transparentnosti in načela enakopravne obravnave ponudnikov se naročnik tudi ne more razbremeniti s sklicevanjem na promet in prihodke vlagatelja, kot tudi ne s

sklicevanjem na »analitične sposobnosti vlagatelja ter podatke s katerimi razpolaga na podlagi nezanimarjivega tržnega deleža«. Na naročniku je priprava jasne, natančne in nedvoumne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in da ponudnikom pri pripravi zagotovi enaka izhodišča. Ni dolžnost ponudnikov, da sami, na podlagi svojih sposobnosti, pridobivajo informacije za pripravo ponudbe, s katerimi naročnik očitno razpolaga in bi jih lahko brez večjega napora predstavil vsem gospodarskim subjektom, četudi naročnik te informacije (zmotno) ocenjuje kot nepotrebne za pripravo ponudb.

Upoštevanje navedeno gre pritrditi vlagatelju, da naročnik v posledici umanjkanja popisa zdravil za posameznega naročnika Lekarna Sevnica gospodarskim subjektom ni zagotovil potrebnih informacij, potrebnih za oblikovanje skupnega popusta na dobavo zdravil v sklopih tega posameznega naročnika, posledično pa gospodarskim subjektom ni zagotovil enakih izhodišč za pripravo ponudb za sklope tega posameznega naročnika. Upoštevanje navedeno gre ugotoviti, da je vlagatelj v izpostavljenem delu zahtevka za revizijo izkazal naročnikovo kršitev načela transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3) in načela enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3).

2. Glede zdravil brez recepta, ki so vključena v popis zdravil

Vlagatelj zatrjuje, da je naročnik v popis zdravil vključil tudi zdravila brez recepta, posledično pa predmet javnega naročila ni jasno določen, poleg tega je naročnik z vključitvijo teh zdravil v popis zdravil znižal povprečno vrednost zdravil, ki je relevantna pri oblikovanju popusta na ceno zdravila, ter umetno dvignil vrednost posameznega sklopa, ki je relevantna pri oblikovanju popusta na obseg dobav. Popusta na ceno zdravil ni mogoče oblikovati, če cena zdravila v CBZ ne obstaja.

Kot že pojasnjeno, naročnik predmeta javnega naročila ni opredelil s popisom zdravil, pač pa je predmet javnega naročila oz. predmet posameznih sklopov opisno opredelil v 5.1. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Zato četudi so v popis zdravil zajeta zdravila brez recepta, kot to zatrjuje vlagatelj, predmet javnega naročila ni nejasno opredeljen, saj iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila jasno, natančno in nedvoumno izhaja, da so predmet javnega naročila izključno zdravila na recept.

Državna revizijska komisija tudi ne more pritrditi navedbam vlagatelja, da zaradi vključitve zdravil brez recepta v popis zdravil ni mogoče oblikovati skupnega popusta na dobavo zdravil. Po presoji Državne revizijske komisije so lahko vsi razumno obveščeni in povprečno skrbni gospodarski subjekti kot strokovnjaki na področju predmeta konkretnega javnega naročila seznanjeni, katera zdravila se izdajajo na recept in katera zdravila se izdajajo brez recepta. Tudi vlagatelj v zahtevku za revizijo ne zatrjuje, da ni seznanjen, katera izmed v popisu zdravil navedenih zdravil se izdajajo na recept (in so torej predmet tega javnega naročila) in katera se izdajajo brez recepta (in torej niso predmet tega javnega naročila). Ponudniki, vključno z vlagateljem, tako lahko oblikujejo skupni popust na dobavo zdravil brez upoštevanja v popisu zdravil navedenih zdravil brez recepta, ki niso predmet javnega naročila. Četudi ponudniki oblikujejo skupen popust na dobavo zdravil ob upoštevanju povprečne cene zdravila (ki naj bi bila zaradi vključitve zdravil brez recepta popačena, saj naj bi bila ta zdravila načeloma cenejša) in ob upoštevanju predvidene skupne vrednosti sklopa (ki naj bi jo naročnik zaradi vključitve zdravil brez recepta »umetno« zvišal), kot to zatrjuje vlagatelj, lahko vlagatelj »izračuna« povprečno ceno zdravila oz. skupno vrednost sklopa (tj. vrednost nakupa v letu 2021) brez upoštevanja zdravil brez recepta in na tako izračunano vrednost oblikuje skupen popust na dobavo zdravil.

Upoštevanje navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik sicer nepravilno vključil zdravila brez recepta v popis zdravil, vendar ta naročnikova nepravilnost ni povzročila niti

nejasnosti glede predmeta javnega naročila niti ponudnikom ne onemogoča oblikovanje skupnega popusta na dobavo zdravil, s tem povezane revizijske navedbe pa gre zavrniti kot neutemeljene.

3. Glede sklopov z »ekskluzivnimi pravicami«

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da predmet sklopov od 29 do 34 ni jasno opredeljen, saj naročnik ni jasno opredelil pojma »ekskluzivne pravice«, poleg tega naročnik v popisu zdravil ni navedel zdravil, ki spadajo v te sklope, naročnik pa tudi ni navedel ocenjene vrednosti teh sklopov. Vlagatelj nadalje zatrjuje, da iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni razvidno, ali v teh sklopih naročnik sklepa okvirni sporazum z enim ali več ponudniki, in za kakšno obdobje.

Glede revizijskih očitkov, da predmet sklopov od 29 do 34 ni jasno opredeljen, gre najprej ponoviti, da iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja, da so predmet teh sklopov zdravila, v zvezi s katerimi imajo določeni subjekti (to so, Zavod RS za transfuzijsko medicino – sklop 29, Kemofarmacija, d.d., – sklop 30, Salus, d.d., – sklop 31, Iris, d.o.o., – sklop 32, Medis, d.o.o., – sklop 33, Mark Medical, d.o.o., – sklop 34) ekskluzivno pravico distribucije. Neutemeljene so navedbe vlagatelja, da naročnik ni definiral, kaj pomeni »ekskluzivna pravica«, saj je naročnik v 5.1. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ekskluzivno pravico opredelil kot »pravico, na podlagi katere lahko posamezni dobavitelj, ki ima dovoljenje za prodajo v RS, prodaja zdravila določenega proizvajalca, pri čemer drugi dobavitelji na slovenskem trgu te pravice nimajo in posledično nimajo zmožnosti dobavljati takšnih zdravil«.

Čeprav gre pritruditi gre navedbam vlagatelja, da ekskluzivna pravica ni pravica enega ponudnika, da »razpolaga« z določenim zdravilom, pa ne gre spregledati, da je naročnik na Portalu javnih naročil odgovoril na več vprašanj zainteresiranih gospodarskih subjektov v zvezi z ekskluzivno pravico, in sicer:

- *»V kolikor ima potencialni ponudnik pravico dobavljati zdravila, nad katerimi ima ekskluzivno pravico posamezni proizvajalec, lahko odda ponudbo v sklopu od 29 do 34. Naročnik ne omejuje tega sklopa le na posameznega potencialnega ponudnika. Če ima več potencialnih ponudnikov na slovenskem trgu dovoljenje za prodajo zdravil, ki imajo sicer ekskluzivno pravico, lahko ponudbo odda več ponudnikov«* (glej odgovor, objavljen na Portalu javnih naročil dne 22. 11. 2022 ob 11:02 uri),
- *»Ponudniki v sklopih 29-34 so lahko ne le imetniki ekskluzivnih pravic, ampak tudi tisti, ki zdravila kupujejo od distributerjev zunaj Slovenije in ponudijo zdravilo v tem postopku javnega naročanja«* (glej odgovora, objavljena na Portalu javnih naročil dne 23. 11. 2022 ob 7:43 in 11:17 uri).

Navedbe vlagatelja, da je naročnik z odgovori »vnesel dodaten dvom in zmedo«, so povsem pavšalne, saj iz revizijskih navedb ni mogoče razbrati, kakšen dvom se vlagatelju poraja glede pojma »ekskluzivna pravica«. Odgovor naročnika, da lahko v sklopih od 29 do 34 sodelujejo tudi ponudniki, *»ki zdravila kupujejo od distributerjev zunaj Slovenije in ponudijo zdravilo v tem postopku javnega naročanja«*, ni nerazumljiv, pač pa iz njega (kljub naročnikovi neustrezni uporabi nekaterih izrazov, povezanih z ekskluzivno pravico, iz katere izhaja, da naročnik enači ekskluzivno pravico s *»pravico dobavljanja zdravil«* oz. *»dovoljenjem za prodajo zdravil«*) izhaja, da je treba ekskluzivno pravico razumeti v smislu sporazuma o izključni (ekskluzivni) distribuciji.

Sporazum o izključni (ekskluzivni) distribuciji je vertikalni sporazum, ki pomeni sporazum med dvema ali več podjetji, od katerih za namene sporazuma vsako posluje na različni stopnji proizvodne ali distribucijske verige, in ki se nanaša na pogoje, po katerih udeležena podjetja kupujejo, prodajajo ali nadaljnje prodajajo določeno blago ali storitve (v tem smislu glej a) točko 1. člena Uredbe Komisije (EU) 2022/720). Sporazumi o izključni (ekskluzivni) distribuciji so lahko

različnih modalitet in se lahko nanašajo na dodelitev oz. omejitev ozemlja ali dodelitev oz. omejitev skupine odjemalcev izključno omejenemu številu (ali celo enemu) kupcu (v tem smislu glej h) točko 1. člena Uredbe Komisije (EU) 2022/720). S sporazumom o izključni distribuciji se torej dobavitelj (npr. proizvajalec) strinja, da bo svoje izdelke prodajal enemu (ali več) distributerjem za nadaljnjo prodajo na določenem ozemlju ali bo svoje izdelke prodajal enemu (ali več) distributerjem za nadaljnjo prodajo točno določeni skupini odjemalcev. Upošteva se navedeno in upošteva se, da iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni razvidno, da bi bila za sklope od 29 do 34 relevantna le določena modaliteta sporazuma o izključni (ekskluzivni) distribuciji, gre ugotoviti, da so predmet sklopov od 29 do 34 zdravila, ki jih dobavitelj (v smislu sporazuma o ekskluzivni distribuciji) dobavlja izključno točno določenim subjektom (to so, Zavod RS za transfuzijsko medicino, Kemofarmacija, d.d., Salus, d.d., Iris, d.o.o., Medis, d.o.o., in Mark Medical, d.o.o.) za nadaljnjo prodajo (ali v Republiki Sloveniji ali točno določenim kupcem, npr. lekarnam).

Upošteva se navedeno pa je naročnikov odgovor, da lahko v sklopih od 29 do 34 sodelujejo tudi ponudniki, »ki zdravila kupujejo od distributerjev zunaj Slovenije in ponudijo zdravilo v tem postopku javnega naročanja«, povsem logičen in razumljiv. Obstoj sporazuma o izključni (ekskluzivni) distribuciji namreč (kot je pojasnila Državna revizijska komisija že v zadevi, št. 018-104/2022-5) ne pomeni že tudi, da subjekt, ki ni stranka omenjenega sporazuma, ne more ponuditi ali dobaviti zdravila, ki je predmet tega sporazuma. Gospodarski subjekt, ki ni imetnik ekskluzivne pravice distribuiranja (vključno z vlagateljem), lahko kupi zdravilo od imetnika ekskluzivne pravice distribuiranja, kateremu je bilo dodeljeno izključno ozemlje Republike Slovenije, ali od distributerja, kateremu je bilo izključno dodeljeno neko drugo ozemlje (npr. druga država).

Pritrditi gre sicer vlagatelju, da naročnik ni izrecno (poimensko) opredelil zdravil z ekskluzivno pravico (torej zdravil, ki ne spadajo v sklope od 1 do 28, ampak v sklope od 29 do 34), saj ne le, da v popisu zdravil za nobenega posameznega naročnika ni izrecno navedel zdravil, ki spadajo v sklope od 29 do 34, pač pa je na Portalu javnih naročil tudi pojasnil, da so v popisu zdravil zdravila razdeljena po ATC skupinah, da so znotraj posamezne ATC skupine vključena tudi zdravila, ki zaradi ekskluzivnih pravic ne sodijo v posamezen sklop oz. v sklope od 1 do 28, in da ponudniki zdravila, v zvezi s katerimi obstajajo ekskluzivne pravice distribucije, upoštevajo v sklopih z ekskluzivnimi pravicami (glej odgovora, objavljena na Portalu javnih naročil dne 3. 11. 2022 ob 13:28 in 13:31 uri). Vendar kot že pojasnjeno, predmet javnega naročila oz. predmet posameznih sklopov ni opredeljen s popisom zdravil, pač pa je predmet teh sklopov opisno opredeljen v 5.1. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila: predmet sklopov od 29 do 34 so zdravila, glede katerih imajo ekskluzivno pravico distribucije točno določeni subjekti. Vlagatelj tudi ne more uspeti z navedbami, da ne obstajajo javne evidence o zdravilih z ekskluzivno pravico (kar je med strankama nesporno), saj četudi ne obstajajo omenjene javne evidence, so lahko vsi razumno obveščeni in povprečno skrbni gospodarski subjekti kot strokovnjaki na področju predmeta konkretnega javnega naročila seznanjeni, katera zdravila spadajo v posamezno ATC skupino (oz. kakšna je ATC klasifikacija posameznega zdravila) in z razmerami na relevantnem trgu. Poleg tega je vsak gospodarski subjekt lahko seznanjen tudi z razlogi, zaradi katerih posameznega zdravila nima v svojem programu (prim. odločitvi Državne revizijske komisije, št. 018-061/2022-12 in št. 018-092/2022-16). Upošteva se navedeno gre zavrniti navedbe vlagatelja, da zaradi umanjkanja izrecne opredelitve zdravil, ki spadajo v sklope od 29 do 34, predmet teh sklopov (in sklopov od 1 do 28) ni jasno določen.

Državna revizijska komisija ne more pritrditi navedbam vlagatelja, da zaradi umanjkanja navedbe ocenjene vrednosti sklopov od 29 do 34 in zaradi umanjkanja navedbe konkretnih zdravil, ki spadajo v sklope od 29 do 34, ni mogoče oblikovati skupnega popusta na dobavo zdravil v teh sklopih. Vlagatelj sicer pravilno navaja, da naročnik ni navedel ocenjene vrednosti omenjenih

sklopov, kot tudi, da naročnik ni navedel konkretnih zdravil, ki spadajo v te sklope, vendar pa gre ugotoviti, da je naročnik za posamezne naročnike (razen za posameznega naročnika Lekarna Sevnica) pripravil popis zdravil, v katerih so zajeta vsa zdravila, ki so jih v letu 2021 naročili posamezni naročniki, torej tudi zdravila z ekskluzivnimi pravicami. Upošteva se navedeno in upošteva se, da so lahko ponudniki, kot strokovnjaki na področju predmeta javnega naročila, lahko seznanjeni glede katerih zdravil obstajajo ekskluzivne pravice distribucije, lahko upošteva se predstavljene popise zdravil ugotovijo tako vrednost kot količino teh zdravil, ki so jih v preteklem obdobju naročili posamezni naročniki (razen posamezni naročnik Lekarna Sevnica) in ob upoštevanju navedenega oblikujejo skupni popust na dobavo zdravil (razen za sklope posameznega naročnika Lekarna Sevnica). Ker naročnik za posameznega naročnika Lekarna Sevnica ni objavil popisa zdravil, ponudnikom ni omogočeno, da se na podlagi popisa zdravil seznanijo z vrednostjo in količino zdravil z ekskluzivnimi pravicami distribuiranja, ki jih je v preteklem obdobju naročil omenjeni posamezni naročnik. Zato gre ugotoviti, da naročnik v posledici umanjkanja popisa zdravil za posameznega naročnika Lekarna Sevnica gospodarskim subjektom tudi ni zagotovil potrebnih informacij, potrebnih za oblikovanje skupnega popusta na dobavo zdravil v sklopih od 29 do 34 posameznega naročnika Lekarna Sevnica, posledično pa gospodarskim subjektom ni zagotovil enakih izhodišč za pripravo ponudb v teh sklopih.

V zvezi z revizijskimi očitki o nejasnosti dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila glede vprašanja, ali naročnik v sklopih od 29 do 34 sklepa okvirni sporazum z enim ali več gospodarskimi subjekti, ter za kakšno obdobje, gre ugotoviti, da je naročnik v prvotni dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, objavljeni na Portalu javnih naročil dne 24. 10. 2022, določil, da *»bo s ponudnikom, ki bo oddal najugodnejšo dopustno ponudbo sklenil pogodbo o dobavi zdravil, in sicer za obdobje 48 mesecev. Naročnik bo ves čas trajanja pogodbe zdravila, ki sodijo v posamezni sklop, za katerega je pogodba sklenjena, kupoval pri izbranem dobavitelju«* (glej 5.3. točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila). Na drugi strani je naročnik kot del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila pripravil tudi osnutek okvirnega sporazuma, iz katerega je izhajalo, da bo naročnik tudi za sklope od 29 do 34 sklenil okvirni sporazum z več gospodarskimi subjekti.

Glede na navedeno gre ugotoviti, da v prvotni dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila obstaja nejasnost glede vprašanja, ali bo naročnik v sklopih od 29 do 34 sklenil okvirni sporazum z enim ali več gospodarskimi subjekti. Vendar pa je naročnik omenjeno nejasnost odpravil s popravkom JN007215/2022-K04 (objava na Portalu javnih naročil dne 28. 11. 2022), v okviru katerega je objavil popravek dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Naročnik namreč v okviru omenjenega popravka ni spreminjal določbe, da bo v sklopih od 29 do 34 sklenil pogodbo o dobavi zdravil s ponudnikom, ki bo oddal najugodnejšo dopustno ponudbo za obdobje 48 mesecev (5.3. točka dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila), spremenil pa je vzorec okvirnega sporazuma in vzorec pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept. Iz spremenjenega vzorca okvirnega sporazuma je razvidno, da se ta nanaša le na sklope od 1 do 28 (in ne več na sklope od 1 do 34), poleg tega je naročnik v vzorcu okvirnega sporazuma črtal določbo, ki je veljala le za sklope od 29 do 34, da *»v primeru, da ponudnik izgubi ekskluzivno pravico, okvirni sporazum preneha veljati v razmerju do navedenega ponudnika in še naprej velja z ostalim(i) ponudniki. V kolikor je okvirni sporazum sklenjen le z enim ponudnikom in ta izgubi ekskluzivno pravico, okvirni sporazum preneha veljati, naročnik pa izvede nov postopek javnega naročila«*. V vzorcu pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept je dodan nov razlog za naročnikov odstop od pogodbe, in sicer, *»če dobavitelj izgubi ekskluzivno pravico dobavljati zdravilo iz tega sklopa (op. velja za sklope 28 do 34)«*. Prav tako je naročnik v vzorcu pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept podal več opomb, s katerimi ponudnike opozarja, da se določene določbe nanašajo le na sklope od 1 do 28 oz. na sklope od 29 do 34.

Upošteva je navedeno gre zavrniti vlagateljeve očitke o nejasnosti dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila v izpostavljenem delu, saj ne more biti (več) nobenega dvoma, da naročnik v sklopih od 29 do 34 ne bo sklenil okvirnega sporazuma z več gospodarskimi subjekti, pač pa bo v teh sklopih sklenil pogodbo (o sukcesivni dobavi) z enim gospodarskim subjektom.

Prav tako Državna revizijska komisija ne more pritrditi navedbam, da iz predstavljenega dela dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni mogoče razbrati časa trajanja veljavnosti pogodbe, sklenjene za sklope od 29 do 34. Pritrditi gre sicer vlagatelju, da je v vzorcu pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept navedeno, da je njena veljavnost 12 mesecev (glej 12. člen vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept), ne da bi ob tem naročnik podal tudi opombo, da ta določba velja le za sklope od 1 do 28 oz. da bi bil za sklope od 29 do 34 predviden drugačen čas veljavnosti pogodbe. Vendar so kljub umanjkanju takšne opombe oz. pojasnila v vzorcu pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil lahko po presoji Državne revizijske komisije vsi razumno obveščeni in povprečno skrbni gospodarski subjekti ob upoštevanju celotne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila to razumeli na način, da bo naročnik v sklopih od 29 do 34 sklenil pogodbo le z enim ponudnikom za obdobje 48 mesecev.

V zvezi z vlagateljevimi navedbami, da izjave o izključnih pravicah ne more pridobiti, ker dobavitelj oz. proizvajalec ne podeljuje takšne pravice, gre najprej ugotoviti, da je naročnik za sklope od 29 do 34 od ponudnikov zahteval predložitev izpolnjene Priloge št. 8 – Izjava ponudnika o ekskluzivni pravici, s katero ponudnik izjavi:

»naročniku zagotavljamo, da imamo za zdravilo(a):

_____ (navesti naziv proizvajalca), ki je predmet _____ (navesti številko) sklopa, izključno pravico proizvajalca _____ (navesti naziv proizvajalca) oz. dobavitelja _____ ta zdravila z izključnimi pravicami dobavljati na slovenskem trgu«.

Upošteva je citirano izjavo gre pritrditi naročniku, da ponudniki niso dolžni predložiti izjave dobavitelja oz. proizvajalca, saj je naročnik zahteval predložitev (zgolj) izjave ponudnika, vendar pa so neutemeljene navedbe naročnika, da je zahteval predložitev izjave ponudnika, da je sposoben dobavljati zdravila. S predložitvijo Priloge št. 8 ponudniki namreč izjavijo, da imajo bodisi »izključno pravico proizvajalca« bodisi »izključno pravico dobavitelja« dobavljati ta zdravila. To pa pomeni, da naročnik pojasnila na Portalu javnih naročil, da lahko v sklopih od 29 do 34 sodelujejo tudi gospodarski subjekti, ki niso imetniki ekskluzivnih pravic, ni prenesel v Prilogo št. 8. Državna revizijska komisija zato ugotavlja, da je dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila v tem delu oblikovana nejasno in posledično v nasprotju z načelom transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3), saj naročnik na eni strani gospodarskim subjektom, ki niso imetniki ekskluzivne pravice distribucije zdravil, dopušča sodelovanje v sklopih od 29 do 34, na drugi strani pa v sklopih od 29 do 34 zahteva predložitev izjave ponudnika, da »imajo izključno pravico« dobavljati zdravila.

4. Glede sklopov 35

Vlagatelj zatrjuje, da predmet sklopov 35 (interventni uvoz) ni določen, saj naročnik ni opisal tega sklopa in ni navedel ocenjenih vrednosti za te sklope. Naročnik tudi ni določil meril za izbiro skleniteljev okvirnega sporazuma za sklope 35.

Zavrniti gre navedbe vlagatelja o nedoločnosti predmeta sklopov 35. Ponoviti gre, da naročnik predmeta javnega naročila ni opredelil s popisom zdravil, pač pa je predmet javnega naročila oz. predmet posameznih sklopov opisno opredelil v 5.1. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. V 5.1. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je naročnik pojasnil, da so predmet teh sklopov zdravila, ki nimajo »rednega« dovoljenja za promet z zdravilom v Republiki Sloveniji, temveč »začasno dovoljenje« oz. za katere JAZMP v primerih iz tretjega odstavka 20.

člena Zakona o zdravilih (Uradni list RS, št. 17/14, s sprem; v nadaljevanju: ZZdr-2) začasno dovoli promet z zdravilom, ki nima dovoljenja za promet. Po presoji Državne revizijske komisije so lahko vsi razumno obveščeni in povprečno skrbni gospodarski subjekti kot strokovnjaki na področju predmeta konkretnega javnega naročila seznanjeni, glede katerih zdravil, ki nimajo dovoljenja za promet, je JAZMP začasno dovolil promet. Poleg tega gre še dodati, da iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja, da bodo sklenitelji okvirnega sporazuma k oddaji ponudbe za sklope 35 povabljeni šele, ko bo dejansko nastala potreba oz. ko bo naročnik takšno zdravilo potreboval.

V zvezi z vlagateljevimi očitki o umanjkanju meril za izbiro skleniteljev okvirnega sporazuma v sklopih 35 gre na podlagi vpogleda v dosje zadevnega javnega naročila pritrđiti naročniku, da preko Portala javnih naročil ni prejel opozorila, povezanega z izpostavljenimi revizijskimi očitki. Državna revizijska komisija ugotavlja, da so določbe, s katerimi gospodarskimi subjekti bo naročnik sklenil okvirni sporazum za sklope 35, in ki jih vlagatelj izpodbija z zahtevkom za revizijo, vsebovane že v prvotni dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, objavljeni na Portalu javnih naročil dne 24. 10. 2022, v kateri je v 5.3. točki določeno:

»V sklopu 35 (interventni uvoz zdravil) bo naročnik sklenil okvirni sporazum z vsemi kandidati, ki so za sklop 35 oddali prijavo, pri čemer v fazi postopka javnega naročila z nobenim kandidatom ne bo sklenil pogodbe o dobavi blaga. Naročnik bo namreč v tem sklopu sklenil okvirni sporazum z vsemi kandidati, ki so oddali dopustno ponudbo. Med strankami okvirnega sporazuma bo naročnik odpiral konkurenco, vsakič ko bo nastala potreba po nakupu zdravila, ki ima (le) začasno dovoljenje za promet v RS. V okviru odpiranja konkurence bo naročnik izbral ponudnika, pri katerem bo kupil zdravilo, ki ga potrebuje, in sicer bo ponudnik izbran ob upoštevanju merila za izbor, ki bo najvišji ponujeni odstotek skupnega popusta na dobavo zdravil«.

V omenjeni del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila naročnik tekom pojasnjevanja in dopolnjevanja dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni posegal. Navedenega ne spreminja vlagateljevo sklicevanje na vprašanje in odgovor, objavljena na Portalu javnih naročil dne 3. 11. 2022 (kar je pred potekom roka za sprejemanje vprašanj, ki se je iztekel dne 7. 11. 2022), in na vprašanje in odgovor, objavljena na Portalu javnih naročil dne 15. 11. 2022. V okviru vprašanja, objavljenega dne 3. 11. 2022 (*»Glede sklopa 35 - interventni uvoz - prosimo za obrazložitev. Če naročnik ne bo sklepal pogodbe o dobavi, pač pa bo odpiral konkurenco, ko bo nastala potreba po zdravilu, kako naj ponudnik zdaj odda ponudbo? Pri merilih je za sklop 35 določeno, da je popust neomejen. Torej ga mora ponudnik podati? Če poda popust 0%, je to dopustna ponudba?«*) je zainteresirani ponudnik spraševal, ali mora ponudnik podati popust in ali bo ponudba s popustom 0 % štela kot dopustna ponudba, naročnik pa je ponovil, kar je že navedeno v 5.3. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, in sicer *»Ponudniki v sklopu 35 oddajo le prijavo. Ponudbo bo posamezni kandidat, s katerim bo imel naročnik sklenjen okvirni sporazum, podal ob odpiranju konkurence«*. V okviru vprašanja, objavljenega na Portalu javnih naročil dne 15. 11. 2022, je naročnik na vprašanje *»Ali se pogodba o sukcesivni dobavi zdravil (priloga 13) sklepa tudi v sklopu 35 (glejte 6. alinejo prvega odstavka 1. člena vzorca pogodbe) za vsako posamezno naročilo?«* ponovil (zgoraj citirano) 5.3. točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

Ker je torej naročnik že v prvotni dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila predvidel sklenitev okvirnega sporazuma z vsemi gospodarskimi subjekti, ki bodo oddali ponudbo (oz. prijavo), ne držijo navedbe vlagatelja, da se je šele z omenjenima odgovoroma seznanil, da merilo za izbor ekonomsko najugodnejša ponudba ne velja za sklop 35. V zvezi z izpostavljenimi navedbami Državna revizijska komisija še pripominja, da predvideno merilo za izbor (tj. skupni popust na dobavo zdravil) ne velja za izbiro skleniteljev okvirnega sporazuma, pač pa je relevantno za oddajo posameznega naročila, ki bo oddano sklenitelju okvirnega sporazuma.

Upošteva je navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da je bilo obvestilo o predmetnem javnem naročilu objavljeno na Portalu javnih naročil, da je bilo zainteresiranim gospodarskim subjektom omogočeno postavljanje vprašanj v zvezi z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila in da je vlagatelj (ali drug morebitni ponudnik) imel možnost naročnika preko Portala javnih naročil opozoriti na očitane kršitve v zvezi z umanjkanjem merila za izbor skleniteljev okvirnega sporazuma v sklopih 35, pa te možnosti ni uporabil. Posledično gre pritrditi naročniku, da v obravnavanem primeru obstaja omejitev iz tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN za vsebinsko presojo teh revizijskih očitkov. Državna revizijska komisija zato revizijskih očitkov, povezanih z umanjkanjem meril za izbor skleniteljev okvirnega sporazuma v sklopih 35, vsebinsko ni presojala.

5. Glede novih zdravil in glede »prehajanja« zdravil v izvedbeni fazi iz sklopov od 29 do 35 v sklope od 1 do 28

Vlagatelj v zahtevku za revizijo navaja, da je naročnik predvidel dobavo novih zdravil pod pogoji iz ponudbe. Naročnik je tudi določil, da bodo zdravila iz sklopov od 29 do 34, če ne bo več obstajala ekskluzivna pravica, dobavljali izbrani dobavitelji za sklope od 1 do 28, in da bodo zdravila iz sklopov 35, potem ko bo zanje pridobljeno redno dovoljenje za promet z zdravilom, dobavljali dobavitelji v sklopih od 1 do 28. Vlagatelj navaja, da se ponudniki ne morejo zavezati k dobavi vnaprej nedoločenega in neznanega blaga pod pogoji iz ponudbe, naročnik pa na drugi strani ne more v fazi izvajanja naknadno določati predmet javnega naročila. Na višino popusta vpliva cena zdravila in v primeru dragega zdravila ni nujno, da bo lahko vlagatelj ponujal popust.

V obravnavanem primeru je naročnik v 5.3. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila med drugim določil:

»Velja za sklope od 29 do 34 posameznega naročnika

[...] V primeru, da v času veljavnosti pogodbe za dobavo določenega zdravila iz sklopov 29 do 34 niso več potrebne ekskluzivne pravice, se bo to zdravilo uvrstilo v ustrezna sklopa ustrezne ATC skupine, sklopi 1-28, in bodo veljala enaka pravila kot veljajo v sklopu, v katerega se bo novo zdravilo uvrstilo (npr. glede cene, popustov, naročanja itd.).

[...]

Velja za vse sklope posameznega naročnika

V primeru potrebe po nakupu novih zdravil t.j. zdravil, ki niso bili v prodaji in niso imeli dovoljenja za prodajo v trenutku oddaje (prve) ponudbe v okviru tega postopka javnega naročila, bo posamezni naročnik novo zdravilo naročil pri izbranem ponudniku, s katerim ima sklenjeno pogodbo o sukcesivni dobavi blaga. Za novo zdravilo, ki se bo uvrstilo v ustrezna sklopa, bodo veljala enaka pravila kot veljajo v sklopu, v katerega se bo novo zdravilo uvrstilo (npr. glede cene, popustov, naročanja itd.).«

Nadalje je naročnik v 5.1. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila med drugim določil:

»Za zdravila v tem sklopu (tj. sklop 35, opomba Državne revizijske komisije) velja, da jih naročnik kupuje v okviru navedenega sklopa vse dokler velja odločba o začasnem dovoljenju za promet in zdravilo ne pridobi rednega dovoljenja za promet z zdravilom v Republiki Sloveniji. V trenutku ko zdravilo pridobi redno dovoljenje za promet z zdravilom v Republiki Sloveniji, se zdravilo uvrsti v sklop od 1 do 28 posameznega naročnika, odvisno v katero ATC skupino sodi in ga naročnik kupuje pri izbranem dobavitelju iz sklopa, v katerega zdravilo sodi. Za novo zdravilo in zdravilo, ki pridobi redno dovoljenje za promet z zdravilom v Republiki Sloveniji oz. za dobavo katerega ne bodo več potrebne ekskluzivne pravice, bodo veljala enaka pravila kot veljajo v sklopu, v katerega se bo to zdravilo uvrstilo (npr. glede cene, popustov, naročanja itd.).«

Omenjene določbe je naročnik prenesel tudi v 2. člen vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept, v katerem je določeno:

»Predmet te pogodbe so lahko tudi:

- nova zdravila, ki spadajo v ta sklop;
- zdravila, ki so bila uvrščena v sklop 35, a so pridobila redno dovoljenje za promet z zdravili v Republiki Sloveniji (op. to ne velja za pogodbe, ki se sklepajo za sklop 35);
- zdravila iz sklopov 29 do 34 tega naročnika, za katere niso več potrebne ekskluzivne pravice (op. to ne velja za pogodbe, ki se sklepajo za sklope 29- 35).

Za zdravila iz prejšnjega odstavka veljajo enaka pravila kot veljajo za ostala zdravila v tem sklopu (npr. glede cene, popustov, naročanja itd.)«.

Državna revizijska komisija ugotavlja, kar med strankama tudi ni sporno, da je naročnik v predstavljenem delu dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila predvidel, da bodo v izvedbeni fazi dobavitelji dobavljali nova zdravila, tj. zdravila, ki v trenutku oddaje ponudbe še niso v prodaji in nimajo dovoljenja za prodajo, pridobijo pa dovoljenje za prodajo po oddaji ponudbe, in sicer ob upoštevanju ponudbenih pogojev, vključno ob upoštevanju ponujenega skupnega popusta na dobavo zdravil. Naročnik z navedbami, da je kljub zahtevi glede dobave novih zdravil predmet javnega naročila določljiv, ker ni nobenega dvoma, v kateri sklop bo posamezno novo zdravilo spadalo v izvedbeni fazi, ne more uspeti, saj vlagatelj ne zatrjuje, da mu ni znano, v kateri sklop bo spadalo posamezno novo zdravilo, pač pa zatrjuje, da se z oddajo ponudbe ne more zavezati k dobavi nedoločenega in neznanega blaga, pod pogoji iz ponudbe.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da so ponudniki, upoštevaje naročnikovo zahtevo glede novih zdravil, dolžni že ob oddaji ponudbe oblikovati skupen popust na dobavo zdravil tudi za nova zdravila, čeprav, kot že pojasnjeno, ponudniki oblikujejo skupen popust na dobavo zdravil glede na v preteklem obdobju naročeno strukturo (vrsto zdravil) in obseg (količina teh zdravil), saj jim je na ta način omogočeno, da pri oblikovanju skupnega popusta na dobavo zdravil upoštevajo cenovne razlike med zdravili, ki so združena v posameznem sklopu, in ob upoštevanju teh razlik ter predvidenih količin oblikujejo ponujeni skupni popust na dobavo zdravil. Naročnik sicer pravilno navaja, da je oblikovanje skupnega popusta na dobavo zdravil v sferi vlagatelja oz. ponudnika, vendar pa je na drugi strani na naročniku oblikovanje določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila na način, da bodo gospodarski subjekti razpolagali z zadostnimi informacijami za oblikovanje skupnega popusta na dobavo zdravil. Ob oddaji ponudbe ni mogoče oceniti niti predvidene strukture novih zdravil, niti predvidenih cen novih zdravil, niti predvidenih količin novih zdravil, to pa so ključni podatki, ki jih ponudniki potrebujejo za oblikovanje skupnega popusta na dobavo zdravil. Pritrditi gre zato vlagatelju, da ker na višino ponujenega skupnega popusta na dobavo zdravil vpliva tudi cena zdravila, ni nujno, da bi v primeru dragega novega zdravila gospodarski subjekti ponudili stopnjo skupnega popusta na dobavo zdravil, kot so ga ponudili, oz. da bi glede na minimalne zahtevane ugodnosti na obseg dobav oddali ponudbo. Naročnikova zahteva, da dobavitelji dobavljajo nova zdravila pod pogoji iz ponudbe, čeprav ob oddaji ponudbe niso znani ključni podatki, ki jih ponudniki potrebujejo za oblikovanje skupnega popusta na dobavo zdravil, je zato oblikovana v nasprotju z načelom transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3), saj gospodarski subjekti nimajo zadosti informacij glede novih zdravil, da bi lahko oblikovali skupen popust na dobavo zdravil, ki bi bil v izvedbeni fazi relevanten tudi za nova zdravila. V posledici sporne zahteve naročnik tudi ne more zagotoviti spoštovanja načela enakopravne obravnave ponudnikov (7. člena ZJN-3), ker ponudniki pri oblikovanju skupnega popusta na dobavo zdravil ne bodo izhajali iz enakih izhodišč, saj bodo skupni popust na dobavo zdravil oblikovali na različnih predstavah glede novih zdravil, posledično pa predložene ponudbe ne bodo primerljive.

Državna revizijska komisija sicer pritruje naročniku, da mora v izvedbeni fazi zagotavljati tudi nova zdravila, saj so posamezni naročniki, skladno s 14. členom Zakona o lekarniški dejavnosti

(Uradni list RS, št. 85/2016 s sprem.) dolžni zagotoviti vsa zdravila, ki so na trgu v Republiki Sloveniji, najpozneje v 24 urah od naročila oz. naslednji delovni dan. Vendar pa navedeno naročnika ne opravičuje (kot je to pojasnila Državna revizijska komisija že v odločitvi, št. 018-092/2022-16), da od ponudnikov zahteva dobavo novih zdravil pod pogoji iz ponudbe. Cilju, ki ga naročnik zasleduje s sporno zahtevo, ni mogoče ničesar očitati, prav tako je sporna zahteva objektivno primerna za doseg cilja. Vendar pa iz načela sorazmernosti ne izhaja zgolj zahteva, da morajo biti zahteve povezane s predmetom javnega naročila in objektivno primerne za doseg cilja, pač pa tudi ne smejo presežati tega, kar je razumno nujno za doseg cilja, tj. za zagotavljanje vseh zdravil, ki bodo na trgu tekom izvajanja javnega naročila. Sporna zahteva pa, kot je to pojasnila Državna revizijska komisija že v odločitvi, št. 018-092/2022-16, presega to, kar je potrebno za doseg cilja, da bo lahko naročnik tekom izvajanja okvirnega sporazuma zagotavljal vsa zdravila, ki bodo takrat na trgu v Republiki Sloveniji.

Upošteva navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik v posledici zahteve, da izbrani dobavitelj dobavlja tudi nova zdravila po pogojih iz ponudbe, gospodarski subjekti nimajo zadosti informacij za oblikovanje skupnega popusta na dobavo zdravil, zato je takšna naročnikova zahteva oblikovana v nasprotju z načelom transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3) in načelom enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3). Poleg tega pa je sporna zahteva oblikovana tudi v nasprotju z načelom sorazmernosti, saj presega to, kar je potrebno za doseg cilja, da bo lahko naročnik tekom izvajanja okvirnega sporazuma zagotavljal vsa zdravila, ki bodo takrat na trgu v Republiki Sloveniji.

Ker je Državna revizijska komisija že ugotovila, da je sporna zahteva glede novih zdravil oblikovana v nasprotju s temeljnimi načeli javnega naročanja, je odpadla potreba po vsebinski presoji ostalih zatrjevanih kršitev, povezanih s sporno zahtevo. Državna revizijska komisija se zato v nadaljevanju ni vsebinsko opredeljevala do revizijskih očitkov, da iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni jasno razvidno, ali bo glede novih zdravil spoštovano razmerje 60:40 in da naročnik novih zdravil ni upošteval v okviru ocenjene vrednosti.

Smiselno enako, kot je bilo ugotovljeno v zvezi z zahtevo glede dobave novih zdravil pod pogoji iz ponudbe, gre ugotoviti tudi v zvezi z določbami dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila glede »prehajanja« zdravil v izvedbeni fazi iz sklopov od 29 do 35 v sklope od 1 do 28. Naročnik je namreč predvidel, da če za zdravilo, v zvezi s katerim je v trenutku poteka roka za predložitev ponudbe obstajala ekskluzivna pravica, posledično pa je bilo to zdravilo uvrščeno v sklope od 29 do 34, v izvedbeni fazi preneha obstajati ekskluzivna pravica distribucije, bo naročnik to zdravilo naročal v sklopih od 1 do 28 (odvisno v katero ATC skupino zdravil to zdravilo spada), in sicer ob upoštevanju pravil, ki veljajo za te sklope. Naročnik je tako predvidel, da bo zdravila, ki so ob oddaji ponudbe spadala v sklope od 29 do 34, v primeru prenehanja obstoja ekskluzivne pravice distribucije naročal pri dobavitelju, kateremu je bil oddan relevanten sklop od 1 do 28, pod pogoji iz ponudbe, vključno s ponujeno stopnjo skupnega popusta na dobavo zdravil. Prav tako je naročnik predvidel, da bo zdravila, ki so uvrščena v sklop 35 (torej zdravila, ki nimajo »rednega dovoljenja« za promet z zdravilom v Republiki Sloveniji, temveč »začasno dovoljenje«), kupoval od dobavitelja, kateremu je bil oddan ta sklop, dokler bo za zdravilo izdano »začasno dovoljenje«, ko pa bo zdravilo pridobilo »redno dovoljenje«, bo to zdravilo kupoval od dobavitelja, kateremu je bil oddan relevanten sklop od 1 do 28, pod pogoji iz ponudbe, vključno ob upoštevanju ponujene stopnje skupnega popusta na dobavo zdravil.

Državna revizijska komisija ne more pritrditi navedbam naročnika, da opredelitev predmeta javnega naročila na »določljiv način« omogoča, da se šele v izvedbeni fazi oz. ob posameznem naročilu določa, v kateri sklop spada posamezno zdravilo. Četudi je naročnik predmet javnega naročila določil opisno (in ne s seznamom konkretnih zdravil, ki spadajo v posamezni sklop), je treba kot presečni dan, relevanten za presojo, katero konkretno zdravilo spada v posamezen

sklop oz. v kateri sklop spada posamezno zdravilo, šteti potek roka za predložitev ponudb. Omenjeni presečni datum je ključen za zagotavljanje načela transparentnosti in načela enakopravne obravnave ponudnikov, saj se gospodarski subjekti glede na zdravila, ki na presečni dan determinirajo posamezen sklop, odločijo glede sodelovanja v postopku javnega naročanja oz. ali bodo predložili ponudbo, prav tako ponudniki oblikujejo skupen popust na dobavo zdravil ob upoštevanju strukture (vrste in količine) zdravil, ki so ob njegovem oblikovanju determinirala posamezen sklop. Po poteku roka za predložitev ponudb posamezna zdravila ne morejo prehajati iz enega sklopa v drugi sklop, saj bi to pomenilo, kot to zatrjuje tudi vlagatelj, da se po poteku roka za oddajo ponudb določa oz. spreminja predmet posameznega sklopa. Če bi se v postopku javnega naročanja dopustilo, da bi zdravilo, ki je bilo ob poteku roka za oddajo javnega naročila predmet posameznega sklopa, v izvedbeni fazi prešlo v drug sklop, bi to pomenilo, da naročnik naroča zdravila od dobavitelja, ki ponudbe za to zdravilo sploh ni oddal. Poleg tega bi morali gospodarski subjekti v posledici določbe, da bo naročnik naročal zdravila, ki bodo prešla iz sklopov od 29 do 35 v sklope od 1 do 28, v sklopih od 1 do 28 pod pogoji iz ponudbe (za sklope od 1 do 28), oblikovati skupni popust na dobavo zdravil tudi ob upoštevanju teh zdravil, čeprav ob oddaji ponudbe ni mogoče oceniti niti predvidene strukture teh zdravil niti predvidenih količin teh zdravil, kot tudi ne cen teh zdravil, kar pa so ključni podatki, ki jih ponudniki potrebujejo za oblikovanje skupnega popusta na dobavo zdravil. Gospodarski subjekti lahko različno predvidevajo, katera in koliko zdravil bo v izvedbeni fazi prešlo iz sklopov od 29 do 35 v sklope od 1 do 28, posledično pa gospodarski subjekti ne bodo predložili primerljivih ponudb. Tudi v sklopih od 29 do 34 oblikujejo gospodarski subjekti skupni popust na dobavo zdravil upoštevaje zdravila, ki so na dan poteka roka za predložitev ponudb determinirala te sklope. Ob oddaji ponudbe za sklope od 29 do 34 ni mogoče oceniti niti predvideti »izvzetih« zdravil, njihovih cen in količin, da bi lahko gospodarski subjekti ob upoštevanju teh podatkov na enakih izhodiščih pripravili primerljive ponudbe.

Državna revizijska komisija zato ugotavlja, da je vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo izkazal, da so določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila glede »prehajanja« zdravil v izvedbeni fazi iz sklopov od 29 do 35 v sklope od 1 do 28, v zvezi s katerimi naročnik v postopku pravnega varstva ničesar ne navede in ne pojasni razlogov za njihovo določitev, oblikovane v nasprotju z načelom transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3) in v nasprotju z načelom enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3).

6. Glede ocenjene vrednosti

Vlagatelj naročniku očita kršitev določbe 24. člena ZJN-3 in zatrjuje, da je naročnik z namenom pridobitve čim večjih popustov umetno dvignil ocenjeno vrednost sklopov od 1 do 28, posledično pa v teh sklopih določil previsoko finančno zavarovanje.

Pritrditi gre naročniku, da so pravila o ocenjeni vrednosti pomembna zaradi vprašanja uporabe zakona in s tem povezane pravilne izbire postopka oddaje javnega naročila (prim. 24. člen ZJN-3). Gre za vrednost, ki jo naročnik določi ob upoštevanju pravil javnega naročanja, od nje pa so odvisna nadaljnja ravnanja naročnika v postopku oddaje javnega naročila (npr. pravilna izvedba postopka, dolžnost objave javnega naročila...). Ob upoštevanju, da naročnik izvaja odprti postopek oddaje javnega naročila in da je objavil obvestilo o zadevnem javnem naročilu tudi na Portalu EU, morebitni napačni izračun ocenjene vrednosti načeloma ne more vplivati na zakonitost naročnikovega ravnanja in tudi ne na vlagateljev položaj v predmetnem postopku oddaje javnega naročila.

Vendar pa v obravnavanem primeru vlagatelj (tudi) zatrjuje, da je v posledici nepravilno izračunane ocenjene vrednosti določeno previsoko finančno zavarovanje za resnost ponudbe in finančno zavarovanje za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti. Višina finančnega zavarovanja

za resnost ponudbe namreč, skladno s 6. členom Uredbe o finančnih zavarovanjih pri javnem naročanju (Uradni list RS, št. 27/2016; v nadaljevanju: Uredba) znaša največ 3 % ocenjene vrednosti naročila (brez DDV), če se naročilo oddaja po sklopih, pa največ 3 % ocenjene vrednosti sklopa (brez DDV). Višina finančnega zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti, skladno s 7. členom Uredbe, znaša največ 10 % pogodbene vrednosti z DDV.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da vlagatelj (čemur naročnik ne nasprotuje) enači vrednost nakupa v letu 2021, predstavljeno v Prilogi A dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, z ocenjeno vrednostjo. V zvezi z vlagateljevimi navedbami, da je ocenjena vrednost posameznih sklopov (oz. vrednost nakupa v letu 2021) višja kot je bila ocenjena vrednost teh istih sklopov (oz. vrednost nakupa) v predhodnih postopkih javnega naročanja, Državna revizijska komisija ugotavlja, da so v tem postopku predstavljene vrednosti nakupa v letu 2021 identične vrednostim nakupa v letu 2021, ki so jih posamezni naročniki predstavili v postopku javnega naročanja JN001891/2022-B01 oz. v postopku javnega naročanja JN002569/2022-B01. Vlagatelj s sklicevanjem na ocenjene vrednosti (oz. vrednosti nakupa), ki so jih posamezni naročniki navedli v postopku javnega naročanja JN002961/2021-B01, ne more uspeti, saj so v omenjenem postopku naročniki predstavili vrednosti nakupa v letu 2020, v tem postopku pa so predstavili vrednosti nakupa v letu 2021.

Med strankama je nesporno, da so v vrednosti nakupa v letu 2021 oz. (enoletni) ocenjeni vrednosti sklopov od 1 do 28 upoštevane tudi ocenjene vrednosti sklopov od 29 do 34, prav tako so v popisu zdravil navedena tudi zdravila brez recepta, ki niso predmet javnega naročila. V zvezi z navedbami vlagatelja, da je v posledici »*umetno*« dvignjene ocenjene vrednosti zahtevana previsoka in nesorazmerna višina finančnega zavarovanja (za resnost ponudbe in dobro izvedbo pogodbenih obveznosti), gre pojasniti, da so metode za izračun ocenjene vrednosti opredeljene v 24. členu ZJN-3 – metodo za izračun ocenjene vrednosti javnega naročila blaga, ki se redno dobavlja, določa deseti odstavek 24. člena ZJN-3. Pri določitvi ocenjene vrednosti se upošteva tudi prvi odstavek 24. člena ZJN-3, skladno s katerim izračun ocenjene vrednosti javnega naročila temelji na celotnem plačljivem znesku brez DDV. To pomeni, da se pri izračunu ocenjene vrednosti upošteva predvideno trajanje pogodbe. Pri določitvi ocenjene vrednosti v obravnavanem primeru, ko naročnik sklepa okvirni sporazum za obdobje 48 mesecev, tako ni relevantna zgolj dejanska vrednost zaporednih javnih naročil, oddanih v zadnjih 12 mesecih (ter spremembe, ki bi nastale v 12 mesecih), temveč tudi obdobje, za katerega se oddaja javno naročilo – to pomeni, da se pri določitvi ocenjene vrednosti javnega naročila blaga, ki se redno dobavlja, skupna dejanska vrednost zaporednih javnih naročil, oddanih v zadnjih 12 mesecih (z upoštevanimi spremembami, ki bi lahko nastale v 12 mesecih), pomnoži s 4.

V obravnavanem primeru naročnik zahteva finančno zavarovanje za resnost ponudbe v sklopih od 1 do 28 v višini 3 % od vrednosti nakupa v letu 2021, ob upoštevanju razmerja (60:40) med sklopoma na ravni posamezne ATC skupine in posameznega naročnika. Naročnik torej višine finančnega zavarovanja za resnost ponudbe ni »*odmeril*« oz. »*obračunal*« od osnove, ki jo predvideva Uredba, tj. od ocenjene vrednosti za posamezen sklop za celotno obdobje trajanja javnega naročila, temveč od vrednosti nakupa za leto 2021. Že po naravi stvari je logično, da je vrednost nakupa za leto 2021 bistveno nižja od ocenjene vrednosti posameznega sklopa za celotno trajanje javnega naročila (tj. 4 leta), zato bi moral vlagatelj za uspeh z zahtevkom za revizijo v tem delu zatrjevati in dokazovati, da zahtevana višina finančnega zavarovanja presega omejitve iz Uredbe tudi glede na »*odmero*« oz. »*obračun*« od pravilne osnove – torej od ocenjene vrednosti za 4 leta. Navedenega vlagatelj v zahtevku za revizijo ne zatrjuje, saj zgolj zatrjuje, da naročnik glede na »*umetno*« dvignjene ocenjene vrednosti oz. vrednosti nakupa v letu 2021 zahteva previsoka finančna zavarovanja. Ker vlagatelj ne zatrjuje, da vrednost nakupa v letu 2021, v kateri je vključena vrednost sklopov od 29 do 34 in vrednost zdravil brez recepta, presega 4-letno ocenjeno vrednost posameznega sklopa, v kateri ni vključena vrednost sklopov od 29 do

34 in vrednost zdravil brez recepta, Državna revizijska komisija ne more pritrditi vlagatelju, da je naročnik v posledici vključitve vrednosti sklopov od 29 do 34 in vrednost zdravil brez recepta, zahteval višino finančnega zavarovanja za resnost ponudbe, ki bi presegala omejitev iz Uredbe.

Vlagatelj v točki XI. zahtevka za revizijo zatrjuje tudi, da je višina finančnega zavarovanja za resnost ponudbe določena v nasprotju z načelom sorazmernosti. Pritrditi gre sicer vlagatelju, da znaša višina finančnega zavarovanja za resnost ponudbe v primeru oddaje ponudbe za vse sklope več kot 9 mio EUR, vendar to samo po sebi še ne pomeni, da je zahtevana višina finančnega zavarovanja določena v nasprotju z načelom sorazmernosti. Za presojo sorazmernosti višine zahtevanega finančnega zavarovanja za resnost ponudbe ne morejo biti relevantne navedbe vlagatelja o tem, kakšne stroške bi imel naročnik z morebitno ponovitvijo postopka oddaje javnega naročila, še manj pa navedbe o višini stroškov (domnevnega) svetovanja pri izvedbi javnega naročila. Meje sorazmernosti iz 8. člena ZJN-3 v zvezi z višino finančnega zavarovanjem za resnost ponudbe je zapolnila Uredba (prim. odločitev 018-086/2018-6), v obravnavanem primeru pa ni mogoče zaključiti, da je naročnik z zahtevano višino finančnega zavarovanja presegel omejitev iz Uredbe.

Neutemeljeno je tudi vlagateljevo sklicevanje na drugi odstavek 6. člena Uredbe, ki določa, da naročnik praviloma ne zahteva finančnega zavarovanja za resnost ponudbe, če je predmet naročanja blago, ki je široko dostopno na trgu in se naročniku dobavi enkrat. Četudi je predmet zadevnega javnega naročila blago, ki je široko dostopno na trgu, kot to zatrjuje vlagatelj, pa gre ugotoviti, da blago (oz. zdravila) ne bo dobavljeno le enkrat, saj naročnik v sklopih od 1 do 28, v katerih je zahteval finančno zavarovanje za resnost ponudbe, sklepa okvirne sporazume za obdobje štirih let, posamezno naročilo na podlagi okvirnega sporazuma pa bo oddal za obdobje enega leta. V obravnavanem primeru bo imelo nastalo razmerje značilnosti trajnega pogodbenega razmerja – torej razmerja, ki je usmerjeno v ponavljajoča se ravnanja pogodbenih strank.

V zvezi z navedbami vlagatelja, da je višina finančnega zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti določena previsoko, ker je naročnik ocenjeno vrednost »*umetno dvignil*«, gre na podlagi vpogleda v Prilogo A – podatki in zahteve javnega naročila ugotoviti, da naročnik zahteva finančno zavarovanje v višini 6 % od vrednosti nakupa v letu 2021, ob upoštevanju razmerja (60:40) med sklopoma na ravni posamezne ATC skupine in posameznega naročnika. Pri tem gre dodati, da iz 4. člena vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept izhaja, da pogodbeni vrednost predstavlja ocenjeno vrednost. Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik ni zahteval finančnega zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti v višini, kot bi mu to dopuščala Uredba, saj je zahteval finančno zavarovanje v višini 6 % od vrednosti nakupa v letu 2021 oz. ocenjene vrednosti (ki predstavlja tudi pogodbeno vrednost) in ne v višini 10 %. Ker vlagatelj v zahtevku za revizijo ne zatrjuje, da bi zahtevana višina finančnega zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti presegala omejitev iz okvirja Uredbe tudi glede na 10 % od »*pravilno*« izračunane ocenjene vrednosti oz. vrednosti nakupa v letu 2021, vlagatelju ni mogoče pritrditi, da je naročnik v posledici vključitve vrednosti sklopov od 29 do 34 in vrednost zdravil brez recepta, zahteval višino finančnega zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti, ki bi presegala omejitev iz Uredbe.

Upoštevanje navedeno je Državna revizijska komisija vlagateljeve navedbe glede ocenjene vrednosti in glede višine finančnega zavarovanja za resnost ponudbe in za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti, zavrnila kot neutemeljene.

7. Glede načina izvajanja dobav

Vlagatelj zatrjuje, da način izvajanja dobav in zagotavljanja predvidenega razmerja 60:40 med sklopoma na ravni posameznega naročnika in na ravni posamezne ATC skupine ni (jasno) določen.

Najprej gre v zvezi z navedbami naročnika, da ni bil opozorjen na očitane kršitve, ugotoviti, da je bilo na Portalu javnih naročil dne 15. 11. 2022 objavljeno vprašanje: *»Ali je delitev deležev določena glede na vrednost sklopov ali na količino zdravil v sklopu ali vsakega zdravila v sklopu ali strukturo nabav, kjer se upošteva tako vrednost kot količina? Kaj torej pomeni navedba naročnika, da bo pogodbi izvajal v razmerju 60:40?«*. Iz izpostavljenega vprašanja zainteresiranega gospodarskega subjekta izhaja bistvo revizijskih očitkov v tem delu, in sicer, da ni jasno, ali bo naročnik ohranjal razmerja na ravni vseh ali posameznih naročnikov, v vrednostnem smislu ali na ravni posameznega zdravila. Državna revizijska komisija zato navedbam naročnika, da za presojo izpostavljenih očitkov obstoji omejitev iz tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN, ne more pritrditi.

Kot že pojasnjeno, znotraj vsake ATC skupine zdravil posameznega naročnika sta oblikovana dva sklopa za dobavo različne količine zdravil (razmerje 60:40) istih zdravil. Upošteva se navedeno in upošteva se naročnikovo omejitev števila sklopov, ki se lahko oddajo posameznemu ponudniku, bo imel vsak posamezen naročnik za ista zdravila sklenjeni dve pogodbi o sukcesivni dobavi zdravil za ista zdravila. Pritrditi gre (smiselno) navedbam vlagatelja, da je Državna revizijska komisija že v odločitvi, št. 018-096/2021-92 (kot tudi v odločitvi, št. 018-092/2022-16) pojasnila, da če ima naročnik sklenjeni dve pogodbi z različnima gospodarskima subjektoma za isti predmet (ista zdravila), je dolžan v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila opredeliti pravila, vezana na naročanje v fazi izvajanja okvirnega sporazuma. Upošteva se navedeno in upošteva se trditveno podlago vlagatelja je tako treba v nadaljevanju presoditi, ali je naročnik v obravnavanem primeru določil pravila za izbiro podpisnika pogodbe, kateremu bo oddano posamezno javno naročilo. Navedeno namreč na eni strani naročniku onemogoča subjektivno oz. arbitrarno ravnanje v izvedbeni fazi, na drugi strani pa je ponudnikom zagotovljeno, da se vnaprej seznanijo z okoliščinami, ki bodo vplivale na oddajo javnega naročila.

V obravnavanem primeru je naročnik v 5.1. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila navedel, da sta znotraj ATC skupine zdravil (za vsakega posameznega naročnika) oblikovana dva sklopa za dobavo *različnih količin istih zdravil*; pri tem je naročnik pojasnil, da bo v sklopih skupine 1 kupoval zdravila v strukturi vseh nabav znotraj izvajanja posameznega obdobja odpiranja konkurence v deležu 60 %, v sklopih skupine 2 pa bo kupoval zdravila v strukturi vseh nabav znotraj izvajanja posameznega obdobja v deležu 40 %. Naročnik je nadalje v točki 5.3. dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila pojasnil, da *»bo naročila izvajal na način, da bo sledil ohranjanju razmerja med sklopoma (in sicer razmerje med sklopoma skupine 1 in skupine 2: 60:40 glede na strukturo nabav)«*. V 2. členu vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept je določeno, da so predmet pogodbe zdravila relevantnega sklopa, in sicer vso blago, ki ga bo naročnik potreboval v času trajanja te pogodbe, ob upoštevanju, da ima sklenjeni dve pogodbi o sukcesivni dobavi blaga za blago, ki sodi v posamezno ATC skupino z enako črkovno oznako in bo naročila izvajal na način, da bo sledil ohranjanju razmerja med sklopoma (in sicer razmerje med sklopoma skupine 1 in skupine 2 po strukturi: 60 : 40). Smiselno enako izhaja iz 3. člena vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept, v katerem je določeno, da bo naročnik nabavljal le tisto vrsto in količine blaga, ki jih bo dejansko potreboval, ob upoštevanju, da bo ima za zdravila iz iste ATC skupine sklenjeni dve pogodbi in jih bo izvajal v razmerju 60:40.

V zvezi z razmerjem 60:40 je naročnik na Portalu javnih naročil odgovoril na več vprašanj zainteresiranih gospodarskih subjektom, med drugim:

- »Spoštovanje razmerja 60:40 se bo izvajalo na ravni posameznega naročnika in posledično na ravni celotnega javnega naročila. Naročnik si bo prizadeval naročiti blago v razmerju 60:40, in sicer glede na strukturo zdravil, ki jih v obdobju odpiranja konkurence naroča. V kolikor zaradi objektivnih razlogov (posamezna naročila so namreč odvisna od potreb pacientov in ne posameznega naročnika) ne bo mogoče pri določenih zdravilih spoštovati razmerja 60:40, posamezni naročnik odgovornosti ne prevzema« (odgovori, objavljeni dne 3. 11. 2022 ob 13:24 uri ter dne 15. 11. 2022 ob 9:26, 9:31, 9:51 in 9:52 uri),
- »Glede protokola naročanj, naročnik pojasnjuje, da bo imel posamezni naročnik vzpostavljen elektronski sistem naročanja, ki bo ob vsakokratnem naročanju spremljal spoštovanje strukture 60:40 po strukturi, ki jih posamezni naročnik naroča. Posamezni naročnik se zavezuje, da bo vsak mesec v okviru elektronskega sistema izdelana analiza preteklih naročil, s pomočjo katere bo posamezni naročnik vsak mesec zagotavljal, da je dobava izvršena v deležu 60:40. Do odstopanja od dobav v deležu 60:40 bo naročnik odstopil le, v kolikor bi za to obstajale objektivno opravičljive okoliščine. Izbrani ponudnik bo imel pravico od naročnika zahtevati izpis iz elektronskega sistema naročanja, s katerim bo preveril spoštovanje strukture naročanja v razmerju 60:40« (odgovor, objavljen dne 15. 11. 2022 ob 10:14 uri).
- »Naročnik je glede protokola naročanj že pojasnil, da bo imel posamezni naročnik vzpostavljen elektronski sistem naročanja, ki bo ob vsakokratnem naročanju spremljal spoštovanje strukture 60:40 po zdravilih, ki jih posamezni naročnik naroča« (odgovor, objavljen dne 22. 12. 2022 ob 10:35 uri),
- »Struktura zdravil pomeni zdravila iste vrste v enaki količini. Npr. 50 lekadolov, 100 calpolov ipd.« (odgovor, objavljen dne 22. 12. 2022 ob 10:47 uri)

ter

- »V kolikor ugotovil nesorazmerje po vrstah in/ali količinah med sklopoma skupine 1 in 2 posamezne ATC skupine z enako črkovno oznako, bo naročnik pri vseh naslednjih dobavah povečal obseg naročil v delu vrst in/ali količin pri dobavitelju, pri katerem je bil ugotovljen manko, s ciljem vzpostavitve prvotnega razmerja po vrstah in količinah med sklopoma za preteklo obdobje. Naveden povečan obseg naročil v delu vrst in/ali količin pri dobavitelju, pri katerem je bil ugotovljen manko, se ne bo upošteval pri ugotavljanju razmerja po vrstah in količinah tekočega obdobja« (odgovor, objavljen dne 23. 11. 2022 ob 11:09 uri).

Upošteva predstavljeni del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila gre ugotoviti, da je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila jasno, natančno in nedvoumno določil, da bo v izvedbeni fazi ohranil razmerje 60:40, ki je determiniralo posamezen sklop na ravni posameznega naročnika in posamezne ATC skupine zdravil. Zavrtni gre vlagateljeve navedbe, da iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni razvidno, ali bo naročnik ohranjal to razmerje na ravni vseh naročnikov skupaj ali na ravni posameznega naročnika, saj je naročnik na Portalu javnih naročil večkrat pojasnil, da se bo razmerje 60:40 izvajalo na ravni posameznega naročnika. Vlagatelj pa ne more uspeti z zavzemanjem glede izvajanja razmerja 60:40 na ravni posamezne lekarne, saj so sklopi oblikovani glede na posamezne naročnike in ne glede na posamezne lekarne.

Državna revizijska komisija nadalje ugotavlja, da iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila jasno, natančno in nedvoumno izhaja, da se naročanje v razmerju 60:40 nanaša na vsako posamezno zdravilo oz. na razmerje dobav količin istega zdravila na ravni posameznega naročnika (posledično pa bo zagotovljeno tudi vrednostno razmerje med sklopoma), torej na način, za katerega vlagatelj zatrjuje, da je edini primeren. Naročnik je v 5.1. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila pojasnil, da bo v sklopih skupine 1 kupoval zdravila v deležu 60 %, v sklopih skupine 2 pa v deležu 40 %. Četudi bi obstajal kakršenkoli dvom, na kaj se nanaša razmerje 60:40 (npr. količina vseh zdravil, skupaj, vrednost nakupov, število naročil...), je

naročnik te dvome odpravil z odgovori na Portalu javnih naročil (ki so bili vsi, v nasprotju z navedbami vlagatelja, objavljeni na Portalu javnih naročil pred vložitvijo zahtevka za revizijo z dne 2. 12. 2022), saj je pojasnil, da bo naročal blago v razmerju 60:40, in sicer glede na *strukturo zdravil*, ki jo naroča, pri čemer je pojasnil, da struktura zdravil pomeni zdravila iste vrste v enaki količini. Poleg tega je naročnik pojasnil, da posamezni naročnik ne prevzemajo odgovornosti, če *pri določenih zdravil* ne bo mogoče spoštovati razmerja 60:40, iz česar jasno izhaja, da se razmerje 60:40 nanaša na vsako posamezno zdravilo.

Upošteva je navedeno Državna revizijska komisija ne more pritrditi vlagatelju, da naročnik ni določil pravil glede izvajanja posameznih dobav. Četudi naročnik ni izrecno pojasnil pomena pojma »*struktura nabav*«, ki ga je uporabil v 5.1. in 5.3. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, in četudi naročnik ni izrecno pojasnil, na kakšen način bodo potekale posamezne dobave (npr. ali bo v okviru vsake posamezne dobave spoštovano predvideno razmerje, ali bo naročnik določeno število zaporednih posameznih naročil oddal dobavitelju v sklopu 1, nato pa določeno število zaporednih posameznih naročil dobavitelju v sklopu 2), je ključno, da je iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila razvidno, da bo naročnik izvajal dobave na način, da bo na ravni vsakega posameznega zdravila ohranjeno količinsko razmerje 60:40. Takšen način dobave tudi preprečuje nastanke situacije, ki jo v zahtevku za revizijo izpostavlja vlagatelj, in sicer, da bi bilo pri enem dobavitelju naročenih več cenejših zdravil. Ker naročnik pri naročanju zdravil ne bo upošteval le količine naročenih zdravil, pač pa bo vsako posamezno zdravilo naročal v razmerju 60:40, bo posledično uravnotežena tudi dobava dražjih in cenejših zdravil.

Vlagatelj z navedbami, vezanimi na naročnikov elektronski sistem naročanja (da naročnik ne izkaže, da z njim razpolaga oz. bo razpolagal, kot tudi ne pojasni, na kakšen način ta sistem deluje oz. bo deloval) ne more uspeti. Elektronski sistem, katerega naj bi naročnik uporabljal pri naročanju zdravil, je namreč zgolj pripomoček, s katerim naročnik predvideva doseči zastavljeni cilj – tj. spoštovanje razmerja 60:40. Prav tako vlagatelj ne more uspeti z navedbami, da naročnik ni pojasnil, kako bo odpravil morebitno ugotovljeno nespoštovanje razmerja, če tega ne bo mogoče sanirati (npr. potreb po točno določenem zdravilu ne bo več). Poudariti gre, da je naročnik predvidel, da bodo dobavitelji lahko zahtevali izpis iz elektronskega sistema naročanja, s katerim bodo lahko preverili spoštovanje strukture naročanja v razmerju 60:40, vlagatelj pa bo lahko (če mu bo oddan kateri izmed sklopov in če bo v izvedbeni fazi ocenjeval, da naročnik v njegovo škodo ni spoštoval razmerja 60:40 na ravni skupine sklopov) kot pogodbeni stranka pred pristojnim sodiščem uveljavljal (morebitno) naročnikovo kršitev pogodbenih obveznosti. Pritrditi gre vlagatelju, da je naročnik predvidel, da odstopi od spoštovanja objektivno opravičljivih okoliščin predvidenega razmerja 60:40, ne da bi ob tem pojasnil, kaj so objektivno opravičljive okoliščine. Ne glede na vprašanje, ali obstoji omejitev iz tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN za vsebinsko presojo revizijskih očitkov o umanjkanju opredelitve pojma »*objektivne okoliščine*«, gre pojasniti, da zaradi umanjkanja opredelitve pojma »*objektivne okoliščine*« naročniku ni mogoče očitati kršitev določb ZJN-3. Ni mogoče že vnaprej predvideti vseh okoliščin, ki bi jih bilo mogoče šteti za objektivno opravičljive okoliščine, saj gre za pravni standard, torej nedoločen pravni pojem. Kot že pojasnjeno, če bo vlagatelju oddan kateri izmed sklopov in bo v izvedbeni fazi ocenjeval, da naročnik v njegovo škodo ni spoštoval razmerja 60:40 in za nespoštovanje razmerja ne obstojijo objektivno opravičljive okoliščine, bo lahko kot pogodbeni stranka pred pristojnim sodiščem uveljavljal (morebitno) naročnikovo kršitev pogodbenih obveznosti.

Upošteva je navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni uspel izkazati, da v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni določen način izvajanja dobav in zagotavljanja predvidenega razmerja oz. je ta določen nejasno, s tem povezane navedbe vlagatelja pa gre zavrniti kot neutemeljene.

8. Glede umanjkanja določb za primer neoddaje naročila

Kot že pojasnjeno, znotraj vsake ATC skupine zdravil sta oblikovana dva sklopa za dobavo različne količine (razmerje 60:40) enakih zdravil, pri čemer je naročnik predvidel, da je lahko posamezni ponudnik na ravni posameznega zavoda in na ravni posamezne ATC skupine zdravil izbran samo v enem sklopu (glej 5. točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila).

V kolikor vlagatelj s citiranjem (petega) vprašanja, objavljenega na Portalu javnih naročil dne 22. 11. 2022 ob 10:13 uri, kot nezakonito izpostavlja določbo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, da je lahko posameznemu ponudniku oddan samo en sklop na ravni posameznega naročnika in na ravni posamezne ATC skupine zdravil, Državna revizijska komisija pojasnjuje (kot je to pojasnila že v odločitvah, št. 018-096/2021-21, 018-096/2021-22, 018-069/2022-10 in 018-139/2022-19), da podlago za omejitev števila sklopov, ki bodo oddani enemu ponudniku, predstavlja tretji odstavek 73. člena ZJN-3. V zakonu predvidena možnost naročnika za omejitev števila sklopov, ki se lahko oddajo enemu ponudniku, implicitno vsebuje posledico, da ponudniku, ne glede na ekonomsko ugodnost njegove ponudbe, ne more biti oddano večje število sklopov, kot ga je določil naročnik. Povedano drugače, možnost, da vsi sklopi ne bodo oddani ponudniku z ekonomsko najugodnejšo ponudbo, je (zgolj) posledica zakonsko predvidene možnosti omejitve števila sklopov, ki se lahko oddajo enemu ponudniku. Zato gre ugotoviti, da je očitno že zakonodajalec pretehtal, da je naročnik (v določenih primerih) upravičen, da posameznega sklopa ne odda ponudniku z dopustno in ekonomsko najugodnejšo ponudbo, pač pa odda ta sklop ponudniku, čigar (dopustna) ponudba ni ekonomsko najugodnejša.

Glede revizijskih navedb, da naročnik ni določil pravil za primer neoddaje enega izmed obeh sklopov na ravni posameznega naročnika in posamezne ATC skupine zdravil oz. za primer predčasne prekinitve pogodbenega razmerja v enem izmed sklopov na ravni posameznega naročnika in posamezne ATC skupine zdravil, gre pojasniti, da ponudnik z zahtevkom za revizijo, vloženim v skladu s prvim odstavkom 14. člena ZPVPJN (ki določa, da se aktivna legitimacija prizna vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za dodelitev javnega naročila in ji je ali bi ji lahko z domnevno kršitvijo nastala škoda), ščiti svoj pravni položaj v postopku oddaje javnega naročila. Kršitev oz. kršitve, ki jih zatrjuje vlagatelj v zahtevku za revizijo, morajo torej imeti za posledico verjeten nastanek škode, ki se kaže kot posledica nezakonitega onemogočanja pri pridobitvi konkretnega javnega naročila. Po presoji Državne revizijske komisije podatek, na kakšen način bo naročnik izvajal dobave, če v tem postopku ne bo oddal enega od sklopov na ravni posameznega naročnika oz. bo naknadno prekinil pogodbeno razmerje v enem izmed sklopov na ravni posameznega naročnika in posamezne ATC skupine zdravil, ni podatek, ki bil potreben za pripravo ponudbe. Tudi iz navedb vlagatelja ni mogoče razbrati, zakaj bi umanjkanje pravil za primer neoddaje enega od sklopov na ravni posameznega naročnika in posamezne ATC skupine zdravil lahko vplivalo na pravni položaj vlagatelja v tem postopku oddaje javnega naročila na način, da bi mu bilo onemogočeno oz. oteženo sodelovanje v postopku in pridobitev predmetnega javnega naročila v izvedbo. Navedenega ne spreminjajo navedbe vlagatelja, da se ga »*tiče, kako bo naročnik izvrševal dobave*«, saj iz njih ni mogoče razbrati, zakaj bi omenjeni podatek potreboval za pripravo dopustne in konkurenčne ponudbe. Ker ni mogoče ugotoviti, da bi zaradi (domnevnega) umanjkanja omenjenih pravil lahko vlagatelju nastala pravno relevantna škoda v smislu 14. člena ZPVPJN, Državna revizijska komisija izpostavljenih revizijskih navedb vsebinsko ni obravnavala.

Ne glede na navedeno gre še dodati, da oddaja le enega sklopa na ravni posameznega naročnika in posamezne ATC skupine ne onemogoča spoštovanja razmerja 60:40, kot tudi ne postavlja izbranega ponudnika v slabši položaj oz. neenakovreden položaj napram ostalim gospodarskim subjektom na trgu, kot to smiselno zatrjuje vlagatelj. Z razmerjem 60:40 je naročnik gospodarskim subjektom sporočil, da bo 60 % količin zdravil naročil pri enem dobavitelju, 40 % količin zdravil

pa pri drugem dobavitelju. Zato lahko naročnik, četudi enega sklopa ne odda, pri dobavitelju, s katerim ima sklenjen okvirni sporazum in pogodbo o sukcesivni dobavi zdravil, naroči 60 % (oz. 40 %) količin zdravil, medtem ko preostale količine zdravil (40 % oz. 60%) pridobi ob drugačnih pogojih na drugačen način. V zvezi z navedbami vlagatelja, da oddaja le enega sklopa na ravni posameznega naročnika in posamezne ATC skupine zdravil, postavlja izbranega ponudnika v »slabši« oz. neenakopraven položaj napram ostalim gospodarskim subjektom (od katerih bi naročnik kupoval preostalo količino zdravil), pa gre poudariti, da ni mogoče sprejeti stališča, da bi bila oddaja javnega naročila gospodarskemu subjektu okoliščina, zaradi katere bi se njegov položaj na trgu, napram njegovim konkurentom, poslabšal. Poleg tega pa načelo enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3) naročnika ne zavezuje, da po oddaji javnega naročila zagotovi enak položaj gospodarskim subjektom, katerim je oddano javno naročilo, in gospodarskim subjektom, katerim ni oddano javno naročilo.

V zvezi z vlagateljevim navedbami, da naročnik ni odgovoril na vprašanje, ali bo razveljavil odločitev za vse sklope, če »se naknadno ugotovi, da Ponudnik 1 ni izpolnjeval zahtev in bi morala biti njegova ponudba izločena kot nedopustna ter bo ponudbo v tem delu razveljavil? Ali to pomeni, da bo razveljavil vse sklope A, glede na to da je bila ponudba Ponudnika 2 dopustna in bi bila njegova ponudba že v trenutku odločitve najugodnejša v sklopu A1?« (glej vprašanje, objavljeno na Portalu javnih naročil dne 15. 11. 2022 ob 10:12 uri), gre ugotoviti, da informacije o ravnanju naročnika pri sprejemanju odločitev o oddaji javnega naročila in v morebitnem postopku pravnega varstva niso informacije, ki bi bile relevantne za pripravo ponudbe. Tudi iz revizijskih navedb ni mogoče razbrati, zakaj bi vlagatelj za pripravo dopustne in konkurenčne ponudbe potreboval podatek, ali bo naročnik, če bo ugotovljena nedopustnost ponudbe posameznega ponudnika za posamezno ATC skupino posameznega naročnika, razveljavil odločitev o oddaji sklopov za to ATC skupino tudi za ostale naročnike. Ker ni mogoče ugotoviti, da bi zaradi umanjkanja teh informacij lahko vlagatelju nastala pravno relevantna škoda v smislu prvega odstavka 14. člena ZPVPJN, Državna revizijska komisija izpostavljenih revizijskih navedb vsebinsko ni obravnavala. Ob tem pa gre zgolj pripomniti, da je naročnik na Portalu javnih naročil pojasnil, da bo odločitev o oddaji naročila za drugi sklop sprejel po pravnomočnosti odločitve o oddaji za prvi sklop. Aktivno legitimirani subjekti bodo tako lahko sprožili postopek pravnega varstva zoper vsako odločitev (posameznega naročnika) o oddaji javnega naročila.

9. Glede višine minimalnega popusta na obseg dobav

Vlagatelj zatrjuje, da je naročnik višino zahtevane minimalne ugodnosti na obseg dobav določil v nasprotju z načelom sorazmernosti in načelom zagotavljanja konkurence med ponudniki, poleg tega naročnik, v nasprotju z odločitvijo Državne revizijske komisije, št. 018-149/2019-21, zahteva višje minimalne popuste, kot jih trenutno prejema.

Kot že pojasnjeno, naročnik je kot merilo za izbor ekonomsko najugodnejše ponudbe določil skupni popust na dobavo zdravila, v okviru katerega je relevantna tudi stopnja ponujene ugodnosti na obseg dobav. Naročnik je določil, da lahko ponudnik ponudi le ugodnost na obseg dobav, ki je enaka ali višja od vrednosti minimalne ugodnosti na obseg dobav, ki je razvidna iz Priloge A (v kateri je za vsak sklop navedena minimalna stopnja ugodnosti na obseg dobav), v nasprotnem primeru bo ponudba (v relevantnem sklopu) izločena kot nedopustna (glej 12. točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila).

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja (kot je to ob primerljivem dejanskem stanju ugotovila že v zadevah, št. 018-096/2021-89, 018-096/2021-90, 018-096/2021-91, 018-069/2022 in 018-092/2022, 018-139/2022-20), da naročnikova zahteva glede minimalne ugodnosti na obseg dobav (pod sankcijo zavrnitve ponudbe, v kateri bo ponujena nižja stopnja ugodnosti od minimalno zahtevane) predstavlja pravilo o zgornji (vrednostni) meji, po kateri je naročnik (še)

pripravljen plačati enoto mere predmeta naročila. Z omenjeno zahtevo je naročnik predstavil nabavne pogoje oz. pogoje, pod katerimi je pripravljen zdravila kupiti – z omenjeno zahtevo je naročnik ponudnikom predstavil podatek o tem, koliko je še pripravljen plačati za zdravila oziroma živila oz. pod kakšnimi pogoji je pripravljen skleniti posamezne okvirne sporazume. Pravilo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, s katerim naročnik določi zgornjo (vrednostno) mejo, s katero označuje svojo pripravljenost plačevati nek predmet nabave, pa ni v nasprotju s predpisi o javnem naročanju, če je bilo to pravilo določeno vsem ponudnikom enako (7. člen ZJN-3) in jih je naročnik vse z njim seznanil (6. člen ZJN-3), ponudniki sami pa morajo sprejeti poslovno odločitev, ali želijo sprejeti tako naročnikovo omejitev plačevanja za predmet naročila. Vsi ponudniki zato lahko na enakih osnovah (7. člen ZJN-3), ki so znane vnaprej (6. člen ZJN-3), samostojno z upoštevanjem vseh relevantnih tržnih tveganj oblikujejo ceno (5. člen ZJN-3).

Revizijskih navedb, vezanih na višino minimalnega stopnjo ugodnosti na obseg dobav, Državna revizijska komisija upošteva naravo zahteve glede minimalne stopnje ugodnosti na obseg dobav vsebinsko ne more presojsati. Odločitev naročnika, koliko je pripravljen plačati za predmet javnega naročila oz. za posamezno zdravilo oz. živilo, je naročnikova poslovna odločitev, ki sodi v sfero njegove odgovornosti za lastno poslovanje, v katero niti Državna revizijska komisija niti ponudnik ne moreta posegati. Tako niti ponudnik niti Državna revizijska komisija naročnika ne moreta prisiliti, da za nabavo zdravil in živil plača več, kot se je odločil. Ali je naročnikova ocena o primernem plačilu za posamezno zdravilo oz. živilo pravilna in torej odraža realne cene na relevantnem trgu, ni stvar pravnih pravil, temveč razmer na trgu predmeta javnega naročila, ki se lahko odrazijo tudi v odzivu ponudnikov na posamezni javni razpis. Ponudnikov tako ni mogoče prisiliti, da oddajo ponudbe po cenah oz. da ponudijo zahtevane minimalne stopnje ugodnosti na obseg dobav, ki jih ocenjujejo za nerealne ali previsoke. Če je naročnikova ocena glede zahtevane minimalne stopnje ugodnosti na obseg nepravilna, kot to smiselno zatrjuje vlagatelj, se bo to izkazalo v postopku oddaje javnega naročila, saj naročnik ponudb (ki bi izpolnjevale sporno zahtevo) ne bo prejel, posledično pa predmetnega javnega naročila v tem postopku oddaje javnega naročila ne bo mogel oddati.

Zavrni gre tudi revizijske navedbe o naročnikovi kršitvi Pravilnika o določanju cen zdravil za uporabo v humani medicini. Omenjeni pravilnik določa pravila glede oblikovanja cen (določenih) zdravil, zato ga naročnik, ki ne oblikuje cen zdravil, že po naravi stvari ne more kršiti z določljivo zahtevane minimalne stopnje ugodnosti na obseg dobav. Četudi lahko Državna revizijska komisija pritrdi vlagatelju, da upošteva zahtevani minimalni popust na obseg dobave lahko pride do situacije, ko zahtevani minimalni popust presega delež veletgovca v ceni zdravila, pa gre ponoviti, da Državna revizijska komisija ravnanje naročnika pri določitvi (višine) ugodnosti na obseg dobav, glede na naravo te zahteve, ne more presojsati, na drugi strani pa je avtonomna poslovna odločitev ponudnika, ali bo ob upoštevanju vsebine dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila sodeloval v postopku oddaje javnega naročila.

Vlagatelj tudi ne more uspeti z navedbami, da je naročniku v interesu zgolj pridobivanje lastnih ugodnosti (dobavitelj namreč naročniku izda dobropis za vrednost ugodnosti na obseg dobav), in ne zniževanje cen zdravil (iz navedb vlagatelja namreč izhaja, da naročnik zahteva tako visoke minimalne ugodnosti na obseg poslovanja, da ponudniki ne bodo mogli ponuditi še popusta na ceno zdravila), kar bi občutili vsi uporabniki in davkoplachevalci. Državna revizijska komisija, ki po svoji funkciji predstavlja organ pravnega varstva, ki odloča o zakonitosti oddaje javnih naročil v vseh stopnjah postopka javnega naročanja (prvi odstavek 60. člena ZPVPJN), v revizijskem postopku, v katerem je zagotovljeno pravno varstvo le zoper kršitve v postopkih javnega naročanja (2. člen ZPVPJN), lahko ugotavlja (zgolj) skladnost ravnanja naročnika s pravili javnega naročanja (prim. npr. odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-081/2014, 018-008/2015, 018-065/2015, 018-073/2016). To pomeni, da je Državna revizijska komisija pristojna zgolj za presojo, ali je naročnik pri oblikovanju določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ravnal v

skladu s predpisi, ki urejajo oddajo javnih naročil. Državna revizijska komisija tako ni pristojna ocenjevati poslovanja naročnika, zato vlagatelj ne more uspeti s smiselnimi navedbami, da posamezni javni naročniki (kot javni zavodi) niso ustanovljeni z namenom pridobivanja dobička. Poudariti gre, da predpisi s področja javnega naročanja ne določajo na kakšen način oz. po kakšnem ključu se v postopku javnega naročanja »deli« pridobljeni popust med različnimi subjekti oz. različnimi (javnimi) blagajnami (Zavod za zdravstveno zavarovanje (v nadaljevanju: ZZZS) je namreč končni plačnik zdravil na recept), zato Državna revizijska komisija tudi ni pristojna za oceno naročnikovega ravnanja, ko naj bi po navedbah vlagatelja zahteval tako visoko minimalno zahtevano stopnjo ugodnosti na obseg dobav, da ponudniki niso (več) zmožni ponuditi še popusta na ceno zdravil. Pri tem gre še dodati, da so z vidika načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti (4. člen ZJN-3), ki določa, da mora naročnik izvesti javno naročanje tako, da z njim zagotovi gospodarno in učinkovito porabo javnih sredstev in uspešno doseže cilje svojega delovanja, določene skladno s predpisi, ki urejajo porabo proračunskih in drugih javnih sredstev, javna sredstva tako sredstva posameznih javnih naročnikov oz. posameznih javnih lekarniških zavodov kot tudi sredstva oz. blagajna ZZZS. Zato ne more, v nasprotju z mnenjem vlagatelja, predstavljati kršitve omenjenega načela, če se oseba s statusom javnega naročnika v postopku oddaje javnega naročila zavzema za pridobitev čim večje lastne koristi oz. za pridobitev čim večjega dela popusta, ki bo namenjen njegovemu poslovanju. Vprašanje razdelitve pridobljenega popusta je lahko sistemsko vprašanje organizacije oz. izvajanja javnega naročanja zdravil, ki ga Državna revizijska komisija ne more razreševati v okviru pravnega varstva (smis. odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-083/2022-10).

Vlagatelj v tem delu zahtevka za revizijo še zatrjuje, da zaradi višine minimalno zahtevane stopnje ugodnosti na obseg dobav merilo ugodnost na obseg poslovanja ni oblikovano skladno z načelom sorazmernosti. Državna revizijska komisija ugotavlja, da je merilo ugodnost na obseg poslovanja (ne glede na višino minimalne zahtevane stopnje ugodnosti na obseg dobav) povezano s predmetom javnega naročila, saj se (posredno) nanašajo na vrednost dobavljenih zdravil, prav tako pa je podana sorazmernost s cilji naročila – pridobitev predmeta javnega naročila po čim nižji ceni oz. z vsaj zahtevano stopnjo ugodnosti in popustov (prim. odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-096/2021-90). Ni mogoče zato zaključiti, da bi bilo merilo ugodnost na obseg dobav oblikovano v nasprotju z načelom sorazmernosti in šestim odstavkom 84. člena ZJN-3.

Upoštevanje navedeno je Državna revizijska komisija vlagateljeve navedbe, vezane na višino minimalno zahtevane ugodnosti na obseg dobav, zavrnila kot neutemeljene.

10. Glede zahteve v zvezi z avtentičnostjo zdravil in z njo povezanimi manipulativnimi stroški

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da je naročnik na ponudnika prevalil odgovornost za avtentičnost zdravila, kar je odgovornost proizvajalca, in v ta namen določil neznan višino kazni – povrnitev manipulativnih stroškov po svojem ceniku.

Naročnik je v 13. členu vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil določil:

»Dobavitelj dobavlja zdravila, ki se lahko takoj izdajo. Zdravila morajo biti opremljena z edinstveno oznako, ki omogoča preverjanje avtentičnosti in identifikacijo posameznega pakiranja zdravila, in pripomočkom za zaščito pred poseganjem v zdravilo, ki sta skladna z zahtevami direktive 2011/62/EU. Edinstvena oznaka mora biti berljiva strojno.

V primeru, da dobavljeno zdravilo ne ustreza zahtevam iz prejšnjega odstavka lahko naročnik zdravilo zavrne in zahteva povrnitev manipulativnih stroškov po svojem ceniku.«

Državna revizijska komisija ugotavlja, da se sporna določba ne nanaša na fazo postopka oddaje javnega naročila, temveč na fazo izvajanja predmeta javnega naročila. Zahteva glede avtentičnosti zdravil ne predstavlja niti pogoja za priznanje sposobnosti niti merila za ocenjevanje

ponudb ali kakšne druge zahteve, ki bi jo moral ponudnik izpolniti ob oddaji ponudbe oz. zaradi katere ne bi mogel sodelovati v predmetnem postopku oddaje javnega naročila. Vlagatelj ne glede na obstoj citirane določbe v postopku oddaje javnega naročila v zvezi z njo nima obveznosti, vezanih na pripravo ponudbe, oziroma obveznosti, vezanih na njegovo sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila, saj se bo citirana določba uporabila šele po zaključenem postopku oddaje javnega naročila in po sklenitvi pogodbe o izvedbi predmetnega naročila z izbranim ponudnikom. Ob tem gre dodati, da naročnikova zahteva v zvezi z avtentičnostjo zdravil velja za vse gospodarske subjekte na enak način in v enakem obsegu (7. člen ZJN-3). Odločitev gospodarskega subjekta, ali bo sodeloval v postopku oddaje javnega naročila in v primeru predložitve najugodnejše ponudbe sklenil okvirni sporazum v vsebini, kot jo je določil naročnik, sodi v avtonomno poslovno sfero vsakega gospodarskega subjekta. Ali, kako in koliko bo gospodarski subjekt navedeno zahtevo upošteval pri oblikovanju skupnega popusta na dobavo zdravil pa je poslovna odločitev vsakega gospodarskega subjekta.

Državna revizijska komisija zato ugotavlja, da naročnikova zahteva glede avtentičnosti zdravil vlagatelju ne otežuje ali preprečuje sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila in kot taka v ne posega v njegov položaj (potencialnega) ponudnika v smislu 14. člena ZPVPJN, zato Državna revizijska komisija revizijskih navedb, da je naročnik na ponudnike prevalil odgovornost, vezano na avtentičnost zdravil, in ki je izven zmožnosti veletrgovcev, vsebinsko ni presojala.

Čeprav citirana določba vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil ne predstavlja zahteve, ki bi jih morali izpolnjevati ponudniki, da bi sodelovali v postopku oddaje javnega naročila, pa je treba ugotoviti, da ponudniki pri oblikovanju ponudbe upoštevajo tudi to določbo. Obveznosti, ki jih bo moral prevzeti izbrani ponudnik, ko bo z naročnikom sklenil pogodbo, namreč vplivajo tudi na oblikovanje ponudbene cene oz. popustov, ta pa je bistveni sestavni del ponudbe. Šele ko je gospodarski subjekt seznanjen z obveznostmi, ki jih prevzema, in jasnimi sankcijami za primer kršitve prevzetih obveznosti, lahko gospodarski subjekti bodoče obveznosti in tveganja z njimi vkalkulira v ponudbeno ceno oz. popust. Zato morajo biti določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, tudi tiste, ki vsebujejo napoved vsebine bodočega obligacijskega razmerja, oblikovane v skladu z načelom transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3), ki zahteva, da so vse zahteve v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določene jasno, natančno in nedvoumno, tako da lahko vsi razumno obveščeni in običajno skrbni ponudniki razumejo njihov natančen obseg in jih razlagajo enako.

Upošteva je navedeno je Državna revizijska komisija v nadaljevanju presojala revizijske navedbe, da je naročnik za primer kršitve obveznosti, vezane na avtentičnost zdravil, določil neznano višino kazni. Pritrditi gre vlagatelju, da je naročnik v 13. členu vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil previdel, da lahko zahteva »*povrnitev manipulativnih stroškov po svojem ceniku*«. Ne glede na vprašanje o pravni naravi predvidene sankcije za primer kršitve pogodbenih obveznosti (vlagatelj namreč smiselno zatrjuje, da gre za pogodbeno kazen, čemur naročnik nasprotju), gre ugotoviti, da naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila gospodarskih subjektov ni seznanil z višino manipulativnih stroškov, ki jih lahko zahteva od dobavitelja v primeru kršitve obveznosti, vezane na avtentičnost zdravil. Naročnik se je namreč v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila skliceval zgolj na svoje cenike, ki pa jih gospodarskim subjektom ni predstavil. Še več, naročnik niti ne zanika vlagateljevih navedb, da (trenutno) naročniki nimajo objavljenih cenikov manipulativnih stroškov. Upošteva je navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik ponudnikom ni zagotovil zadosti informacij za pripravo ponudbe, saj gospodarskih subjektov ni seznanil s tveganji, ki jih prevzemajo s ponudbo, da bi lahko ponudniki ta tveganja upoštevali pri oblikovanju skupnega popusta na dobavo zdravil. Gospodarski subjekti lahko pri oblikovanju različno razumejo obseg tveganj, ki jih z oddajo ponudbe prevzemajo, kar lahko vpliva na neprimerljivost predloženih ponudb.

Navedenega ne spreminja naročnikovo pojasnjevanje (v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo) pomena pojma »*manipulacija*« (opravljanje dela pri nameščanju, premeščanju, obdelavi ali ravnanje, upravljanje npr. z blagom), saj sam pojem ne pojasnjuje višine stroškov, nastalih zaradi manipulacije, in povračilo katerih lahko zahteva naročnik. Nerelevantne za presojo revizijskih navedb pa so naročnikove navedbe, da je v predmetnem postopku prejel več ponudb, med drugim tudi vlagateljevo ponudbo. Naročnik še ni pregledal prejetih ponudb in posledično niti ni mogoče delati zaključkov o dopustnosti ponudb. Poleg tega pa je v obravnavani zadevi, glede na vlagateljevo trditveno podlago, ključno, ali je naročnik zagotovil potrebne informacije za pripravo primerljivih ponudb. Zgolj na podlagi dejstva, da je več gospodarskih subjektov, vključno z vlagateljem, predložilo ponudbe, pa tudi ni mogoče že zaključiti, da so ponudniki pri oblikovanju popustov izhajali iz enakih izhodišč glede višine manipulativne stroške.

Upošteva se navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da je vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo uspel izkazati naročnikovo kršitev načela transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3) in načela enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3), ker ni zagotovil informacij glede višine manipulativnih stroškov, ki jih lahko zahteva, in posledično ni zagotovil zadosti informacij, potrebnih za oblikovanje skupnega popusta na dobavo zdravil, in enakih izhodišč gospodarskim subjektom za pripravo ponudbe.

11. Glede pogodbene kazni in razloga za odstop od pogodbe

Vlagatelj v tem delu zahtevka za revizijo zatrjuje, da je naročnik nezakonito in nesorazmerno kot razlog za naročnikov odstop od pogodbe predvidel dobaviteljevo izgubo ekskluzivne pravice in v ta namen unovčitev pogodbene kazni. Nadalje vlagatelj zatrjuje, da je naročnik nezakonito prelevil pogodbeno kazen v glavno obveznost, predvidel pogodbeno kazen za denarno obveznost in predvidel nesorazmerno pogodbeno kazen za primer, če dobavitelj ne upošteva skupnega popusta na dobavo zdravil in zahtev v zvezi z obračunavanjem le-tega.

Iz 24. člena vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil izhaja, da lahko naročnik finančno zavarovanje za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti unovči v znesku terjatve, ki jo ima naročnik do izvajalca, če naročniku povzroči škodo, ki je ne povrne v roku 8 (osem) dni po pozivu naročnika, ter v polnem znesku – v takšnem primeru ima znesek finančnega zavarovanja pogodbeno kazen – če dobavitelj ne upošteva ponujenega skupnega popusta na dobavo zdravil in zahtev v zvezi z obračunavanjem le-tega.

Naročnik je v 25. členu vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil predvidel, da sme naročnik odstopiti od pogodbe za sklope 29 do 34, če dobavitelj izgubi ekskluzivno pravico dobavljati zdravila iz tega sklopa – v tem primeru je naročnik predvidel pogodbeno kazen v višini 10.000,00 EUR oz. v višini iz 24. člena pogodbe.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da se sporne določbe ne nanašajo na fazo postopka oddaje javnega naročila, temveč na fazo izvajanja predmeta javnega naročila. Navedene določbe vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept ne predstavljajo niti pogoja za priznanje sposobnosti niti merila za ocenjevanje ponudb ali kakšne druge zahteve, ki bi jo moral ponudnik izpolniti ob oddaji ponudbe oz. zaradi katere ne bi mogel sodelovati v predmetnem postopku oddaje javnega naročila. Vlagatelj ne glede na njihov obstoj v postopku oddaje javnega naročila v zvezi z njimi nima obveznosti, vezanih na pripravo ponudbe, oziroma obveznosti, vezanih na njegovo sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila, saj se bo citirana določba uporabila šele po zaključenem postopku oddaje javnega naročila in po sklenitvi pogodbe o izvedbi predmetnega naročila z izbranim ponudnikom. Omenjene določbe vzorca pogodbe veljajo za vse gospodarske subjekte na enak način in v enakem obsegu (7. člen ZJN-3). Odločitev gospodarskega subjekta, ali bo sodeloval v postopku oddaje javnega naročila in v primeru

predložitve najugodnejše ponudbe sklenil okvirni sporazum v vsebini, kot jo je določil naročnik, sodi v avtonomno poslovno sfero vsakega gospodarskega subjekta. Ali, kako in koliko bo gospodarski subjekt naročnikove določbe, vezane na razlog za naročnikov odstop od pogodbe, ter določbe, vezane na pogodbeno kazen, upošteval pri oblikovanju skupnega popusta na dobavo zdravil pa je poslovna odločitev vsakega gospodarskega subjekta.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da sporna določba vlagatelju ne otežuje ali preprečuje sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila in kot taka ne posega v njegov položaj (potencialnega) ponudnika na način, da bi mu zaradi njih nastala pravno relevantna škoda v smislu 14. člen ZPVPJN. Upošteva se navedeno Državna revizijska komisija revizijskih navedb, vezanih na razlog za naročnikov odstop od pogodbe in pogodbeno kazen, vsebinsko ni presojala.

12. Glede popusta na predčasna plačila

Vlagatelj v zahtevku za revizijo še zatrjuje, da je naročnikova zahteva glede popusta na predčasnega plačila nesorazmerna in se zažira v veletrgovsko maržo. Predčasno plačilo vlagatelju ne predstavlja nobene ugodnosti, zaradi katere bi dal zahtevani popust.

Iz 7. člena vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept izhaja, da za plačila, izvedena v roku 15 ali več dni pred zapadlostjo, priznava dobavitelj naročniku popust na predčasnega plačila v višini 0,20 % od zneska računa. Za obračunan popust dobavitelj naročniku mesečno izstavi dobropis.

Glede 7. člena vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept gre ugotoviti, da se nanaša na fazo postopka oddaje javnega naročila, temveč na fazo izvajanja predmeta javnega naročila. Navedena določba vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept ne predstavlja niti pogoja za priznanje sposobnosti niti merila za ocenjevanje ponudb ali kakšne druge zahteve, ki bi jo moral ponudnik izpolniti ob oddaji ponudbe oz. zaradi katere ne bi mogel sodelovati v predmetnem postopku oddaje javnega naročila. Vlagatelj ne glede na njihov obstoj v postopku oddaje javnega naročila v zvezi z njimi nima obveznosti, vezanih na pripravo ponudbe, oziroma obveznosti, vezanih na njegovo sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila, saj se bo citirana določba uporabila šele po zaključenem postopku oddaje javnega naročila in po sklenitvi pogodbe o izvedbi predmetnega naročila z izbranim ponudnikom. Omenjena določba vzorca pogodbe velja za vse gospodarske subjekte na enak način in v enakem obsegu (7. člen ZJN-3). Odločitev gospodarskega subjekta, ali bo sodeloval v postopku oddaje javnega naročila in v primeru predložitve najugodnejše ponudbe sklenil okvirni sporazum v vsebini, kot jo je določil naročnik, sodi v avtonomno poslovno sfero vsakega gospodarskega subjekta. Ali, kako in koliko bo gospodarski subjekt naročnikovo zahteve glede popusta na predčasnega plačila upošteval pri oblikovanju skupnega popusta na dobavo zdravil, pa je poslovna odločitev vsakega gospodarskega subjekta.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da sporna določba vlagatelju ne otežuje ali preprečuje sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila in kot taka ne posega v njegov položaj (potencialnega) ponudnika na način, da bi mu zaradi njih nastala pravno relevantna škoda v smislu 14. člen ZPVPJN. Upošteva se navedeno Državna revizijska komisija revizijskih navedb, vezanih na popust na predčasnega plačila, vsebinsko ni presojala.

Ne glede na navedeno pa gre še dodati, da je Državna revizijska komisija v zadevah, št. 018-096/2021-89, 018-096/2021-90 in 018-096/2021-91, ko je naročnik popust na predčasno plačilo določil kot merilo za oddajo javnega naročila, pojasnila, da je zahteva glede popusta na predčasnega plačila vsekakor povezana s predmetom javnega naročila, saj se (posredno) nanaša

na vrednost dobavljenih zdravil, prav tako pa je podana sorazmernost s cilji naročila – pridobitev predmeta javnega naročila po čim nižji ceni oz. z vsaj zahtevano stopnjo popustov,

13. Sklepno

V povzetku vsega navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da je vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo uspel izkazati naročnikovo kršitev določb ZJN-3, s tem ko (1) ni objavil popisa zdravil za posameznega naročnika Lekarna Sevnica, (2) je oblikoval Prilogo št. 8 – Izjava ponudnika o ekskluzivni pravici v nasprotju s pojasnili na Portalu javnih naročil glede vprašanja, kateri subjekti lahko sodelujejo v sklopih od 29 do 34, (3) zahteva dobavo novih zdravil, ob upoštevanju ponudbenih pogojev, in ko zahteva dobavo zdravil, ki so ob poteku roka za predložitev ponudb, spadale v sklope od 29 do 35, v sklopih od 1 do 28, ob upoštevanju ponudbenih pogojev za te sklope, ter s tem ko (4) ni zagotovil informacij glede višine manipulativnih stroškov, ki jih lahko zaračuna dobavitelju.

Državna revizijska komisija je zato na podlagi druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN zahtevku za revizijo ugodila in v celoti razveljavila postopek oddaje javnega naročila. Odprava ugotovljenih kršitev ni mogoča z milejšim ukrepom, saj je rok za prejem ponudb že potekel, prejete ponudbe pa so bile že odprte, naročnik pa po poteku roka za prejem ponudb, glede na prvo poved iz drugega odstavka 67. člena ZJN-3, ne sme več spreminjati in dopolnjevati dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

Skladno z določili tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN Državna revizijska komisija naročnika napotuje, naj, če se bo odločil izvesti nov postopek oddaje javnega naročila, pri oblikovanju določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ravna v skladu z ZJN-3 in temeljnimi načeli javnega naročanja, pri tem pa naj upošteva tudi ugotovitve, kot izhajajo iz tega sklepa.

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 1. točke izreka tega sklepa.

Vlagatelj zahteva povrnitev stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva. Če je zahtevek za revizijo utemeljen, mora naročnik iz lastnih sredstev vlagatelju povrniti potrebne stroške, nastale v predrevizijskem in revizijskem postopku (tretji odstavek 70. člena ZPVPJN).

Državna revizijska komisija je vlagatelju, skladno s 70. členom ZPVPJN in skladno z Odvetniško tarifo (Uradni list RS, št. 2/2015 s sprem.; v nadaljevanju: OT), kot potrebne priznala naslednje priglašene stroške:

- strošek dolžne vplačane takse za revizijski zahtevek v višini 4.000,00 EUR
- strošek odvetniške storitve za zahtevek za revizijo v višini 3.000 točk, kot ga je v zahtevku za revizijo (navzgor) zamejil vlagatelj, kar, ob upoštevanju prve točke tar. št. 44 OT, vrednosti točke in 22% DDV, znaša 2.196,00 EUR,
- izdatke v pavšalnem znesku v višini 40 točk, ki jih je Državna revizijska komisija izračunala ob upoštevanju tretjega odstavka 11. člena OT in ob upoštevanju višine stroška odvetniških storitev za sestavo zahtevka za revizijo, kot ga je v zahtevku za revizijo (navzgor) zamejil vlagatelj; kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22% DDV znaša 29,28 EUR.

Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala priglašenega stroška za odvetniške storitve za opredelitev do navedb naročnika (vloga z dne 6. 1. 2023), saj ta v konkretnem primeru ni bil potreben (peti odstavek 70. člena ZPVPJN v povezavi z osmim odstavkom istega člena, pa tudi drugi odstavek 2. člena OT). Vlagateljeve navedbe v vlogi z dne 6. 1. 2023 niso bile bistvene in niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve. Državna revizijska komisija

vlagatelju tudi ni priznala priglašene presežka nad priznanimi stroški za izdatke v pavšalnem znesku po 11. členu OT, saj za njihovo priznanje ni podlage v OT.

Državna revizijska komisija je tako vlagatelju kot potrebne priznala stroške v višini 6.225,28 EUR. Ker je vlagatelj z zahtevkom za revizijo uspel delno, je Državna revizijska komisija odločila, da se mu, v sorazmerju z doseženim uspehom v postopku, ki ga glede na sklope revizijskih očitkov ocenjuje na 4/12 (vlagatelj je uspel v štirih od dvanajstih sklopov revizijskih očitkov), povrne le 1/3 potrebnih stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva, tj. 2.075,09 EUR (drugi odstavek 154. člen Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/1999 s sprem.) v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN).

Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 2.075,09 EUR v roku 15 dni od prejema tega sklepa. Višjo stroškovno zahtevo vlagatelja je Državna revizijska komisija zavrnila.

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 2. točke izreka tega sklep.

Pravni pouk: Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

Predsednik senata:
Marko Medved, univ. dipl. prav.,
član Državne revizijske komisije

Vročiti:

- naročnik,
- pooblaščenec vlagatelja (Odbetniška družba Brulc, o.p., d.o.o., Ljubljana),
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.