

Številka: 018-050/2023-4

Datum: 23. 5. 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 mag. Zlate Jerman, kot predsednice senata, ter Andraža Žvana in Sama Červeka, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »JN Dobava zdravil brez recepta«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja Salus, Veletrgovina, d.o.o., Litostrojska cesta 46 A, Ljubljana, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Brulc, o.p., d.o.o., Dunajska cesta 9, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika in pooblaščenega naročnika Javni zavod Kraške lekarne Ilirska Bistrica, Gregorčičeva cesta 8A, Ilirska Bistrica (v nadaljevanju: naročnik), dne 23. 5. 2023

odločila:

1. Ugotovi se, da je naročnik s spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila konkludentno ugodil zahtevku za revizijo v delu, ki se nanaša na:
 - objavo cenika zdravil, ki nimajo določene cene v CBZ, na spletni strani dobavitelja in
 - pogodbeno kazen, določeno za primer neuspešne preverbe avtentičnosti zdravila.

V preostalem delu se zahtevki za revizijo zavrne kot neutemeljeni.

2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 421,06 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 2. 3. 2023, pod št. objave JN001160/2023-B01, in v Uradnem listu EU dne 3. 3. 2023, pod št. objave 2023/S 045-128923. Naročnik izvaja postopek javnega naročanja po odprtem postopku v svojem imenu in za svoj račun ter v imenu in za račun (12) naročnikov, ki so navedeni v točki I.1 obvestila o javnem naročilu.

Zoper določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je vlagatelj pred potekom roka za predložitev ponudb z vlogo z dne 24. 3. 2023 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga razveljavitev celotnega postopka javnega naročila in priglaja povračilo stroškov. Vlagatelj je z vlogo z dne 19. 4. 2023 dopolnil zahtevek za revizijo.

Naročnik je dne 24. 4. 2023 zavrnil vlagateljev zahtevek za revizijo kot neutemeljen in zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva. Do navedb naročnika v odločitvi o zahtevku za revizijo se je vlagatelj opredelil z vlogo z dne 28. 4. 2023.

Naročnik je dne 28. 4. 2023 Državni revizijski komisiji odstopil dokumentacijo v postopku oddaje predmetnega javnega naročila in pripadajočo dokumentacijo predrevizijskega postopka.

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.

Med strankama revizijskega postopka je sporno, 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 Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.); v nadaljevanju: ZJN-3).

Uvodoma Državna revizijska komisija v zvezi z naročnikovimi »splošnimi ugovori«, da se revizijski očitki po večini nanašajo na pogodbeno fazo oz. na določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki ne vplivajo na vlagateljevo zmožnost oddaje ponudbe, pojasnjuje, da skladno s prvo alinejo prvega odstavka 14. člena ZPVPJN (ki določa, da se aktivna legitimacija prizna vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za dodelitev javnega naročila, sklenitev okvirnega sporazuma ali vključitev v dinamični nabavni sistem in ji je ali bi ji lahko z domnevno kršitvijo nastala škoda) vlagatelj z vložitvijo zahtevka za revizijo varuje svoj pravni položaj, in sicer ko zatrjevane kršitve naročnika vplivajo na njegov pravni položaj v smislu, da bi mu bilo zaradi njih onemogočeno ali bistveno oteženo sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila in s tem možnost pridobitve naročila. 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 možnosti pridobitve konkretnega javnega naročila. Ker mora biti iz konkretnih okoliščin danega primera razvidno, da posamezna določba dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, zoper katero je vložen zahtevek za revizijo, vlagatelju onemogoča oz. otežuje sodelovanje v konkretnem postopku oddaje javnega naročila oz. ga neupravičeno postavlja v slabši položaj v primerjavi z ostalimi gospodarskimi subjekti, se bo Državna revizijska komisija do naročnikovih navedb, da nekatere v zahtevku za revizijo izpodbijane določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ne vplivajo na vlagateljev pravni položaj v postopku oddaje javnega naročila, opredelila pri obravnavi posameznih revizijskih očitkov.

Pred vsebinsko obravnavo zahtevka za revizijo Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik predmetno javno naročilo, ki ga je razdelil na sklope, oddaja po odprtem postopku z namenom sklenitve okvirnega sporazuma za obdobje 48 mesecev z največ štirimi gospodarskimi subjekti. Naročnik bo vsakih 12 mesecev odpiral konkurenco med sklenitelji okvirnega sporazuma.

Predmet javnega naročila je (sukcesivna) dobava zdravil brez recepta, ki so uvrščena v Centralno bazo zdravil (v nadaljevanju: CBZ) in imajo eno izmed dovoljenj, na podlagi katerega je zdravilo v prometu v Republiki Sloveniji. Gre (1) za zdravila, za katera je predviden način/režim predpisovanja/izdaje zdravil BRp (izdaja zdravila je brez recepta v lekarnah), ki bodisi imajo v CBZ določeno ceno bodisi nimajo v CBZ določene cene, ter (2) za zdravila, za katera je predviden način/režim predpisovanja/izdaje zdravil BRp L+P (izdaja zdravila je brez recepta v lekarnah in

specializiranih prodajalnah), ki nimajo cene določene v CBZ. Predmet javnega naročila (tj. zdravila) je razdeljen na 208 sklopov, in sicer najprej na posamezne naročnike oz. posamezne javne zavode, na ravni vsakega posameznega naročnika je nadalje razdeljen na vrsto/skupino zdravil (na zdravila brez recepta brez določene cene v CBZ, medtem ko so zdravila brez recepta z določeno ceno v CBZ razdeljena na sedem skupin glede na ATC skupino zdravil), na ravni posameznega javnega zavoda in posamezne skupine zdravil pa je predmet razdeljen še količinsko (razmerje 60:40) na dva sklopa.

1. Glede spremembe cen zdravil v izvedbeni fazi

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila vključil določbe, ki se nanašajo na možnost zvišanja in znižanja cen zdravil, ki v CBZ nimajo določene cene. Naročnik je namreč v prvotni dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, objavljeni na Portalu javnih naročil dne 2. 3. 2023 (glej 11.1.3 točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in 6. člen vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta), določil:

»Dobavitelj lahko na naročnika naslovi zahtevo za spremembo cene, in sicer v primeru povišanja cene posameznega zdravila brez recepta, katerega cena ni določena v CBZ, s strani proizvajalca tega zdravila, in sicer v primeru vsakega povišanja, do katerega pride v časovnem obdobju od poteka roka za oddajo ponudb. V takem primeru je povišanje cene posameznega zdravila brez recepta, katerega cena ni določena v CBZ, v višini odstotka, ki je enak odstotku povišanja veleprodajne cene dobavitelja. Na zahtevo naročnika, dobavitelj naročniku dostavi dokazilo o povišanju cene posameznega zdravila brez recepta, katerega cena ni določena v CBZ, s strani proizvajalca in dokazilo o odstotku povišanja veleprodajne cene dobavitelja. Dobavitelj dobavlja zdravila po novi ceni posameznega zdravila brez recepta, katerega cena ni določena v CBZ, po potrditvi te cene s strani naročnika.

V primeru, da je tržna cena blaga (konkretnega zdravila) nižja od cene po tej pogodbi, lahko naročnik od dobavitelja zahteva, da mu blago proda po tržni ceni. Tržna cena je povprečna cena blaga (konkretnega zdravila), ki se na trgu prodaja na debelo. Za določitev tržne cene je potrebno primerjati vsaj 3 cene različnih prodajalcev«.

Medtem ko naročnik določb, ki se nanašajo na zvišanje cen zdravil v izvedbeni fazi, ni spreminjal, je določbe, ki se nanašajo na znižanje cen, po vložitvi zahtevka za revizijo spremenil (glej odgovor naročnika, objavljen na Portalu javnih naročil dne 7. 4. 2023 ob 13.14 in popravek JN001160/2023-K05), in sicer je te določbe črtal iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in jih nadomestil z določbo:

»Dobavitelj je dolžan obvestiti naročnika v primeru znižanja cene posameznega zdravila brez recepta, katerega cena ni določena v CBZ, s strani proizvajalca tega zdravila. V takem primeru je znižanje cene posameznega zdravila brez recepta, katerega cena ni določena v CBZ, v višini odstotka, ki je enak odstotku znižanja veleprodajne cene dobavitelja. V primeru, da dobavitelj naročnika ne obvesti o znižanju cene posameznega zdravila brez recepta, katerega cena ni določena v CBZ, je dolžan naročniku plačati pogodbeno kazen v višini 2.000 EUR za vsako posamezno kršitev«.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje nezakonitost prvotne določbe, vezane na znižanje cen, v dopolnitvi zahtevka za revizijo pa zatrjuje, da je tudi spremenjena zahteva glede znižanja cen nesorazmerna, netransparentna, in diskriminatorna. Vlagatelj zatrjuje, da se cene zdravil, ki nimajo regulirane in v CBZ objavljene cene, prosto oblikujejo na trgu in da v strukturi ponudbene cene ni upoštevana le nabavna cena zdravila, temveč tudi stroški dobavitelja, zato znižanje ponudbene cene za odstotek znižane nabavne cene ne pomeni sorazmernega znižanja cen.

Vlagatelj navaja, da ni jasno, kako se bo izvedlo znižanje cene, če ponudnik ob pripravi ponudbe ni opravil strukture ponudbene cene – slednje naročnik ne zahteva. Določba glede znižanja cen omogoča situacijo, ko zaradi spremembe nabavne cene ponudnika, ki sta imela prej enako ponudbeno ceno, nista enako ugodna po znižanju prodajne cene, ker nabavna cena zdravila ni (nujno) enaka za vse ponudnike (četudi proizvajalec poda enako veleprodajno ceno zdravila vsem kupcem, lahko imajo kupci različne rabate) in ker se lahko cena zniža le v delu, ki v strukturi predstavlja nabavno ceno zdravila, ne pa v delu, ki v strukturi predstavlja stroške veletrgovca. Sporna določba zato posega v merilo za izbor, v pogoje sklenjene pogodbe in dopušča spremembo pogodbe na način, ki bi lahko omogočila izbor drugega ponudnika. Sporna določba je oblikovana v nasprotju z načelom enakopravne obravnave ponudnikov tudi zato, ker imajo le gospodarski subjekti, ki zdravila kupujejo neposredno od proizvajalcev, obveznost obveščanja naročnika o znižanju cene proizvajalca, posledično pa je zgolj za njih predvidena pogodbeni kazen, ki je tudi sicer nesorazmerna, ostali gospodarski subjekti pa so zato v boljšem položaju.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo še zatrjuje, da naročnik v povezavi z zvišanjem cen zahteva predložitev dokazila o povišanju cene proizvajalca, ob tem pa ni jasno, ali naročnik zahteva dokazilo proizvajalca glede višine nabavne cene pred in po podražitvi ali zgolj obvestilo proizvajalca o dvigu cen za določen odstotek. Ker gre v prvem primeru za poseg v poslovne skrivnosti, vlagatelj predlaga, da se kot dokazilo določi obvestilo o dvigu cene s strani proizvajalca/dobavitelja za določen delež. Vlagatelj še navaja, da bodo ponudniki zaradi sporne določbe in ker zahtevana višina minimalnih popustov presega odstotke, ki ponudniku pripadajo kot plačilo za opravljanje storitev, v fazi oddaje ponudbe primorani dvigniti cene zdravil, kar bo povzročilo dvig maloprodajnih cen zdravil, posledično pa bodo pacienti na slabšem.

Naročnik na drugi strani navaja, da se bodo določbe glede zvišanja in znižanja cen uporabljale šele v izvedbeni fazi, zato vlagatelju ne onemogočajo sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila. Določbe glede spremembe cen v času izvedbe javnega naročila predstavljajo vnaprej predvideno spremembo, ki je določena in predvidena v prvotni dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, in ne posegajo v merilo za izbor, saj se nanašajo na okoliščine, nastale v času po sklenitvi pogodbe. Naročnik ni določil vrednostno, za koliko se bo cena znižala, ampak je določil način in odstotek znižanja cene, ki je vezan na veleprodajno ceno dobavitelja. Neutemeljene so navedbe o kršitvi načela enakopravne obravnave, saj sporno določilo velja za vse dobavitelje, in ne le za tiste, ki imajo sklenjene neposredne pogodbe s proizvajalci. Naročnika struktura ponudbene cene ne zanima in je ne zahteva, prav tako naročnika ne zanima, ali veleprodajna cena za dobavitelja vključuje rabat. Tudi če so v ponudbeni ceni poleg stroška zdravila zajeti tudi drugi stroški, je določba glede znižanja cene oblikovana jasno – dobavitelj bo tekom izvajanja okvirnega sporazuma dolžan naročnika obvestiti o znižanju cene zdravila s strani proizvajalca, cena pa se bo znižala v višini odstotka, ki je enak znižanju veleprodajne cene dobavitelja. Očitki, vezani na pogodbeno kazen, ne morejo biti predmet presoje. Določba o zvišanju cene je oblikovana jasno in ne predstavlja posega v poslovno skrivnost ponudnika. Vlagateljeva odločitev je, ali bo v fazi izvajanja javnega naročila zahteval spremembo cene, kot tudi, ali mu je varovanje poslovne skrivnosti bolj pomembno od zvišanja cene. Poleg tega bi vlagatelj relevantno dokumentacijo posredoval zgolj naročniku in ta ne bi postala javna.

V zvezi z revizijskimi navedbami o nezakonnosti prvotne določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila glede znižanja cen zdravil v fazi izvajanja naročila, gre ugotoviti, da je naročnik po vložitvi zahtevka za revizijo v tem delu spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila. Vsebinska presoja zakonitosti naročnikovega ravnanja pri oblikovanju določbe, katero je naročnik naknadno črtal in nadomestil z drugo določbo, v tem revizijskem postopku ni potrebna, saj odločitev Državne revizijske komisije ne bi mogla (več) vplivati oziroma izboljšati vlagateljevega pravnega položaja v postopku oddaje javnega naročila. Vendar pa gre ugotoviti, da naročnik s spremembo določbe, vezane na znižanje cen, ni konkludentno ugodil zahtevku za

revizijo, saj je naročnik prvotno določbo nadomestil z novo določbo oz. je predvidel drugačno možnost glede znižanja cen, vlagatelj pa v dopolnitvi zahtevka za revizijo zatrjuje nezakonitost spremenjene oz. nadomeščene določbe, vezane na znižanje cen. Med strankama je tako še vedno sporno, ali so določbe, vezane na znižanje cen zdravil, ki nimajo v CBZ določene cene, v izvedbeni fazi, oblikovane v skladu z določbami ZJN-3.

Iz zgoraj citirane (spremenjene) določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja, da se ta nanaša na spremembo cene zdravil, ki nimajo v CBZ določene cene, v izvedbeni fazi. Čeprav vlagatelj pravilno opozarja, da so cene zdravil relevantne v okviru merila za oddajo sklopov, katerih predmet so zdravila brez cene določene v CBZ (prim. 12.1.2. točka dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila), gre pojasniti, da se lahko pogodba o izvedbi javnega naročila in okvirni sporazum skladno s 95. členom ZJN-3 spremenita brez novega postopka javnega naročanja tudi v delu, ki se nanaša na cene. Državna revizijska komisija ni presojala, ali sporna določba omogoča spremembo okvirnega sporazuma oz. pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil, ki bi bila skladna s 95. členom ZJN-3, saj bi se takšna presoja (upoštevaje, da naročnik še ni spremenil okvirnega sporazuma oz. pogodbe o sukcesivni dobavi) nanašala na bodoča hipotetična ravnanja naročnika oz. hipotetične kršitve naročnika, do katerih bi lahko eventualno prišlo šele v prihodnosti, in ki zato ne morejo biti predmet postopka pravnega varstva. ZPVPJN namreč nudi pravno varstvo tistemu ponudniku, ki zaradi zatrjevanih kršitev ne more s ponudbo sodelovati v konkretnem postopku oddaje javnega naročila oziroma mu je to sodelovanje oteženo.

Kot že navedeno, iz sporne določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja, da se nanaša na spremembo cene zdravil, ki nimajo v CBZ določene cene, v izvedbeni fazi. Sporna določba se tako ne nanaša na fazo postopka oddaje javnega naročila, temveč na fazo izvajanja predmeta javnega naročila. Navedene določbe glede spreminjanja cen (tako glede zvišanja kot znižanja cen) 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.

Čeprav gre glede na navedeno pritrditi naročniku, da vlagatelju sporna zahteva 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 nje nastala pravno relevantna škoda v smislu 14. člena ZPVPJN, pa gre poudariti, da so ponudniki pri oblikovanju ponudb dolžni upoštevati tudi določbe, ki se nanašajo na izvedbeno fazo. Državna revizijska komisija je že večkrat pojasnila (prim. odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-018/2015, 018-123/2017, 018-003/2023-28), da tudi obveznosti, ki jih bo moral prevzeti izbrani ponudnik, ko bo z naročnikom sklenil pogodbo, vplivajo na oblikovanje ponudbene cene oz. popustov, ta pa je bistveni sestavni del ponudbe. Šele ko je gospodarski subjekt seznanjen z obveznostmi, ki jih prevzema, lahko 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.

Vlagateljevim navedbam, da je sporna določba, vezana na znižanje cen, oblikovana v nasprotju z načelom transparentnosti javnega naročanja, ni mogoče pritrditi. Iz citirane določbe namreč jasno, natančno in nedvoumno izhaja, pod katerimi pogoji in po kakšnem postopku lahko v izvedbeni fazi pride do znižanja cen. Ob tem Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj očitke o kršitvi načela transparentnosti (kot tudi očitke o načelu enakopravne obravnave in načelu sorazmernosti) utemeljuje na napačni interpretaciji sporne določbe. Vlagatelj namreč izhaja iz stališča, da če bo proizvajalec znižal ceno zdravila, se bo cena zdravila znižala v višini odstotka, ki je enak odstotku znižanju cene proizvajalca oz. ki je enak odstotku znižanju nabavne cene zdravila, kar pa iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ne izhaja. Iz sporne določbe, ki se nanaša na znižanje cen, namreč izhaja, da je naročnik (zgolj) kot predpogoj znižanja cene zdravila v izvedbeni fazi določil znižanje cene proizvajalca, vendar (v nasprotju z mnenjem vlagatelja) znižanje ponudbene cene ni vezano na odstotek znižanja cene proizvajalca (oz. znižanja nabavne cene), pač pa na odstotek znižanja veleprodajne cene dobavitelja. Glede na dikcijo sporne določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila znižanje cene ni zamejeno (niti navzgor niti navzdol) z odstotkom znižanja cene proizvajalca (oz. z odstotkom znižanja nabavne cene zdravila), pač pa je zamejeno na odstotek znižanja veleprodajne cene dobavitelja. Navedeno bi sicer lahko odpiralo vprašanje, ali bi bila sprememba cene (predvsem zvišanje cen), upoštevana, da je odstotek spremembe cen dejansko povsem prepuščen dobaviteljem, skladna z določbami 95. člena ZJN-3, vendar Državna revizijska komisija poudarja, da bi se to vprašanje lahko odprlo šele, ko bi v izvedbeni fazi prišlo do spremembe cen.

Upošteva navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da določbe glede znižanja cen, ki sicer ne vplivajo na vlagatelj položaj v tem postopku pravnega varstva, niso oblikovane v nasprotju z načelom transparentnosti, prav tako pa določbe glede znižanja cen veljajo za vse gospodarske subjekte na enak način in v enakem obsegu (7. člen ZJN-3). Vlagateljeve navedbe o kršitvi načela enakopravne obravnave in načela sorazmernosti temeljijo na napačni interpretaciji sporne določbe, in sicer, da so dobavitelji dolžni znižati ceno zdravila v odstotku znižanja cene proizvajalca oz. v odstotku znižanja nabavne cene. Čeprav gre pritrditi vlagatelju, da ponudbena cena posameznega zdravila ne zajema zgolj stroškov nabave tega zdravila, temveč tudi druge stroške ponudnika (npr. dostavo zdravila naročniku), vlagatelj s temi navedbami ne more uspeti, saj, kot že pojasnjeno, naročnik ne zahteva, da dobavitelji znižajo (ponudbeno) ceno zdravila v odstotku znižanja nabavne cene zdravila. V zvezi z vlagateljevimi navedbami o naročnikovem poseganju v njegovo z ustavo zagotovljeno pravico do svobodne gospodarske pobude in v svobodno oblikovanje ponudbenih cen, pa gre pojasniti (prim. npr. odločitve v zadevah št. 018-244/2014, 018-029/2016), da je Ustavno sodišče odločilo (Odločba št. U-I-211/11-26 z dne 24. 5. 2012, točka 12), da pri položaju ponudnikov pri javnem naročanju ne gre za položaj, ki bi bil varovan s svobodno gospodarsko pobudo iz prvega odstavka 74. člena Ustave RS, ker nosilec oblasti na trgu ne nastopa kot oblast, temveč kot udeleženec na trgu na strani povpraševanja. Poleg tega pa tudi omenjeni očitki vlagatelja temeljijo na napačni interpretaciji sporne določbe glede znižanja cen.

Vlagatelj v tem delu dopolnitve zahtevka za revizijo izpodbija tudi določbo, da je dobavitelj dolžan obvestiti naročnika o znižanju cene proizvajalca, in s to obveznostjo dobavitelja povezano pogodbeno kazen. Vlagatelj ne more uspeti z navedbami, da naročnik ni pojasnil, kako bo ravnal, če ga ponudnik ne bo obvestil, bo pa ceno znižal glede na zahtevo in bo zdravilo dobavil po znižani ceni. Naročnik je dolžan gospodarske subjekte seznaniti s tistimi informacijami, ki so relevantne za pripravo dopustnih, medsebojno primerljivih in konkurenčnih ponudb. Informacije, za pridobitev katerih se vlagatelj zavzema v tem delu, ne predstavljajo informacij, ki so relevantne za pripravo dopustnih, medsebojno primerljivih in konkurenčnih ponudb. Tudi iz navedb vlagatelja ni razvidno, zakaj bi za pripravo dopustne in konkurenčne ponudbe potreboval te podatke. Ob tem gre dodati, da ni mogoče oziroma je neživljenjsko pričakovati, da bi se z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila – torej že v postopku oddaje javnega naročila uredile vse možne

situacije, do katerih lahko pride pri izvajanju naročila. Če bo v izvedbeni fazi prišlo do sporov iz pogodbenega razmerja (tudi iz naslova ugotavljanja utemeljenosti uveljavljanja pogodbene kazni), se bodo ti razreševali po pravilih obligacijskega prava in pred sodišči splošne pristojnosti.

Iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, v nasprotju z mnenjem vlagatelja, tudi ne izhaja, da bi bila obveznost obveščanja naročnika naložena le določenim gospodarskim subjektom, pač pa, da so vsi gospodarski subjekti dolžni obvestiti naročnika o znižanju cene proizvajalca – vsi dobavitelji so v enakem položaju, vsi bodo dolžni obvestiti naročnika o znižanju cen, ne glede na vprašanje, ali zdravila kupujejo neposredno od proizvajalcev ali ne. Odločitev gospodarskega subjekta, ali bo sodeloval v postopku oddaje javnega naročila in v primeru predložitve najugodnejše ponudbe sklenil pogodbo o sukcesivni dobavi 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 obveznost obveščanja naročnika o znižanju cene proizvajalca in z njo povezano pogodbeno kazen, upošteval pri oblikovanju ponudbene cene oz. popusta, pa je poslovna odločitev vsakega gospodarskega subjekta.

V zvezi z vlagateljevimi očitki, vezanimi na zvišanje cen, gre ugotoviti, da vlagatelj sicer pravilno navaja, da naročnik ni izrecno določil, kakšno dokazilo bo v izvedbeni fazi sprejel kot ustrezno dokazilo o povišanju cen proizvajalca, in tako ni izrecno določil, ali zahteva potrdilo proizvajalca o višini nabavne cene pred in po podražitvi ali le obvestilo proizvajalca o dvigu cene za določen odstotek, vendar zaradi navedenega dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila ni oblikovana nejasno. Upošteva se, da naročnik zahteva zgolj dokazilo o povišanju cene posameznega zdravila, ki nima cene določene v CBZ, s strani proizvajalca, ne da bi ob tem podal natančnejšo opredelitev dokazila, gre ugotoviti, da naročnik gospodarskim subjektom prepušča podrobnejši način izkazovanja povišanja cen s strani proizvajalca. Ker torej naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ne zahteva, da bi morali dobavitelji za primer povišanja cen izkazati dejanske nabavne cene pred in po podražitvi, se kot nerelevantne za presojo zakonitosti določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izkažejo vlagateljeve navedbe, da bi zahteva po predložitvi dokazil o konkretnih cenah predstavljala kršitev določb ZJN-3 in določb Zakona o poslovni skrivnosti.

Naročnikovih kršitev v postopku oddaje javnega naročila vlagatelj tudi ne more izkazati z navedbami, da bodo gospodarski subjekti (iz razloga, ker je naročnik določil minimalni zahtevani popust v višini, ki bistveno presega odstotke, ki ponudniku pripadajo kot plačilo za opravljeno storitev, in ker dobavitelji zaradi varovanja poslovnih skrivnosti ne bodo mogli zvišati cen v izvedbeni fazi) v izogib poslovni škodi primorani dvigniti ceno nekaterih zdravil, posledično pa se bo dvignila maloprodajna cena zdravil in bodo pacienti/kupci zaradi podražitve zdravil na slabšem. S takšnimi navedbami vlagatelj izraža le skrb, da bodo v posledici obstoječe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila oškodovani kupci oz. pacienti (na katere se naj bi prevalile posledice zvišanja cen gospodarskih subjektov), s čimer vlagatelj varuje javni interes, za kar glede na 6. člen ZPVPJN ni aktivno legitimiran.

Upošteva se navedeno gre ugotoviti, da vlagatelj v postopku pravnega varstva ni uspel izkazati naročnikovih kršitev pri oblikovanju določb, vezanih na spremembo cen zdravil, ki nimajo določene cene v CBZ.

2. Glede ponudbenih predračunov

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da ponudbeni predračuni za sklope z zdravili, ki nimajo v CBZ določene cene, vsebujejo pomanjkljivosti, ki onemogočajo oddajo ponudbe. V ponudbene predračune so vključena zdravila, ki niso dostopna na trgu ali ki so bila ukinjena (za ta zdravila nobeden ponudnik ne more oddati ponudbe), pri nekaterih zdravilih niso znane količine oz. je

podana napačna šifra glede na opis zdravil. Ponudniki zato ne morejo oblikovati cene na enoto, predmet javnega naročila pa je neizvršljiv. Vlagatelj še navaja, da naročnik ni odgovoril na vprašanje, ali so predmet javnega naročila tudi živila in zdravila, za katera velja tako režim izdaje na recept kot tudi brez recepta.

Naročnik na drugi strani zatrjuje, da zaradi vključitve ukinjenih zdravil v predračun (oz. popis) predmet javnega naročila ni nemogoč oz. neobstoječ, saj predmet javnega naročila ni opredeljen s predračunom oz. popisom. Vključitev ukinjenih zdravil v predračun vlagatelju ne onemogoča oddaje ponudbe oz. oblikovanje cene. Naročnik pojasnjuje, da je po vložitvi zahtevka za revizijo posodobil ponudbene predračune, ki ukinjenih zdravil, ki jih izpostavlja vlagatelj v zahtevku za revizijo, ne vsebujejo, poleg tega je ponudnike dodatno opozoril, da morajo podati ceno za vsa zdravila, ki so v seznamu, tudi če zdravilo na dan oddaje ponudbe ni dobavljivo ali vpisano v CBZ.

Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnik navaja, da je v popisih kljub posodobitvi predračunov še vedno vključeno ukinjeno zdravilo in da tudi po objavi popravka ne ve, kako naj izpolni ponudbeni predračun – ni jasno, ali naj vpiše zadnjo ceno, po kateri se je zdravilo prodajalo, ali naj vpiše ceno 0 EUR, čeprav zdravila sploh ne more ponuditi, niti brezplačno. V posledici zahteve, da ponudniki podajo ceno tudi za nedobavljiva ali ukinjena zdravila, lahko ponudniki špekulirajo in za zdravilo, ki trenutno ni dobavljivo (in za katerega računajo, da tudi v času izvajanja pogodbe ne bo dobavljivo) podajo nizko, nerealno ceno in s tem znižajo skupno ponudbeno ceno.

Del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila so Excelove tabele Ponudbeni predračuni, pri čemer so zavihki PP – CENE – 15. sklop in zavihki PP – CENE – 16. sklop (za omenjene zavihke Državna revizijska komisija v nadaljevanju tega sklepa zaradi preglednosti uporablja izraz ponudbeni predračuni) relevantni izključno za sklope zdravil brez recepta, ki nimajo določene cene v CBZ. Naročnik je v ponudbenih predračunih navedel zdravila, od ponudnikov pa je zahteval, da vnesejo ponudbeno ceno za posamezna zdravila, in sicer za vsa navedena zdravila, v nasprotnem primeru se šteje, da ponudnik ne ponuja vseh postavk in bo njegova ponudba izločena (glej 11.1.3. točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila).

V zvezi z vlagateljevimi navedbami o pomanjkljivosti v ponudbenih predračunih Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da je naročnik po vložitvi zahtevka za revizijo spremenil (prvotno objavljene) ponudbene predračune. Na podlagi vpogleda v spremenjene ponudbene predračune gre ugotoviti, da v nove ponudbene predračune niso vključena v zahtevku za revizijo izpostavljena zdravila, ki ne bi imela navedene količine, prav tako v spremenjenih ponudbenih predračunih glede zdravil, ki jih v zahtevku za revizijo izpostavlja vlagatelj, ni najti neskladnosti med nacionalno šifro zdravila in poimenovanja zdravil. Naročnik v postopku pravnega varstva zatrjuje, da v popravljenih ponudbenih predračunih ni zdravil, ki jih izpostavlja vlagatelj v zahtevku za revizijo in ki so bila ukinjena ali jih ni več na trgu, vendar gre ugotoviti, da je vsaj zdravilo Daleron C 500 mg/20 mg zrnca za peroral. razt. vrečka 5 g 24x (nacionalna šifra zdravila 82333), ki ga vlagatelj izpostavlja v XII. točki zahtevka za revizijo, (še vedno) vključeno tudi v popravljeni ponudbeni predračuna za naročnika URI Soča. Upošteva, da za navedeno zdravilo iz podatkov v CBZ izhaja, da tega zdravila ni na trgu, Državna revizijska komisija ni ugotavljala, ali je tudi zdravilo Ofenosept 1 mg/20 mg v 1 ml dermalno pršilo, raztopina (nacionalna šifra 148018), vključeno v ponudbene predračune in ukinjeno, kot to zatrjuje vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika. Že zgolj vključenost zdravila Daleron C 500 mg/20 mg zrnca za peroral. razt. vrečka 5 g 24x (nacionalna šifra zdravila 82333), ki ni na trgu, v ponudbene predračune, namreč narekuje vsebinsko presojo revizijskih navedb, da vključenost ukinjenih zdravil v ponudbeni predračun onemogoča oblikovanje cene in da je zaradi vključenosti ukinjenih zdravil v ponudbeni predračun predmet naročila neizvršljiv. Upošteva navedeno in upošteva, da je med strankama še vedno

spor glede oblikovanja ponudbenih predračunov, gre ugotoviti, da naročnik s spremembo ponudbenih predračunov ni konkludentno ugodil zahtevku za revizijo

V kolikor bi bilo treba vlagateljeve navedbe, da je predmet javnega naročila zaradi vključenosti ukinjenih zdravil v ponudbeni predračun »neizvršljiv« razumeti na način, da vlagatelj zatrjuje, da je predmet javnega naročila nemogoč ali neobstoječ, gre pritrditi naročniku, da predmet javnega naročila (oz. sklopov z zdravili brez cene določene v CBZ) ni določen v ponudbenih predračunih, pač pa je predmet teh sklopov opredeljen opisno, in sicer gre za zdravila brez recepta, ki nimajo v CBZ določene cene. Ker torej predmet javnega naročila ni opredeljen s ponudbenim predračunom, tudi ni mogoče slediti navedbam vlagatelja, da je zaradi vključenosti ukinjenih zdravil v ponudbene predračune, predmet javnega naročila nemogoč oz. neobstoječ.

Glede revizijskih navedb, da v posledici uvrstitve ukinjenih zdravil v ponudbene predračune ni mogoče oddati ponudbe (oz. oblikovati cen na enoto mere), gre pritrditi navedbam vlagatelja, da so ponudbeni predračuni relevantni v okviru merila za oddajo javnega naročila (glej 12.1.2. točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila), zato jih je naročnik dolžan, skladno šestim odstavkom 84. člena ZJN-3, oblikovati skladno z načelom transparentnosti javnega naročanja, načelom enakopravne obravnave ponudnikov, načelom zagotavljanja konkurence med ponudniki in načelom sorazmernosti. Vendar iz revizijskih navedb ne izhaja, zakaj bi bili ponudbeni predračuni zaradi vključenosti ukinjenih zdravil oblikovani v nasprotju s temeljnimi načeli javnega naročanja. Vlagatelj namreč zatrjuje, da za ukinjena zdravila ne more oblikovati ponudbene cene oz. cene na enoto, vendar tega ne konkretizira. Četudi v zvezi z zdravilom obstaja motnja na trgu (pri čemer morebiti niti ni jasno, ali je ukinjeno trajno ali le začasno ni dostopno na trgu), lahko gospodarski subjekt (tudi upošteva predhodne podatke za to zdravilo) določi ceno za to zdravilo, kar smiselno priznava tudi vlagatelj, ko se v opredelitvi do navedb naročnika sprašuje, ali naj vpiše zadnjo ceno, po kateri se je zdravilo prodajalo, ali ceno 0 EUR (čeprav zdravila tudi brezplačno ne more ponuditi). V zvezi s temi navedbami in navedbami vlagatelja o možnih špekulacijah ponudnikov pri določanju cen za ukinjena zdravila, gre pojasniti, da je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila predvidel, da če ponudnik za posamezno zdravilo vpiše ceno 0 EUR, se šteje, da konkretno zdravilo ponuja brezplačno, če ne vpiše ničesar ali vpiše »/« ali podobno, pa se šteje, da konkretnega zdravila ne ponuja, in bo izločen (glej odgovor naročnika, objavljen na Portalu javnih naročil dne 7. 4. 2023 ob 10.34). Glede na izpostavljeno določbo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je tako ponudnikom prepuščeno, kakšno ceno bodo določili za ukinjeno zdravilo.

Vlagatelj v tem delu zahtevka za revizijo še zatrjuje, da naročnik do dneva vložitve zahtevka za revizijo na Portalu javnih naročil ni odgovoril na vprašanje, ali so v javno naročilo vključena tudi živila ter zdravila, za katere velja tako režim izdaje na recept kot tudi brez recepta. Državna revizijska komisija ugotavlja, da v obravnavanem primeru ne more biti nobenega dvoma o predmetu javnega naročila. Naročnik je v 5.1.1. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila navedel, da so predmet javnega naročila zdravila brez recepta, iz česar jasno, natančno in nedvoumno izhaja, da predmet javnega naročila niso živila. Glede vlagateljevih pomislekov, ali so predmet tega javnega naročila zdravila, ki se izdajo tako na recept kot tudi brez recepta, gre pojasniti, da se zdravila glede na predpisovanje opredeljujejo in razvrščajo na zdravila, za katera je potreben zdravniški recept in na zdravila, za katera zdravniški recept ni potreben, ter da se v CBZ za vsako zdravilo z dovoljenjem za promet v Republiki Sloveniji vodi podatek o načinu/režimu predpisovanja/izdaje [glej 5. člen Pravilnika o razvrščanju, predpisovanju in izdajanju zdravil za uporabo v humani medicini (Uradni list RS, št. 86/08 s sprem.) in 5. člen Pravilnika o centralni bazi zdravil za uporabo v humani medicini (Uradni list RS, št. 21/17)]. Upošteva navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da so lahko vsi razumno obveščeni in običajno skrbni ponudniki, ki so strokovnjaki na področju ponujenega predmeta javnega naročila (kamor gre šteti tudi vlagatelja), seznanjeni s tem, da je glede vprašanja, ali je zdravilo,

ki se izdaja tako na recept kot tudi brez recepta, predmet tega javnega naročila, relevanten podatek o načinu/režimu predpisovanja/izdaje, ki je za to zdravilo vpisan v CBZ.

Glede na navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni izkazal naročnikovih kršitev pri oblikovanju ponudbenih predračunov, s tem povezane navedbe pa gre zavrniti kot neutemeljene. Prav tako vlagatelj v zahtevku za revizijo ni izkazal zatrjevanih nejasnosti glede predmeta javnega naročila.

3. Glede pravice naročnika, da v primeru neizbora v enem sklopu naroča zdravila v drugem sklopu

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da je določba dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, s katero si je naročnik pridržal možnost, da lahko, če bo imel sklenjeno pogodbo o sukcesivni dobavi za posamezno skupino zdravil le z enim dobaviteljem, naroča vsa zdravila iz te skupine pri dobavitelju, s katerim ima sklenjeno pogodbo, oblikovana v nasprotju z določbami ZJN-3, načelom transparentnosti, sorazmernosti, enake obravnave ponudnikov in zagotavljanjem konkurence med ponudniki ter omogoča arbitrarno ravnanje naročnika. V posledici omenjene določbe lahko naročnik odda 100 % posla v izvedbo manj ugodnem ponudniku in prikrajša ponudnika, ki je oblikoval ponudbo ob upoštevanju, da ne more biti izbran v obeh sklopih. Iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni razvidno, po kateri ceni oz. popustih bo naročnik naročal 100 % sklopa. Po mnenju vlagatelja bi moral naročnik oddati oba sklopa na ravni posameznega naročnika in na ravni posamezne skupine zdravil ali pa nobenega, saj bi le to omogočalo izvrševanje predmeta v skladu z omejitvami in namenom. Le takšna določba bi namreč omogočala izvrševanje predmeta skladno z omejitvami in namenom omejitve števila sklopov, ki se lahko oddajo enemu ponudniku.

Naročnik naprej zatrjuje, da sporna določba dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila vlagatelju ne preprečuje oz. onemogoča sodelovanja v postopku javnega naročila. V nadaljevanju naročnik navaja, da je dolžan zagotoviti 100 % zdravil, zato je tudi predvidel, da v izjemni situaciji odstopi od predvidenega razmerja sklopov 60:40 in zagotovi vsa zdravila. Predviden način naročanja ne spreminja predmeta javnega naročila v posameznem sklopu, saj predmet javnega naročila ostaja enak, tj. določena skupina zdravil. Količina zdravil ni vnaprej določena, zato tudi ne more priti do kršitve, če dobavitelj dobavi vseh 100 % zdravil. Sporna določba ne vpliva na pripravo ponudbe, saj četudi gospodarski subjekt pripravi ponudbo upošteva 60 % oz. 40 % vseh količin, objektivno ne more vedeti, kakšno konkretno količino zdravil bo dejansko dobavil. Vlagatelj za očitke nima pravnega interesa, saj gre ta določba v njegovo korist, če bo izbran, če pa vlagatelj ne bo izbran, pa razlogi za to izvirajo iz njegove sfere.

Kot že pojasnjeno, naročnik je predmet javnega naročila na ravni posameznega naročnika in posamezne skupine zdravil razdelil količinsko (razmerje 60:40) na dva sklopa. Naročnik je predvidel omejitve števila sklopov, ki se lahko oddajo posameznemu ponudniku, in sicer, da je lahko posameznemu gospodarskemu subjektu (oz. sklenitelju okvirnega sporazuma) v okviru odpiranja konkurence oddan le en sklop na ravni posameznega naročnika in posamezne skupine zdravil. Ob tem je naročnik pojasnil, da v kolikor bi posamezen ponudnik oddal dopustno najugodnejšo ponudbo v obeh sklopih, bo izbran v sklopu, ki ima nižjo numerično oznako (oz. v sklopu 60 %) (glej 5.1.1. točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila).

Državna revizijska komisija najprej v zvezi z zavzemanjem vlagatelja, da bi se naročnik zavezal, da bo oddal oba sklopa na ravni posameznega naročnika in posamezne skupine zdravil ali nobenega oz. da bi naročnik začel z naročanjem zdravil šele, ko bo oddal oba sklopa, pojasnjuje, da lahko Državna revizijska komisija glede na pristojnost, katero ji določa prvi odstavek 60. člena ZPVPJN (tj. organ, ki odloča o zakonitosti oddaje javnih naročil), v postopku pravnega varstva

odloči le o zakonitosti oddaje javnega naročila in torej o zakonitosti obstoječega naročnikovega ravnanja. Državna revizijska komisija ni pristojna za presojo (ali celo za podajo mnenja), kako naj bi naročnik izvedel postopek oddaje javnega naročila oz. kdaj naj bi naročnik začel z izvajanjem predmeta javnega naročila. Državna revizijska komisija je zato v okviru predmetnega postopka pravnega varstva zgolj presojala, ali je naročniku iz razlogov, ki jih navaja vlagatelj v zahtevku za revizijo, mogoče očitati kršitev določb ZJN-3 pri oblikovanju obstoječih določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

Naročnik je v 5.1.4. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila določil:

»V sklopih z zadnjo numerično oznako 01 bo naročnik kupal zdravila v strukturi vseh nabav znotraj izvajanja posameznega obdobja odpiranja konkurence v deležu 60 %, v sklopih z zadnjo numerično oznako 02 pa bo naročnik kupal zdravila v strukturi vseh nabav znotraj izvajanja posameznega obdobja odpiranja konkurence v deležu 40 %, razen v primeru objektivnih okoliščin.«

in

»Če bo prišlo do odstopa od pogodbe z izbranim dobaviteljem za posamezno obdobje odpiranja konkurence v posameznem sklopu, bo naročnik odprl konkurenco s preostalimi kandidati, s katerimi ima v tem sklopu sklenjen okvirni sporazum. V kolikor niti na ta način ne bo mogel naročiti zdravila, bo zdravilo naročil prosto na trgu. V vmesnem času ali če ima naročnik iz katerega koli drugega razloga sklenjeno pogodbo o sukcesivni dobavi za posamezno skupino le z enim dobaviteljem (npr. naročnik ima sklenjeno pogodbo le za skupino A2, ne pa tudi za A1), lahko naročnik vsa zdravila iz te posamezne skupine naroča pri dobavitelju, s katerim ima sklenjeno pogodbo o sukcesivni dobavi.«

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik s sporno določbo uredil situacijo, ko bi (kljub temu, da želi imeti za dobavo posameznega zdravila sklenjeno pogodbo z dvema različnima dobaviteljema, z namenom, da si čim bolj zagotovi stalnost dobav) zaradi odstopa od pogodbe z enim dobaviteljem, imel sklenjeno pogodbo le (še) z enim gospodarskim subjektom. Ker naročnik tekom izvajanja javnega naročila potrebuje celotno količino zdravil (in ne le 40 % oz. 60 %), je naročnik za takšno situacijo predvidel, da bo (do izbora novega dobavitelja) naročal celotno količino potrebnih zdravil od dobavitelja, s katerim ima sklenjeno pogodbo.

V zvezi z navedbami vlagatelja, da ni jasno, po kakšnih cenah bo naročnik nabavljal zdravila v primeru uporabe te določbe, Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik sicer navedenega v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni izrecno navedel, vendar zgolj to ne omogoča zaključka o naročnikovi kršitvi načela transparentnosti. Po presoji Državne revizijske komisije namreč naročniku tega ni bilo treba izrecno pojasnjevati, saj je, upoštevaje, da bo dobavitelj zgolj dobavljal večjo količino zdravil, povsem jasno, da jih bo dobavljal po ponujeni ceni oz. ob upoštevanju ponujenih popustov v ponudbi, ne pa ob upoštevanju cen oz. popustov, ki jih je ta dobavitelj dal v drugem oz. drugih sklopih.

Kot že navedeno, naročnik je s sporno določbo pojasnjeval, na kakšen način bo postopal v primeru odstopa od pogodbe enega izmed dobaviteljev. Sporna določba se tako ne nanaša na fazo postopka oddaje javnega naročila, temveč na fazo izvajanja predmeta javnega naročila. Navedena določba dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila 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 njen obstoj 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 eventualno uporabila šele po zaključenem postopku oddaje javnega naročila in po sklenitvi

pogodbe o izvedbi predmetnega naročila z izbranim ponudnikom. Omenjena določba velja za vse gospodarske subjekte na enak način in v enakem obsegu (7. člen ZJN-3).

Navedenega ne spreminja vlagateljev hipotetičen primer, in sicer, ko bi bil ponudniku 1, ki bi oddal ekonomsko najugodnejšo ponudbo v obeh sklopih, oddan sklop 1, ponudniku 2 pa sklop 2, nato pa bi ponudnik 1 odstopil od pogodbe, posledično pa bi naročnik ponudniku 2 oddal v izvedbo 100% posla. V izpostavljeni situaciji ni mogoče zatrjevati, da je ponudnik 1 (četudi je ta oblikoval ponudbo z zavedanjem, da ne more biti izbran v obeh sklopih) zaradi sporne določbe »prikrajšan«, saj je ta ponudnik odstopil od sklenjene pogodbe in je torej z lastnimi ravnanji oz. opustitvami povzročil situacijo, da bo naročnik pri ponudniku 2 naročal večjo količino zdravil. Upošteva se navedeno pa tudi ni mogoče pritrditi vlagateljevemu zaključku o privilegiranju ponudnika 2.

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 nje nastala pravno relevantna škoda v smislu 14. člena ZPVPJN. Upošteva se navedeno Državna revizijska komisija revizijskih navedb, vezanih na sporno določbo, razen navedb, usmerjenih v kršitev načela transparentnosti, vsebinsko ni presojala.

Ne glede na navedeno pa Državna revizijska komisija v izogib morebitnim nejasnostim še dodaja, da vlagatelj s sklicevanjem (v opredelitvi do navedb naročnika) na odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-003/2023-29, ne more uspeti, saj se ta nanaša na drugačno dejansko in pravno vprašanje. V navedeni zadevi je naročnik namreč predvidel, da bodo v izvedbeni fazi zdravila (posamezna vrsta) prehajala iz enega sklopa v drug sklop, česar naročnik v konkretni zadevi ni predvidel, pač pa je predvidel, da lahko posamezni dobavitelj dobavi večjo količino zdravil, ki so predmet sklopa, ki mu je bil oddan na podlagi predložene ponudbe. Ob tem gre še dodati, da v tej fazi postopka niti ni nujno, da bi bila dejansko dobavljena količina (četudi bi vsa posamezna zdravila dobavil le en dobavitelj) zdravil večja od predvidene oz. ocenjene količine.

Državna revizijska komisija tudi ni vsebinsko presojala navedb vlagatelja, usmerjenih v zatrjevanje, da bi moral naročnik določiti pravila, če bi moral v enem sklopu ponoviti postopek (npr. ker bi bile vse ponudbe nedopustne ali ker naročnik ne bi prejel nobene ponudbe). Informacije, za pridobitev katerih se zavzema vlagatelj, ne predstavljajo informacij, ki so relevantne za pripravo dopustnih, medsebojno primerljivih in konkurenčnih ponudb, zato ni mogoče ugotoviti, da bi zaradi umanjkanja teh podatkov lahko vlagatelju nastala pravno relevantna škoda v smislu prvega odstavka 14. člena ZPVPJN.

4. Glede novih zdravil in objave cenikov zdravil, ki nimajo določene cene v CBZ

Vlagatelj v zahtevku za revizijo navaja, da sta zahteva, da dobavitelj dobavlja nova zdravila, ki nimajo v CBZ določene cene, vsem naročnikom po isti ceni, in zahteva, da dobavitelj na svoji spletni strani objavi cenik zdravil brez regulirane cene, nesorazmerni, nezakoniti in grobo posegata v položaj ponudnika na trgu. Cene zdravil, ki nimajo določene cene v CBZ, se prosto oblikujejo na trgu, zato ima posamezni gospodarski subjekt možnost, da zdravilo ponudi različnim subjektom po različni ceni. Naročnik nima pravice, da zahteva javno objavo cen zdravil. Naročnik je določil avtomatizem za nova zdravila, in sicer jih mora ponudnik dobaviti, če z njimi razpolaga. Ponudniki ne morejo oblikovati popusta na obseg dobav, saj ponujeni popust velja tudi za nova zdravila, v zvezi s katerimi obstoji veliko neznank. Predmet pogodbe ne morejo biti zdravila, za katere ni bila oddana ponudba. Glede novih zdravil ni jasno, ali se bodo vštevata v kvoto dobav. Vlagatelj še navaja, da bi moral naročnik za nova zdravila odpirati konkurenco med ponudniki.

Naročnik na drugi strani navaja, da je zahteva glede dobave novih zdravil oblikovana pogojno, odvisna je od zmožnosti dobavitelja. Glede novih zdravil bodo veljali vsi pogoji, zato je jasno, da se bodo tudi nova zdravila vštevala v kvoto dobav oz. razmerje dobav. Določila o tem, kje mora biti objavljen cenik zdravil, vlagatelju ne onemogočajo sodelovanja v postopku javnega naročanja. Ob tem naročnik še pojasnjuje, da je dopustil, da dobavitelji cenik za nova zdravila objavijo na spletnih portalih B2B, do katerih imajo naročnik dostop.

Glede revizijskih očitkov, vezanih na objavo cenika zdravil, ki nimajo v CBZ določene cene, gre ugotoviti, da je naročnik v prvotni dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, objavljeni na Portalu javnih naročil dne 2. 3. 2023, zahteval, da ima dobavitelj na svoji spletni strani javno objavljen cenik zdravil, ki v CBZ nimajo določene cene (glej Prilogo št. 7, 7. člen vzorca okvirnega sporazuma in 3. člen vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept). Naročnik je prejel vprašanje ponudnika: *»Prosimo za potrditev, da se je naročnik zmotil in je glede objave cenikov za nova zdravila na spletni strani mislil na objavo na spletnih portalih B2B, preko katerega potekajo tudi naročila«*, na katerega je odgovoril: *»Dobavitelji lahko cenike za nova zdravila brez recepta brez cene v CBZ objavijo na spletnih portalih B2B, do katerih imajo naročniki dostop«* (vprašanje in odgovor sta bila objavljena na Portalu javnih naročil dne 7. 4. 2023 ob 13.18). Z izpostavljenim odgovorom je naročnik spremenil oz. dopolnil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, naročnik pa je s popravkom št. 5 (objavljenim na Portalu javnih naročil 17. 4. 2023) tudi ustrezno spremenil Prilogo št. 7, 7. člen vzorca okvirnega sporazuma in 3. člen vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept. Ker je torej naročnik spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila v delu, ki se nanaša na javno objavo cenikov, vsebinska presoja zakonitosti prvotne zahteve v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila v tem revizijskem postopku ni potrebna, saj odločitev Državne revizijske komisije ne bi mogla (več) vplivati oziroma izboljšati vlagateljevega pravnega položaja v postopku oddaje javnega naročila. Državna revizijska komisija je omenjeno spremembo oz. dopolnitev dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila štela za konkludentno ugoditev zahtevku za revizijo v delu, ki se nanaša na javno objavo cenikov, saj je vlagatelj v tem delu dosegel, za kar se je zavzemal z (vprašanjem, objavljenim na Portalu javnih naročil, in) zahtevkom za revizijo – to je, da dobavitelj ni dolžan javno objaviti cenika za zdravila brez cene določne v CBZ na svoji spletni strani, ampak lahko ta cenik objavi na portalu B2B.

V zvezi z vlagateljevim zavzemanjem za odpiranje konkurence med ponudniki za nova zdravila gre ponoviti, da lahko Državna revizijska glede na svoje pristojnosti (gl. prvi odstavek 60. člena ZPVPJN) v postopku pravnega varstva presoja le zakonitost obstoječega ravnanja naročnika, ni pa pristojna za presojo (ali celo za podajo mnenja), ali bi naročnik lahko določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila oblikoval drugače. Državna revizijska komisija je zato v okviru predmetnega postopka pravnega varstva presojala zgolj, ali je naročniku iz razlogov, ki jih navaja vlagatelj v zahtevku za revizijo, mogoče očitati kršitev določb ZJN-3 pri oblikovanju obstoječih določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila glede novih zdravil.

Glede novih zdravil je naročnik v 3. členu vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta določil:

»V primeru, da bo naročnik tekom izvajanja te pogodbe potreboval nova zdravila, ki niso bila predmet ponudbe, se bo z dobaviteljem dogovoril za dobavo teh zdravil. Nova zdravila brez recepta s ceno v CBZ so zdravila, ki niso bila v CBZ na dan pošiljanja Obvestila o naročilu v objavo oz. odpiranja konkurence. Pri zdravilih brez recepta brez cene v CBZ se za nova zdravila štejejo vsa zdravila, ki niso v seznamu zdravil navedenih v ponudbenih predračunih posameznih naročnikov za sklop 15 in sklop 16. Dobavitelj se obvezuje, da bo naročniku, v kolikor bo dobavitelj z novimi zdravili razpolagal in jih

bo skladno s poslovno politiko sposoben dobaviti, dobavi vsa nova zdravila, ki sodijo v sklop po tej pogodbi in jih bo naročnik potreboval v času izvajanja te pogodbe.

Za ta zdravila veljajo enaka pravila in pogoji kot veljajo za ostala zdravila v tem sklopu (npr. glede cene, popustov, naročanja itd.). – velja za sklope 1-14 posameznega naročnika

Za nova zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, bo veljala cena iz cenika dobavitelja, ki bo veljaven na dan naročila, ob upoštevanju enakih pogojev in elementov ponudbe. Dobavitelj mora poskrbeti, da je ves čas izvajanja te pogodbe na njegovi spletni strani ali B2B portalu, do katerega ima naročnik dostop, javno dostopen cenik zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ in velja za javne lekarniške zavode. Navedeni cenik velja le za nova zdravila, to so zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ in niso bila uvrščena v CBZ na dan pošiljanja Obvestila o naročilu v objavo. Glede vsega ostalega veljajo enaka pravila in pogoji, kot veljajo za ostala zdravila v tem sklopu (npr. glede naročanja, popustov, tj. vključno z odstotkom (%) ugodnosti na obseg dobav, kot ga je dobavitelj ponudil v prvotni ponudbi in velja za konkretni sklop, v katerega se uvrsti novo zdravilo, itd.). – velja za sklopa 15 in 16 posameznega naročnika«.

Upošteva se predstavljena določba vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta. Državna revizijska komisija ne more pritrditi navedbam vlagatelja, da je naročnik določil avtomatizem za vsa nova zdravila oz. da jih dobavitelj mora dobaviti, če z njimi razpolaga, ampak gre pritrditi navedbam naročnika, da je zahteva glede dobave novih zdravil oblikovana pogojno. Iz citiranega člena namreč izhaja, da bo dobavitelj dobavil novo zdravilo, če bo razpolagal z novim zdravilom in bo skladno s svojo poslovno politiko sposoben dobaviti novo zdravilo. Naročnik je v petem in šestem odstavku 3. člena vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta opredelil, pod kakšnimi pogoji bo dobavitelj dolžan dobaviti zdravilo (in sicer zdravila brez recepta s ceno v CBZ ob upoštevanju podanih popustov, zdravila brez v CBZ določene cene pa ob upoštevanju veljavne cene iz cenika dobavitelja in ob upoštevanju ponujene ugodnosti na obseg dobav), vendar pa je odločitev o dobavi novih zdravil pod temi pogoji prepuščena dobaviteljem. Sporni člen vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta tako ne zavezuje dobavitelja, da tekom izvajanja okvirnega sporazuma dobavlja tudi nova zdravila ob upoštevanju pogojev in elementov ponudbe, saj v kolikor bo dobavitelj ocenil, da v skladu s svojo poslovno politiko ni sposoben dobaviti novega zdravila oz. da bi bila dobava novih zdravil v nasprotju z njegovo poslovno politiko, tega zdravila naročniku ne bo dobavil. In obratno, v kolikor bo dobavitelj presodil, da mu njegova poslovna politika omogoča dobavo zdravila, ga bo dobavil ob upoštevanju pogojev in elementov ponudbe.

Posledično se kot neutemeljene izkažejo vlagateljeve navedbe o tem, da zaradi novih zdravil ni mogoče oblikovati popustov in da naročnik zavezuje dobavitelje k dobavi zdravil, za katera ni bila oddana ponudba. Izpostavljeni očitki namreč temeljijo na neobstoječi zahtevi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila oz. napačni (zmotni) predpostavki, da naročnik ponudnikom oz. dobaviteljem nalaga obveznost dobave novih zdravil pod pogoji iz ponudbe.

V zvezi z vlagateljevimi navedbami, da ni jasno, ali se bodo nova zdravila vštela v »kvoto dobav« oz. ali bo tudi za nova zdravila veljalo razmerje 60:40, gre sicer ugotoviti, da naročnik navedenega v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni izrecno pojasnil. Vendar zaradi umanjkanja omenjenega izrecnega pojasnila naročniku ni mogoče očitati kršitev načela transparentnosti javnega naročanja. Naročnik namreč pravilno opozarja, da iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (glej tretji odstavek 3. člena vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta) izhaja, da tudi za nova zdravila veljajo enaka pravila in pogoji, kot veljajo za ostala zdravila v sklopu, v katerega se je uvrstilo novo zdravilo (npr. glede naročanja, dobave). Iz takšne določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila pa jasno in nedvoumno izhaja, da bo v izvedbeni fazi tudi glede novih zdravil relevantno razmerje 60:40.

Pritrditi gre vlagatelju, da ima naročnikova zahteva, da dobavitelji dobavijo nova zdravila, ki nimajo cene določene v CBZ, po cenikih, objavljenih na svoji spletni strani ali na spletnem portalu B2B, za posledico, da bodo ceniki veljali za vse lekarniške zavode oz. da bo za vsa nova zdravila veljala enaka cena zdravila (ob možnosti različnih popustov na obseg dobav). Prav tako gre pritrditi vlagatelju, da v skladu z zagotavljanjem konkurence lahko ponudniki različnim subjektom ponudijo zdravila, ki nimajo regulirane cene, po različnih cenah. Vendar gre ponoviti, da je naročnikova zahteva glede dobave novih zdravil, vključno z dobavo novih zdravil, katerih cena se prosto oblikuje na trgu in ni regulirana, oblikovana pogojno, posledično pa naročniku ni mogoče očitati posega v svobodno oblikovanje ponudbenih cen. V kolikor bo dobavitelj v izvedbeni fazi presodil, da mu njegova poslovna politika ne omogoča prodaje novega zdravila po cenah iz cenika (ki jih je dobavitelj svobodno oblikoval) in ob upoštevanju ponujene ugodnosti na obseg dobav, ga ne bo dobavil.

Upoštevaje navedeno gre ugotoviti, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni uspel izkazati naročnikovih kršitev pri oblikovanju določb, vezanih na dobavo novih zdravil, posledično pa gre zahtevek za revizijo v tem delu zavrniti kot neutemeljen.

5. Glede izvajanja okvirnega sporazuma

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da so pogodbeni določila glede obračuna ugodnosti na obseg dobav, pregleda obsega dobav in korekcije manka nezakonita, netransparentna in nesorazmerna. Obdobje, za katerega bo naročnik preverjal spoštovanje razmerja 60:40, ni skladno z obračunskim obdobjem oz. obdobjem, za katerega se preveri vrednost dobav in izstavi dobropis. Naročnik bi moral določiti enako obdobje za preveritev spoštovanja razmerja dobav in za preveritev vrednosti dobav, saj v nasprotnem primeru ne bo mogoče odpraviti morebitnega spoštovanja razmerja v obračunskem obdobju. Naročnik je lahko upravičen do popusta na obseg dobav le, ko doseže dejanski delež dobave oz. razmerje 60:40, ker v nasprotnem primeru ponudnik odstopa naročniku del veletrgovske maže, ki je sploh še ni prejel, saj naročnik ni naročal v predvidenem deležu, za katerega je ponudnik podal popuste. Vlagatelj predlaga, da naročnik določi »*drsnik*«, skladno s katerim se bo ponujena ugodnost na obseg dobav povečala oz. zmanjšala v odstotku odstopanja dejanske dobave od predvidene dobave. Vlagatelj še navaja, da naročnik ni pojasnil, kako bo odpravil manko oz. nespoštovanje razmerja 60:40, če tega ne bo mogoče odpraviti, in ni določil pravil glede preplačil oz. izplačil bonusov za primer odpovedi okvirnega sporazuma. Naročnik za zadnje obdobje, za katerega je sklenjena pogodba sploh ne bo preverjal manjka.

Naročnik navaja, da vlagatelj izpostavlja pogodbeni določila, ki ne vplivajo na njegovo zmožnost oddaje ponudbe. Vse morebitne nepredvidene situacije se bodo v izvedbeni fazi reševale skladno z določili Obligacijskega zakonika (Uradni list RS, št. 83/2001 s sprem.; v nadaljevanju: OZ). Naročnik poudarja, da ni znana količina zdravil, ki jih bo treba dobaviti, zato ni znano, ali bi 52 % vseh dejansko naročenih zdravil bilo več, manj ali enako vlagateljevi kalkulaciji, narejeni na 60 % vseh predvidenih količin. Vlagatelj izpostavlja dve različni pogodbeni določili, ki urejata različni situaciji, in sicer preverjanje razmerja 60:40 ter preverjanje dejanskih dobav za obračunavanje ugodnosti na obseg dobav. Dobavitelj bo izstavil dobropis glede na dejansko dobavljeno količino zdravil in ne na predvideno količino, zato ponudnik tudi ne bo oškodovan, če se navedeni obdobja ne pokrivata.

Državna revizijska komisija v zvezi z vlagateljevim zavzemanjem, da bi naročnik določil »*drsnik*«, skladno s katerim se bi ponujena ugodnost na obseg dobav povečala oz. zmanjšala v odstotku odstopanja dejanske dobave od predvidene dobave, ponavlja, da lahko glede na svoje pristojnosti (gl. prvi odstavek 60. člena ZPVPJN) v postopku pravnega varstva presoja le zakonitost obstoječega ravnanja naročnika, ni pa pristojna za presojo (ali celo za podajo mnenja), ali bi

naročnik lahko določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila oblikoval drugače. Državna revizijska komisija je zato v okviru predmetnega postopka pravnega varstva presojala zgolj, ali je naročniku iz razlogov, ki jih navaja vlagatelj v zahtevku za revizijo, mogoče očitati kršitev določb ZJN-3 pri oblikovanju obstoječe določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, vezane na izplačilo ugodnosti na obseg poslovanja.

Kot že pojasnjeno, naročnik je predmet javnega naročila na ravni posameznega naročnika in posamezne skupine zdravil razdelil količinsko (razmerje 60:40) na dva sklopa. Iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (glej 5.1.4 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in 4. členu vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta) izhaja, da bo naročnik zagotovil elektronski sistem, ki mu bo omogočal spremljanje in spoštovanje razmerja 60:40 pri naročanju zdravil in da bo spoštovanje razmerja preverjal najmanj vsake štiri mesece. Če bo naročnik za posamezno zdravilo ugotovil nesorazmerje, bo pri naslednjih dobavah povečal obseg naročil tega zdravila 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 pri dobavitelju, pri katerem je bil ugotovljen manko, se ne bo upošteval pri ugotavljanju razmerja tekočega obdobja. V zadnjem obdobju naročnik razmerja ne bo preverjal.

V 6. členu vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta je naročnik predvidel, da bo dobavitelj vsakih šest mesecev ugotovil dejansko oz. izvršeno vrednost dobav in bo naročniku izdal dobropis za vrednost ugodnosti na obseg poslovanja v tem obdobju. Iz omenjene določbe še izhaja, da četudi dejanska vrednost dobav ne bo dosegla predvidene (ocenjene) vrednosti dobav, se višina vrednosti odstotka ugodnosti na obseg poslovanja, dana v ponudbi, ne spremeni.

Zavrnuti gre očitke, da so si določila dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila v izpostavljenem delu same s seboj v nasprotju in posledično v nasprotju z načelom transparentnosti javnega naročanja. Pritrditi gre sicer vlagatelju, da je v 4. členu vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept določeno 4-mesečno obdobje, medtem ko je v 6. členu vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept določeno 6-mesečno obdobje, vendar se omenjeni določbi nanašata na obdobji, v katerem se ugotavljajo različni podatki. Naročnik bo vsake štiri mesece preveril spoštovanje razmerja 60:40, dobavitelj pa bo vsakih 6 mesecev ugotovil dejansko oz. izvršeno vrednost dobav in upošteva to vrednost ter ponujeno ugodnost na obseg dobav izstavil dobropis.

V zvezi z revizijskimi navedbami, da bi naročnik moral preverjanje spoštovanja razmerja 60:40 in ugotavljanje dejanske oz. izvršene vrednosti dobav predvideti za identično obdobje in da bi bil naročnik upravičen do dobropisa oz. (izplačila) ugodnosti na obseg poslovanja šele, ko bi dejanska (izvršena) dobava dosegla predvideno razmerje, Državna revizijska komisija ugotavlja, da se določba vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta glede obdobja, za katerega bo naročnik preveril spoštovanje razmerja 60:40, ter določba vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta glede obračuna ugodnosti na obseg dobav, ne nanašata na fazo postopka oddaje javnega naročila, temveč na fazo izvajanja predmeta javnega naročila. Navedeni določbi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ne predstavljata 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 njun obstoj v postopku oddaje javnega naročila v zvezi z njima nima obveznosti, vezanih na pripravo ponudbe, oziroma obveznosti, vezanih na njegovo sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila, saj se bosta uporabila šele po zaključenem postopku oddaje javnega naročila in po sklenitvi pogodbe o izvedbi predmetnega naročila z izbranim ponudnikom. Omenjeni določbi veljata tudi za vse gospodarske subjekte na enak način in v enakem obsegu (7. člen ZJN-3).

Državna revizijska komisija zato ugotavlja, da vlagatelju zaradi določitve različnega obdobja za preveritev spoštovanja razmerja 60:40 in za ugotovitev dejanske oz. izvršene vrednosti dobav ter zaradi predvidenega načina obračunavanja ugodnosti na obseg dobav, ni oteženo ali preprečeno sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila. Sporne določbe ne posegajo v njegov položaj (potencialnega) ponudnika na način, da bi mu zaradi njih nastala pravno relevantna škoda v smislu 14. člen ZPVPJN. Državna revizijska komisija zato revizijskih navedb, vezanih na določitev različnega obdobja za preveritev spoštovanja razmerja 60:40 in za ugotovitev dejanske oz. izvršene vrednosti dobav ter na predviden načina obračunavanja ugodnosti na obseg dobav, vsebinsko ni obravnavala. Ne glede na navedeno Državna revizijska še dodaja, da ponudniki, kot to navaja tudi vlagatelj, oblikujejo ponudbe oz. ugodnost na obseg dobav upoštevaje predvideno oz. ocenjeno količino, in ne upoštevaje predvideno razmerje med sklopoma (60:40). Ohranjanje predvidenega razmerja med sklopoma, upoštevaje, da naročnik izvaja predmetni postopek oddaje javnega naročila z namenom sklenitve okvirnega sporazuma, pri čemer ne more natančno določiti niti vrste niti količine zdravil, ki jih bo tekom veljavnosti okvirnega sporazuma potreboval, ne izključuje možnosti, da dejanska (izvršena) vrednost dobav ne bo dosegla predvidene oz. ocenjene vrednosti. Prav tako tudi morebitno nespoštovanje predvidenega razmerja še ne pomeni, da dejanska (izvršena) vrednost dobav ne bo dosegla predvidene oz. ocenjene vrednosti.

V zvezi z vlagateljevimi navedbami, da naročnik v zadnjem obdobju pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta ne bo preverjal spoštovanja predvidenega razmerja, da ni jasno, kako bo naročnik ravnal, če ugotovljenega nespoštovanja razmerja ne bo mogoče odpraviti, in da naročnik ni določil pravil, vezanih na izplačilo ugodnosti na obseg poslovanja, v primeru naročnikovega odstopa od okvirnega sporazuma zaradi spremembe področne zakonodaje, gre ugotoviti, da vlagatelj z njimi odpira vprašanja, vezana na izvedbeno fazo. Ponoviti gre, da je naročnik dolžan gospodarske subjekte seznaniti s tistimi informacijami, ki so relevantne za pripravo dopustnih, medsebojno primerljivih in konkurenčnih ponudb. Naročnik pa v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni dolžan urediti vseh možnih situacij, do katerih bi lahko prišlo pri izvajanju naročila. Če bo vlagatelj v izvedbeni fazi menil, da naročnik ni spoštoval razmerja ali da naročnik zaradi odstopa od pogodbe ni upravičen do izplačila ugodnosti na obseg dobav ali če bo v izvedbeni fazi prišlo do drugih sporov iz pogodbenega razmerja, se bodo ti razreševali po pravilih obligacijskega prava in pred sodiščem splošne pristojnosti.

Upoštevaje navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni izkazal naročnikovih kršitev pri oblikovanju 4. in 6. člena vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta.

6. Glede roka za obvestilo naročnika o nezmožnosti dobave in roka za dobavo zdravil

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da je rok za obvestilo naročnika o nezmožnosti dobave naročenega blaga prekratek, nerealen, neživljenjski in oblikovan v nasprotju z načelom sorazmernosti. Zahteva nima osnove v poslovanju in potrebah naročnika, saj predmet javnega naročila niso zdravila na recept. Po mnenju vlagatelja bi bil izvedljiv 3-urni rok za obvestilo naročnika o nezmožnosti dobave naročenega blaga. Tudi zahteva glede roka za dobavo zdravil ni sorazmerna in povezana s predmetom javnega naročila, saj so predmet javnega naročila zdravila brez recepta.

Naročnik na drugi strani navaja, da določbi glede roka za obvestilo naročnika o nezmožnosti dobave in roka za dobavo zdravil vlagatelju ne onemogočata sodelovanja v postopku javnega naročanja. V zvezi z obema zahtevama naročnika navaja, da je skladno s 14. členom Zakona o lekarniški dejavnosti (Uradni list RS, št. 85/2016 s sprem.; v nadaljevanju: ZLD-1) dolžan zagotoviti zdravilo najpozneje v 24 urah od naročila oz. naslednji delovni dan.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da je naročnik v 8.1.8. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, v kateri je določil pogoje za sodelovanje, ki se nanašajo na tehnično in strokovno sposobnost, predvidel, da se ponudniki s predložitvijo vnaprej pripravljane Priloge št. 7 zavežejo, da bodo naročene izdelke dobavili najpozneje v 24 urah med tednom oziroma najpozneje v 72 urah med vikendom in prazniki od prejetega naročila za zdravila, ob upoštevanju predvidenega urnika dobav, in da bodo naročnika v primeru naročila artiklov, ki jih ne morejo dobaviti, o tem obvestili v roku 1 ure po prejemu naročila. Slednjo določbo je naročnik po prejemu zahtevka za revizijo spremenil na način, da je določil 2-urni rok za obvestilo naročnika o nezmožnosti dobave naročenega blaga (glej odgovor naročnika, objavljen na Portalu javnih naročil dne 7. 4. 2023 ob 13.14, ter popravek JN001160/2023-K05). Kljub omenjeni spremembi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila pa ni mogoče pritrditi navedbam vlagatelja, da je naročnik v delu, ki se nanaša na rok za obvestilo naročnika o nezmožnosti dobave, s spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila konkludentno delno ugodil zahtevku za revizijo v tem delu. Vlagatelj se je z zahtevkom za revizijo zavzemal za 3-urni rok za obvestilo naročnika o nezmožnosti dobave (in ne le za 2-urni rok), poleg tega vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika vztraja pri revizijskih navedbah, iz česar izhaja, da vlagatelj tudi spremenjeni rok za obvestilo naročnika o nezmožnosti dobave, torej 2-urni rok, označuje za nezakonit.

Državna revizijska komisija nadalje ugotavlja, da kljub naročnikovi umestitvi zahtev glede roka za obvestilo naročnika o nezmožnosti dobave in glede roka za dobavo zdravil med pogoje za sodelovanje, ti zahtevi po vsebini ne predstavljata zahtevi v smislu dokazovanja usposobljenosti gospodarskih subjektov v fazi predložitve ponudbe, pač pa se obe zahtevi po vsebini nanašata na fazo izvajanja predmeta javnega naročila. Gre namreč za obveznosti, ki jih bodo morali izpolnjevati izbrani dobavitelji v času trajanja okvirnega sporazuma, torej za obligacijske dolžnosti. Na navedeno kaže tudi dejstvo, da je naročnik obe zahtevi vključil tudi v besedilo vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta (glej 4. člen in 11. člen vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta). Zato gre ugotoviti, da vlagatelj v zvezi s spornima zahtevama v postopku oddaje javnega naročila nima obveznosti, vezanih na pripravo ponudbe, oziroma obveznosti, vezanih na njegovo sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila (razen predložitve izjave, s katero potrdi sprejem pogodbenih obveznosti). Ob tem gre poudariti, da obveznosti glede roka za obvestilo naročnika o nezmožnosti dobave in glede roka za dobavo zdravil 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 pogodbo o sukcesivni dobavi 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 rok za obvestilo naročnika o nezmožnosti dobave in na rok za dobavo zdravil, upošteval pri oblikovanju ponudbene cene oz. popusta, pa je poslovna odločitev vsakega gospodarskega subjekta.

Upoštevanje navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da sporni zahtevi vlagatelju ne otežujeta ali preprečujeta sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila in kot taki ne posegata v njegov položaj (potencialnega) ponudnika na način, da bi mu zaradi njiju nastala pravno relevantna škoda v smislu 14. člena ZPVPJN. Državna revizijska komisija zato revizijskih navedb, vezanih na rok za obvestilo naročnika za obvestilo naročnika o nezmožnosti dobave in glede roka za dobavo zdravil, vsebinsko ni obravnavala.

7. Glede 4. člena vzorca okvirnega sporazuma

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da je 4. člen vzorca okvirnega sporazuma oblikovan v nasprotju z načelom transparentnosti in sorazmernosti, saj so naročniki vključeni tudi v drugo

javno naročilo (zdravila na recept), ki niso del tega sporazuma. V nobenem od obeh javnih naročil tudi ni vključeno ostalo blago.

Naročnik na drugi strani navaja, da iz konteksta celotne sporne določbe jasno izhaja, da dobavitelj naročniku v zvezi z izvajanjem predmetnega okvirnega sporazuma ne bo upravičen zaračunavati nobenih dodatnih stroškov.

Ugotoviti gre, da tudi 4. člen vzorca okvirnega sporazuma, v katerem je določeno, da ponudnik nima pravice naročniku zaračunavati kakršnihkoli drugih storitev, blaga ali drugih uslug, ki niso določene v tem sporazumu (ali pogodbi o sukcesivni dobavi blaga), ne predstavlja zahteve, ki bi jo morali izpolnjevati ponudniki, da bi sodelovali v postopku oddaje javnega naročila. Vendar gre ponoviti, da morajo biti tudi tiste določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki vsebujejo napoved vsebine bodočega obligacijskega razmerja, oblikovane v skladu z načelom transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3).

Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj sicer zatrjuje, da je 4. člen vzorca okvirnega sporazuma oblikovan v nasprotju z načelom transparentnosti javnega naročanja, vendar pa teh očitkov ne konkretizira oz. ne navede dejstev in okoliščin, na podlagi katerih bi bilo mogoče napraviti zaključek o naročnikovi kršitvi načela transparentnosti javnega naročanja. Iz revizijskih navedb je namreč mogoče razbrati zgolj očitek, da je sporna določba oblikovana v nasprotju z načelom sorazmernosti, saj naj bi ta določba izključevala možnost vlagatelja, da naročnikom zaračunava zdravila na recept in ostalo blago. Ta očitek pa temelji na nepravilni (oz. zmotni) interpretaciji sporne določbe. Sporna določba je uvrščena v poglavje o izvajanju okvirnega sporazuma in jo je v tem smislu treba tudi razumeti. Iz nje izhaja, da ponudnik naročniku ne bo mogel zaračunavati nobenih drugih storitev, blaga ali drugih uslug, ki so povezana z izvajanjem predmetnega okvirnega sporazuma (ali pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta). Sporna določba tako ne onemogoča sklenitvi okvirnega sporazuma, da z naročnikom sklepa druge pogodbe, katerih predmet je blago, ki ni predmet tega naročila (npr. zdravila na recept), kar je naročnik na Portalu javnih naročil tudi izrecno pojasnil (glej odgovor naročnika, objavljen na Portalu javnih naročil dne 31. 3. 2023 ob 7.53). V zvezi z navedbami vlagatelja, da je s tem odgovorom naročnik konkludentno ugodil zahtevku za revizijo, gre ugotoviti, da se je vlagatelj z zahtevkom za revizijo zavzemal za razveljavitev sporne določbe, naročnik pa sporne določbe ni razveljavil, niti je ni spremenil, saj razlaga, ki jo je podal naročnik na Portalu javnih naročil, izhaja že iz obstoječe določbe.

Upošteva se navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni izkazal naročnikovih kršitev pri oblikovanju tretjega odstavka 4. člena vzorca okvirnega sporazuma, s tem povezane revizijske navedbe pa gre zavrniti kot neutemeljene.

8. Glede pogodbene kazni

Vlagatelj v zahtevku za revizijo navaja, da je naročnik nezakonito in v nasprotju z določbami OZ prelevil pogodbeno kazen v glavno obveznost, določil pogodbeno kazen za denarno obveznost in določil nesorazmerno višino pogodbene kazni. Pri tem vlagatelj izpostavlja določitev pogodbene kazni za primer neupoštevanja reklamacij, nepravočasne dostave zdravila in za primer neuspešne preverbe avtentičnosti zdravila ter predvideno unovčenje finančnega zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti v primeru povzročitve škode naročniku.

Naročnik na drugi strani zatrjuje, da vlagatelju izpodbijane določbe vzorca okvirnega sporazuma ne omejujejo ali preprečujejo sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila in zato ne posegajo v njegov položaj. V nadaljevanju naročnik zavrača revizijske navedbe kot neutemeljene in dodaja,

da je po vložitvi zahtevka za revizijo črtal določbo glede pogodbene kazni za primer neuspešne preverbe avtentičnosti zdravila, vendar pa s tem ni konkludentno ugodil zahtevku za revizijo.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da je naročnik v prvotni dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, objavljeni na Portalu javnih naročil dne 2. 3. 2023 (tretji odstavek 17. člena vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta), predvidel pogodbeno kazen za primer neuspešne preverbe avtentičnosti zdravila. To določbo je naročnik z odgovorom, objavljenim na Portalu javnih naročil dne 31.03.2023 ob 07.29, črtal. Ker je torej naročnik spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila v delu, ki ga kot spornega izpostavlja vlagatelj, vsebinska presoja zakonitosti izpodbijane (že razveljavljene) določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila v tem revizijskem postopku ni potrebna, saj odločitev Državne revizijske komisije ne bi mogla (več) vplivati oziroma izboljšati vlagateljevega pravnega položaja v postopku oddaje javnega naročila. Državna revizijska komisija je naročnikovo spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, kljub naročnikovim ugovorom v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo, štela za konkludentno ugoditev zahtevku za revizijo v tem delu, saj je vlagatelj dosegel, za kar se je zavzemal z zahtevkom za revizijo – to je črtanje določbe glede pogodbene kazni za primer neuspešne preverbe avtentičnosti zdravila.

Na podlagi vpogleda v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila gre ugotoviti, da je naročnik v 25. členu vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta predvidel, 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. V 26. členu vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta je naročnik za nekatere primere odstopov od pogodbe predvidel pogodbeno kazen.

Kot je ob primerljivem dejanskem stanju in primerljivi trditveni podlagi ugotovila Državna revizijska komisija že v zadevi, št. 018-003/2023-28 (uporabo stališča iz navedene zadeve pri presoji revizijskih očitkov predlaga tudi vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika), Državna revizijska komisija tudi v konkretni zadevi ugotavlja, da se določbe vzorca pogodbe o pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta, ki se nanašajo na unovčenje finančnega zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti in na pogodbeno kazen, 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 pogodbo o sukcesivni dobavi 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 unovčenje finančnega zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti, ter določbe, vezane na pogodbeno kazen, upošteval pri oblikovanju ponudbene cene oz. popustov, pa je poslovna odločitev vsakega gospodarskega subjekta.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da sporne določbe vlagatelju ne otežujejo ali preprečujejo sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila in kot take ne posegajo v njegov položaj (potencialnega) ponudnika na način, da bi mu zaradi njih nastala pravno relevantna škoda v

smislu 14. člen ZPVPJN. Upošteva je navedeno Državna revizijska komisija revizijskih navedb, vezanih na določitev in višino pogodbene kazni ter na razlog za unovčenje finančnega zavarovanja za dobro izvedbo pogodbениh obveznosti, vsebinsko ni presojala.

9. Glede birokratske preobremenitve ponudnika

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da je naročnik predvidel za vsak posamezen sklop podpis ločenega okvirnega sporazuma (vlagatelj predlaga podpis enega okvirnega sporazuma z enim naročnikom in enim ponudnikom, v katerem se navede vse sklope, v katerih je bil ponudnik izbran), da je kot zavarovanje za resnost ponudbe predvidel eno menično izjavo in 2 menici za vse sklope posameznega naročnika ter da je za finančno zavarovanje za dobro izvedbo pogodbениh obveznosti predvidel eno menično izjavo in pet menic za vsak sklop (vlagatelj predlaga, da dobavitelj predloži eno menično izjavo in eno menico za seštevke zavarovanj oddanih mu sklopov). Omenjene zahteve po mnenju vlagatelja predstavljajo administrativno breme in so v nasprotju z načelom sorazmernosti.

Naročnik pojasnjuje, da je spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila na način, da lahko ponudniki v ponudbo predložijo le en izvod okvirnega sporazuma. Naročnik nadalje pojasnjuje razloge za oblikovanje zahteve po predložitvi več menic in dodaja, da naj vlagatelj strošek cene menice in stroške podpisov vkalkulira v ponudbeno ceno.

Upošteva je, da se vlagatelj z zahtevkom za revizijo prizadeva, da bi naročnik predvidel drugačen način podpisovanja okvirnih sporazumov oz. da bi naročnik sklenil okvirni sporazum z vsakim gospodarskim subjektom posebej (in ne za vsak sklop posebej z vsemi izbranimi sklenitelji okvirnega sporazuma), gre ugotoviti, da naročnik z odgovorom, objavljenim na Portalu javnih naročil dne 7. 4. 2023 ob 10.34 (da ponudnik za dopustno ponudbo, četudi odda ponudbo za več sklopov, predloži le en podpisan vzorec okvirnega sporazuma), ni konkludentno ugodil zahtevku za revizijo. Izpostavljeni odgovor naročnika se nanaša na vprašanje, koliko vzorcev okvirnega sporazuma so ponudniki dolžni predložiti v ponudbo, in ne na način podpisovanja okvirnih sporazumov po izvedeni izbiri skleniteljev okvirnih sporazumov. Prav tako gre ugotoviti, da naročnik s spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki se nanaša na število zahtevanih menic kot finančno zavarovanje za dobro izvedbo pogodbениh obveznosti (naročnik je namreč namesto prvotno zahtevanih pet menic za vsak sklop naknadno zahteval le še dve menici za vsak sklop), ni konkludentno ugodil zahtevku za revizijo, saj se je vlagatelj z zahtevkom za revizijo zavzemal za predložitev ene menične izjave in ene menice.

Ne da bi se Državna revizijska komisija opredeljevala, ali bi očitana kršitev naročnika lahko vplivala na pravni položaj vlagatelja v smislu 14. člena ZPVPJN, gre ugotoviti, da so ponudniki, če bodo oddali ponudbo za več sklopov, dolžni podpisati večje število dokumentov oz. da bodo gospodarski subjekti, ki bodo izbrani kot sklenitelj okvirnega sporazuma v več sklopih, ter dobavitelji, katerim bo oddanih več posameznih naročil, dolžni podpisati večje število dokumentov, katerim vlagatelj po vsebini ne nasprotuje. Zgolj dejstvo, da so oz. da bodo gospodarski subjekti dolžni podpisati večje število dokumentov, samo po sebi še ne omogoča zaključka o kršitvi načela sorazmernosti, sploh upošteva je, da je navedeno posledica razdelitve javnega naročila na številne sklope (naročnik je namreč upravičen za vsak posamezen sklop določiti samostojne zahteve) ter možnosti oddaje ponudbe za več sklopov oz. možnosti, da je posameznemu gospodarskemu subjektu oddanih več sklopov. Upošteva je navedeno gre izpostavljene revizijske navedbe zavrniti kot neutemeljene.

10. Glede popusta na predčasna plačila

Vlagatelj v zahtevku za revizijo navaja, da je zahteva glede popusta na predčasna plačila nesorazmerna in se zažira v pribitek ponudnika, saj je določen že visok delež popusta kot vstopni pogoj. Predčasno plačilo vlagatelju ne predstavlja nobene prednosti oz. ugodnosti, zaradi katere bi dal zahtevani popust.

Naročnik navaja, da omenjena določba predstavlja pravilo o zgornji (vrednostni) meji, po kateri je še pripravljen plačati enoto mere predmeta naročila. Na ponudnikih je odločitev, ali želijo sprejeti takšno naročnikovo omejitev plačevanja za predmet naročila.

Iz 9. člena vzorca okvirnega sporazuma izhaja, da dobavitelj za plačila, izvedena v roku 15 ali več dni pred zapadlostjo, priznava naročniku popust na predčasna plačila v višini 0,20 % od zneska računa. Za obračunan popust dobavitelj naročniku mesečno izstavi dobropis.

Tudi glede izpostavljene določbe vzorca okvirnega sporazuma gre ugotoviti (kot je to ob primerljivem dejanskem stanju in primerljivi trditveni podlagi ugotovila Državna revizijska komisija že v zadevi, št. 018-003/2023-28), da se ne 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 njen obstoj 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. Omenjena določba vzorca okvirnega sporazuma 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 predčasna plačila upošteval pri oblikovanju cene oz. popustov, 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 navedeno Državna revizijska komisija revizijskih navedb, vezanih na popust na predčasna plačila, vsebinsko ni presojala.

11. Glede ocenjene vrednosti in spremembe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila brez obrazložitve

Vlagatelj v zahtevku za revizijo še zatrjuje, da se v popisu zdravil vrednost dobav ne ujema s količinami, posledično pa se ne ujemajo okvirne vrednosti. Ni jasno, na kakšno časovno obdobje se nanaša ocenjena vrednost, zato se pojavlja dvom o pravilni opredelitvi ocenjene vrednosti. Ocenjena vrednost je v nekaterih sklopih povečana za 30-50 %, vendar pa tako drastičnega povečanja objektivno opravičljivo ni mogoče pričakovati. Vlagatelj se zato ne more znebiti občutka, da je ocenjena vrednost določena preko dejanskih in pričakovanih potreb z namenom lažjega upravičenja določitve minimalnih popustov na obseg dobav. Vlagatelj še dodaja, da je naročnik s spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila minimalne zahtevane popuste dvignil brez kakršnekoli obrazložitve.

Naročnik na drugi strani navaja, da ocenjene vrednosti ni dolžan razkriti, razlogov za določitev višine zahtevanih minimalnih popustov na obseg dobav pa ne pojasnjevati.

Kot je to Državna revizijska komisija že večkrat pojasnila, ocenjena vrednost javnega naročila predstavlja vrednost, ki jo naročnik določi ob upoštevanju pravil javnega naročanja, od nje pa je odvisno vprašanje uporabe zakona in nadaljnja ravnanja naročnika v postopku oddaje javnega naročila (pravilna izbira postopka, dolžnost objave javnega naročila ipd.). Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika utemeljeno navaja, da iz prakse Sodišča EU (glej sodbo Sodišča EU, C-23/20, Simonsen & Weel, ECLI:EU:C:2021:490) 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 – na podlagi te ocene namreč ponudnik presodi svojo zmožnost izpolniti obveznosti, ki izhajajo iz okvirnega sporazuma. Vendar pa v obravnavanem primeru ne gre za situacijo, ko naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ne bi navedel ocenjene vrednosti, saj je v Prilogah A navedena ocenjena vrednost za vsak posamezen sklop. Tudi vlagatelj v zahtevku za revizijo ne zatrjuje, da naročnik ne bi navedel ocenjene vrednosti, pač pa vlagatelj dvomi v pravilnost naročnikovega izračuna ocenjene vrednosti.

V zvezi z vlagateljevimi dvomi o pravilnem izračunu ocenjene vrednosti gre pojasniti, da ocenjena vrednost okvirnega sporazuma, ki se sklepa za 48 mesecev, ni zgolj štirikratnik vrednosti zaporednih javnih naročil iste vrste, oddanih v zadnjih 12 mesecih, temveč se v okviru ocenjene vrednosti upoštevajo (najmanj) tudi spremembe količine ali vrednosti, ki bi nastale v 12 mesecih po prvotnem naročilu (prim. deseti odstavek 24. člena ZJN-3). V zvezi z vlagateljevimi navedbami, da ocenjena vrednost bistveno odstopa od vrednosti nabav v letu 2021 in da tako bistvenih sprememb količin ali vrednosti, ni mogoče pričakovati, gre poudariti, da je naročniku pridržana ocena o spremembi količine ali vrednosti, ki bi lahko nastala, in v posledici katere naročnik predvidi morebitno višjo ocenjeno vrednost. Vlagatelj tudi ne more uspeti z navedbami, da je naročnik nerealno zvišal ocenjeno vrednost z namenom lažjega upravičenja določitve minimalnih popustov na obseg dobav, že iz razloga, ker te navedbe temeljijo na napačni predpostavki, da je naročnik v postopku pravnega varstva dolžan upravičiti višino minimalnih zahtevanih popustov (prim. odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-096/2021-89, 018-096/2021-90, 018-096/2021-91, 018-069/2022 in 018-092/2022 in 018-139/2022-20).

Vlagatelj tudi ne more izkazati naročnikovih kršitev v postopku oddaje javnega naročila, ker je naročnik s spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila brez obrazložitve zvišal prvotno zahtevane minimalne popuste na obseg dobav. Iz določb ZJN-3 namreč ne izhaja, da bi bila sprememba dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila pred potekom roka za predložitev ponudb dopustna le v primeru navedbe razlogov za spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

12. Sklepno

Upoštevajoč vse navedeno je Državna revizijska komisija na podlagi prvega odstavka 39. člena ZPVPJN ugotovila, da je naročnik s spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila deloma sam ugodil zahtevku za revizijo v delu, ki se nanaša na objavo cenika zdravil, ki nimajo določene cene v CBZ, na spletni strani dobavitelja, in v delu, ki se nanaša na pogodbeno kazen, določeno za primer neuspešne preverbe avtentičnosti zdravila. V preostalem delu je Državna revizijska komisija zahtevke za revizijo na podlagi prve alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN zavrnila kot neutemeljenega.

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 prvim in tretjim odstavkom 70. člena 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,
- strošek odvetniške storitve za sestavo dopolnitve zahtevka za revizijo v višini 3.000 točk, kot ga je v zahtevku za revizijo (navzgor) zamejil vlagatelj, kar, ob upoštevanju druge 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 sestavo opredelitve do navedb naročnika (vloga z dne 28. 4. 2023) in v tej vlogi priglašenih materialnih stroškov, saj ti v konkretnem primeru niso bili potrebni (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 28. 4. 2023 niso bile bistvene in niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve.

Državna revizijska komisija je tako vlagatelju kot potrebne priznala stroške v višini 8.421,28 EUR. Ker je vlagatelj z zahtevkom za revizijo uspel delno (v delu, v katerem mu je naročnik konkludentno ugodil), je Državna revizijska komisija odločila, da se mu, v sorazmerju z doseženim uspehom v postopku, ki ga ocenjuje na 1/20, povrne 421,06 EUR potrebnih stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva (drugi odstavek 154. člena 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 421,06 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 sklepa.

Pravni pouk: Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

Predsednica senata:
mag. Zlata Jerman, univ. dipl. prav.,
članica Državne revizijske komisije

Vročiti:

- naročnik,
- pooblaščenec vlagatelja,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.