

Slovenska cesta 54 dkom@dkom.si
SI-1000 Ljubljana www.dkom.si
T 01 234 28 00Številka: 018-064/2023-4
Datum: 22. 6. 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 Farmadent, d.o.o., Minařikova ulica 6, Maribor, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Marovt in partnerji, d.o.o, Rozmanova ulica 12, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika in pooblaščenega naročnika Javni zavod Kraške lekarnе Ilirska Bistrica, Gregorčičeva cesta 8A, Ilirska Bistrica (v nadaljevanju: naročnik), dne 22. 6. 2023

odločila:

1. Zahtevke za revizijo se v delu, v katerem mu ni ugodil že naročnik z odločitvijo o zahtevku za revizijo z dne 29. 5. 2023, zavrne kot neutemeljen.
2. Zahteva vlagatelja za povrnitev stroškov pravnega varstva se v presežku nad stroški, ki jih je priznal že naročnik, 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.

Vlagatelj je pred potekom roka za predložitev ponudb z vlogo z dne 26. 4. 2023 vložil zahtevke za revizijo, ki ga je na podlagi naročnikovega poziva dopolnil z navedbo kontaktne osebe. Vlagatelj naročniku očita kršitve določb Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015

s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3) pri oblikovanju določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, vezane na predviden način oddaje javnega naročila in spoštovanje razmerja 60:40, na dobavo novih zdravil, na minimalne zahtevane popuste in popust na predčasno plačilo, na spremembe lokacij in urnika dobav v izvedbeni fazi, na unovčitev finančnega zavarovanja in odstop od pogodbe ter na določbo glede preverjanja avtentičnosti zdravil in s tem povezanimi manipulativnimi stroški. Vlagatelj predlaga razveljavitev celotnega postopka javnega naročila in priglaša povračilo stroškov.

Naročnik je dne 29. 5. 2023 sprejel odločitev o zahtevku za revizijo, iz katere izhaja, da je ugodil zahtevku za revizijo v delu, ki se nanaša na manipulativne stroške, v preostalem delu pa je zahtevek za revizijo zavrnil. Naročnik je tudi delno ugodil vlagateljevi stroškovni zahtevi.

Naročnik je dne 1. 6. 2023 Državni revizijski komisiji odstopil dokumentacijo v postopku oddaje predmetnega javnega naročila in pripadajočo dokumentacijo predrevizijskega postopka.

Vlagatelj se je z v vlogo z dne 1. 6. 2023 opredelil do naročnikovih navedb v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo. Vlagatelj se strinja z naročnikovo odločitvijo v delu, kjer je bilo zahtevku za revizijo ugodeno, in v delu priznanih stroškov, v preostalem delu pa vztraja pri revizijskih navedbah in jih še dodatno utemeljuje. Vlagatelj tudi navaja, da odločitev o zavrnitvi zahtevka za revizijo, ki se nanaša na naročnike, ki je niso sprejeli, ni zakonita.

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.

Vlagatelj v vlogi z dne 1. 6. 2023 navaja, da odločitve o zahtevku za revizijo ni sprejel naročnik, kot to določa ZPVPJN, saj jo je sprejel zgolj pooblaščen naročnik, ne pa tudi posamezni naročniki, ki so pooblastili pooblaščenega naročnika za izvedbo postopka oddaje javnega naročila. Pooblaščen naročnik je brez pooblastil posameznih naročnikov za vodenje in odločanje o zahtevku za revizijo sprejel odločitev o zavrnitvi zahtevka, poleg tega pa posamezni naročniki na pooblaščenega naročnika niti ne morejo prenesti pooblastila za odločanje v postopku pravnega varstva, saj gre za izvirno pristojnost naročnika, ki je naročnik ne more prenesti na drugega naročnika ali odvetnika. Vlagatelj zatrjuje, da zato sprejeta odločitev o zahtevku za revizijo, ki se nanaša na naročnike, ki je niso sprejeli, ni zakonita, in predlaga, da se glede tega vprašanja opredeli občna seja Državne revizijske komisije, saj logika, da je pooblaščen naročnik, ker je pooblaščen za vodenje postopka javnega naročanja, pooblaščen tudi za vodenje postopka pravnega varstva, upošteva, da to ne piše v zakonu, ne vzdrži pravilnosti presoje.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da pooblaščen naročnik, tj. Javni zavod Kraške lekarnice Ilirska Bistrica, 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. Iz 1.1.1. točke dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja, da so posamezni naročniki pooblaščenega naročnika pooblastili za izvajanje javnega naročanja na podlagi 33. člena ZJN-3. Pooblaščen naročnik je tudi sprejel odločitev o zahtevku za revizijo z dne 29. 5. 2023. Da posamezni naročniki pooblaščenega naročnika ne bi pooblastili za izvajanje postopka javnega naročanja, in da torej pooblaščen naročnik ne bi bil upravičen izvajati postopka javnega naročanja tudi v imenu in za račun posameznih naročnikov, vlagatelj ne zatrjuje. Pač pa vlagatelj zatrjuje, da posamezni naročniki niso pooblastili pooblaščenega naročnika tudi za sprejem odločitve o zahtevku za revizijo in da posamezni naročniki tudi sicer ne morejo pooblastiti pooblaščenega naročnika za sprejem odločitve o zahtevku za revizijo.

V zvezi z vlagateljevim predlogom, da se glede vprašanja, ali lahko pooblaščen naročnik sam (brez posameznih naročnikov) sprejme odločitev o zahtevku za revizijo, opredeli občna seja Državne revizijske komisije, gre najprej pojasniti, da vlagatelj, skladno s 65a. členom ZPVPJN, ni predlagatelj sklica občne seje Državne revizijske komisije. Poleg tega je praksa Državne revizijske komisije glede spornega vprašanja že jasno izoblikovana.

Pritrditi gre navedbam vlagatelja, da naročnik v predrevizijskem postopku nastopa v vlogi organa pravnega varstva, da mora sam sprejeti odločitev o zahtevku za revizijo in da naročnik v zakonu nima podlage za prenos pooblastila za odločanje o zahtevku za revizijo na drugo osebo – ki nima statusa naročnika po določbah ZJN-3 (prim. odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-50/2012, 018-232/2012, 018-205/2017). Vlagateljevo sklicevanje na odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-232/2012, tako za obravnavo vprašanje ni relevantno, saj je v navedeni zadevi odločitev o zahtevku za revizijo sprejel odvetnik, medtem ko v obravnavani zadevi odločitve o zahtevku za revizijo ni sprejel odvetnik, pač pa pooblaščen naročnik.

Po presoji Državne revizijske komisije se v primerih, ko naročnik za izvajanje javnega naročanja pooblasti drugega naročnika, odpira vprašanje, kateri subjekt (pooblaščen naročnik ali posamezni naročnik) je skladno z določbami ZPVPJN pristojen za vodenje postopka pravnega varstva in odločanje v postopku pravnega varstva.

Državna revizijska komisija je že v zadevi, št. 018-182/2021, pojasnila, da če naročnik skladno s tretjim odstavkom 66. člena ZJN-3 za izvedbo oz. za odločanje v postopku javnega naročanja pooblasti drugega naročnika, je potrebno kot naročnika v smislu ZPVPJN šteti tisti subjekt, ki je skladno s tretjim odstavkom 66. člena ZJN-3 dejansko izvedel postopek oddaje javnega naročila, tj. pooblaščenega naročnika. Pooblastilo za odločanje o zahtevku za revizijo je torej že po samem zakonu podeljeno tistemu naročniku, ki izvaja postopek oddaje javnega naročila, to pa je bodisi naročnik, če ga izvaja sam, bodisi pooblaščen naročnik, če ga izvaja na podlagi pooblastila (drugi odstavek 3. člena ZPVPJN). Državna revizijska komisija ugotavlja (enako kot v zadevi, št. 018-003/2023-29), da je izpostavljeno stališče uporabljivo tudi v primeru priložnostnega skupnega javnega naročila (33. člen ZJN-3), ko se najmanj dva naročnika dogovorita za skupno izvedbo oddaje določenih javnih naročil in (vsaj) en naročnik pooblasti drugega naročnika za izvedbo postopka javnega naročanja. Tako je tudi v primeru, ko naročnik skladno s 33. členom ZJN-3 za izvedbo postopka javnega naročanja pooblasti drugega naročnika, potrebno kot naročnika v smislu ZPVPJN šteti tudi tisti subjekt, ki skladno s 33. členom ZJN-3 dejansko izvaja postopek javnega naročanja, tj. pooblaščenega naročnika.

Kot že pojasnjeno, v obravnavani zadevi so posamezni naročniki na podlagi 33. člena ZJN-3 za izvedbo postopka javnega naročanja pooblastili pooblaščenega naročnika, odločitev o zahtevku za revizijo pa sprejel pooblaščen naročnik. Upošteva se predstavljeno dejansko stanje in upošteva se, da gre kot naročnika v smislu ZPVPJN šteti (tudi) tisti subjekt, ki skladno s 33. členom ZJN-3 (ali s 66. členom ZJN-3) dejansko izvaja postopek javnega naročanja, tj. pooblaščenega naročnika, Državna revizijska komisija ugotavlja, da je odločitev o zahtevku za revizijo z dne 29. 5. 2023 sprejel naročnik, kot to določa ZPVPJN. To pa tudi pomeni, da je odločitev o zahtevku za revizijo pravno upoštevana za vse naročnike, vključene v predmetni postopek oddaje javnega naročila, torej tako za pooblaščenega naročnika kot tudi za vse posamezne naročnike, vlagateljeve navedbe o nezakonnosti sprejete odločitve o zahtevku za revizijo pa so neutemeljene.

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 ZJN-3. Ker je naročnik zahtevku za revizijo v delu, ki se nanaša na manipulativne stroške, povezane z neuspešnim preverjanjem avtentičnosti zdravil, ugodil,

vlagatelj pa v vlogi z 1. 6. 2023 (ki jo treba šteti tudi kot predlog za začetek revizijskega postopka v smislu drugega odstavka 29. člena ZPVPJN) navaja, da se strinja z naročnikovo odločitvijo v delu, kjer je zahtevku za revizijo ugodeno, vsebinska presoja zakonitosti tega dela dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila v revizijskem postopku ni več potrebna.

Državna revizijska komisija je vlagateljevo pobudo za izvedbo ustne obravnave, upoštevajoč drugo poved iz prvega odstavka 35. člena ZPVPJN, zavrnila. Ugotoviti gre, da naročnik ni predlagal izvedbe ustne obravnave, zato pogoj za njeno obvezno izvedbo ni podan. Izvedba ustne obravnave je namreč obvezna le, če njeno izvedbo predlagata tako vlagatelj kot naročnik, torej oba (gl. tretjo poved iz prvega odstavka 35. člena ZPVPJN v povezavi z drugo povedjo iz prvega odstavka 35. člena ZPVPJN). Čeprav lahko Državna revizijska komisija, skladno s prvo povedjo 35. člena ZPVPJN, na pobudo vlagatelja (ali naročnika ali na lastno pobudo) izvede ustno obravnavo z namenom pridobitve natančnejših pojasnil o dejanskih okoliščinah, od katerih je odvisna odločitev v revizijskem postopku, pa Državna revizijska komisija ugotavlja, da je dejanske okoliščine, dejansko stanje in dejstva, relevantna za sprejem odločitve v obravnavani zadevi, mogoče pravilno in popolno ugotoviti na podlagi dokumentacije iz postopka javnega naročanja (natančneje na podlagi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila) in predrevizijskega postopka, ne da bi bilo treba izvesti še ustno obravnavo. Vlagatelj pa tudi ni konkretno navedel, katere pravno relevantne dejanske okoliščine naj bi se na ustni obravnavi natančneje pojasnile.

Pred vsebinsko obravnavo zahtevka za revizijo 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.

1. Glede načina oddaje javnega naročila in spoštovanja razmerja 60:40

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da je količinska razdelitev javnega naročila in omejitev števila sklopov, ki se lahko oddajo posameznemu ponudniku, v nasprotju z načelom enakopravnosti in konkurenčnosti, za razdelitev javnega naročila v razmerju 60:40 pa ni pravne podlage. Naročnik bi moral izbrati enega dobavitelja in ne dveh dobaviteljev. Predvidenega načina oddaje javnega naročila, za katerega ne obstajajo utemeljeni razlogi, ne opravičuje narava javnega naročila, kar izhaja iz Zakona o zdravilih (Uradni list RS, št. 17/14, s sprem.; v nadaljevanju: ZZdr-2) in prakse bolnišnic. Skladno s 107. členom ZZdr-2 je vsak veletrgovec dolžan zdravilo dobaviti, zato bi lahko naročnik razpoložljivost zdravil zagotovil z vključitvijo določb o kritnem kupu, s čimer bi bila zagotovljena nemotena dobava zdravil in preprečen

monopolni položaj dveh gospodarskih subjektom, ostalim gospodarskim subjektom pa bi bilo omogočeno enakopravno sodelovanje. Dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila je nekonsistentna glede vprašanja, ali bo naročnik preverjal spoštovanje razmerja 60:40 in v katerem obdobju tega razmerja ne bo preverjal. Vlagatelj je v neenakopravnem položaju, saj naročnik na eni strani zahteva, da vlagatelj odda ponudbo za vsa zdravila v posameznem sklopu, na drugi strani pa mu ne zagotavlja, da bo v primeru oddaje javnega naročila dobavljal vse artikle iz tega sklopa. Določilo glede nabave v razmerju 60:40 zgolj navidezno določa način oddaje posameznih naročil in v praksi ni izvedljivo oz. omogoča vsakemu posameznemu naročniku, da si v izvedbeni fazi sam določi način izvajanja posameznih naročil. Za vlagatelja je pomembna struktura zdravil oz. struktura dražjih in cenejših zdravil, naročnik pa ni pojasnil, kako bo dejansko upošteval količine in vrsto naročenih zdravil v okviru posameznega naročila in kako bo uravnotežil dobave med dobaviteljema, upoštevajoč dražja in cenejša zdravila. Naročnik si je pridržal možnost v primeru objektivnih okoliščin odstopiti od predvidenega razmerja 60:40, kar pa ni skladno z zahtevo iz prvega odstavka 95. člena ZJN-3, saj mora biti iz pogodbene klavzule, ki dopušča spremembo pogodbe, jasno razvidno, kakšna sprememba je možna, v kakšnem obsegu in pod katerimi pogoji.

Naročnik na drugi strani navaja, da je Državna revizijska komisija očitke, vezane na način oddaje javnega naročila, v predhodnih revizijskih postopih (katerih predmet je bila zakonitost postopkov oddaje javnega naročila dobave zdravil), že zavrnila in dodaja, da je nevarnost nezmožnosti dobave zdravil večja, če ima naročnik sklenjeno eno pogodbo o dobavi, kot če ima sklenjeni dve pogodbi. Iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je jasno razvidno, da se naročanje v razmerju 60:40 nanaša na vsako posamezno zdravilo oz. na razmerje dobav količin istega zdravila na ravni posameznega naročnika, posledično pa bo uravnotežena dobava dražjih in cenejših zdravil. Ni mogoče vnaprej opredeliti okoliščin, ki bi jih bilo mogoče šteti za objektivno opravičljive razloge, saj gre za pravni standard. Naročnikova zaveza glede preverjanja razmerja 60:40 ni relevantna za pripravo ponudb – v primeru kršitve pogodbene zaveze oz. razmerja 60:40 bodo imeli dobavitelji obilgacijske zahtevke.

Državna revizijska komisija najprej 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 (glej 5.1.1 točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila).

Iz 5.1.1. točke dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja, kar med strankama ni sporno, da je naročnik omejil število sklopov, ki se lahko oddajo enemu ponudniku (oz. 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). Naročnik je namreč predvidel, da je lahko ponudnik kot dobavitelj izbran zgolj v enem sklopu na ravni posameznega javnega zavoda in posamezne skupine zdravil. Ob tem je naročnik pojasnil, da če bo ponudnik oddal ekonomsko najugodnejšo dopustno ponudbo v enem izmed sklopov na ravni posamezne skupine zdravil in posameznega javnega zavoda, bo njegova ponudba izločena iz drugega sklopa na ravni posamezne skupine zdravil in posameznega javnega zavoda. Če bo ponudnik oddal ekonomsko najugodnejšo dopustno ponudbo v obeh sklopih na ravni posamezne skupine zdravil in posameznega javnega zavoda, bo ponudnik izbran v sklopu, ki ima nižjo numerično oznako (oz. v sklopu 60 %).

Glede revizijskih očitkov, vezanih na predviden način oddaje javnega naročila, gre najprej pojasniti, da je v skladu z ustaljeno prakso Državne revizijske komisije sklop del javnega naročila, ki tvori zaključeno celoto in ga je mogoče oddati ločeno. Če predmet javnega naročila dopušča in če to prispeva k večji gospodarnosti in učinkovitosti izvedbe javnega naročila, mora naročnik javno naročilo oddati po ločenih sklopih ter določiti velikost in predmet takšnih sklopov. Pri tem mora zagotoviti nediskriminatorno obravnavo in s tem večjo dostopnost javnega naročila gospodarskim subjektom (prvi odstavek 73. člena ZJN-3). Namen razdelitve javnega naročila na sklope (kot je razviden tudi iz 78. uvodne izjave Direktive 2014/24) je prilagoditev javnega naročila malim in srednjim podjetjem. Z razdelitvijo javnega naročila se omogoča dostop javnega naročila širšemu krogu ponudnikov in s tem večja konkurenca, ki lahko vodi v nižjo ceno predmeta javnega naročila.

Količinske razdelitve javnega naročila ZJN-3 izrecno ne predvideva, vendar pa je tudi ne prepoveduje. Upošteva se navedeno in upošteva se namen razdelitve javnega naročila na sklope je Državna revizijska komisija že v odločitvah, št. 018-096/2021-89 in 018-096/2021-92, zavzela stališče, da je razdelitev predmeta javnega naročila lahko tudi količinska. Takšno stališče potrjuje tudi 78. uvodna izjava Direktive 2014/24, iz katere izhaja, da je razdelitev predmeta javnega naročila lahko tudi količinska. Zavrnuti gre zato navedbe vlagatelja, vezane na količinsko razdelitev predmeta javnega naročila (na ravni posameznega javnega zavoda in posamezne skupine zdravil) v razmerju 60:40 na dva sklope. V zvezi z navedbami vlagatelja, da naročnik neopravičeno s količinsko razdelitvijo javnega naročila na sklope in omejitvijo števila sklopov, ki so lahko oddani posameznemu ponudniku, omogoča monopolni položaj dveh ponudnikov, ki ustreza njunima tržnima deležema, gre pojasniti, da nasprotno ravnanje naročnika (torej oblikovanje enega sklopa na ravni posameznega javnega zavoda in posamezne vrste zdravil) ne bi vodilo k zagotavljanju večje konkurence, temveč bi, nasprotno, kvečjemu vodilo k zmanjšanju konkurence, saj bi bila celotna količina zdravil oddana le enemu gospodarskemu subjektu.

Kot je to pojasnila Državna revizijska komisija že v odločitvah, št. 018-096/2021-89, 018-096/2021-92, 018-069/2022-10, 018-139/2022-19, 018-003/2023-28 in 018-003/2023-29, podlago za omejitev števila sklopov, ki bodo oddani enemu ponudniku, predstavlja tretji odstavek 73. člena ZJN-3. Iz navedene določbe izhaja, da tudi če se lahko ponudbe oddajo za več sklopov ali vse sklope (naročnik lahko namreč na podlagi drugega odstavka 73. člena ZJN-3 omeji število sklopov, za katere lahko gospodarski subjekti oddajo ponudbe), lahko naročnik omeji število sklopov, ki se lahko oddajo enemu ponudniku, če v obvestilu (oz. v drugem povabilu k sodelovanju) navede največje možno število sklopov na ponudnika. V tem primeru mora v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila navesti objektivna in nediskriminatorna merila ali pravila, ki jih namerava uporabiti pri odločanju, katere sklope bo oddal, če bi se ob uporabi meril za oddajo javnega naročila enemu ponudniku oddalo več sklopov, kot je največje možno število (tretji odstavek 73. člena ZJN-3). Da ima naročnik možnost omejitve števila sklopov, ki bodo oddani enemu ponudniku, potrjuje tudi 79. uvodna izjava Direktive 2014/24, iz katere izhaja, da bi v primeru razdelitve javnega naročila na sklope morali imeti naročniki možnost, na primer zaradi ohranjanja konkurence ali zagotavljanja zanesljivosti blaga, omejitve števila sklopov, za katere

lahko gospodarski subjekt predloži ponudbo, kot tudi možnost omejitve števila sklopov, ki se lahko oddajo posameznem ponudniku.

V kolikor vlagatelj s citiranjem dela vprašanja št. 17, ki je bilo objavljeno na Portalu javnih naročil dne 21. 3. 2023 ob 13.57, zatrjuje, da predviden način oddaje javnega naročila ne omogoča izbora ekonomsko najugodnejšega ponudnika (ker bo naročnik, namesto da bi oddal naročilo ponudniku z ekonomsko najugodnejšo ponudbo, takšnega ponudnika »kaznival« in ga izločil v drugem sklopu), gre pojasniti (kot je to pojasnila Državna revizijska komisija že v odločitvah, št. 018-096/2021-89, 018-096/2021-92, 018-069/2022-10, 018-139/2022-19, 018-003/2023-28 in 018-003/2023-29), da v zakonu predvidena možnost naročnika za omejitev števila sklopov, ki se lahko oddajo enemu ponudniku, implicitno vsebuje posledico, da ponudniku, ne glede na ekonomsko ugodnost njegove ponudbe, ne more biti oddano večje število sklopov, kot ga je določil naročnik. Povedano drugače, možnost, da vsi sklopi ne bodo oddani ponudniku z ekonomsko najugodnejšo ponudbo, je (zgolj) posledica zakonsko predvidene možnosti omejitve števila sklopov, ki se lahko oddajo enemu ponudniku. To pa tudi pomeni, da je očitno že zakonodajalec pretehtal, da je naročnik (v določenih primerih) upravičen, da posameznega sklopa ne odda ponudniku z dopustno in ekonomsko najugodnejšo ponudbo, pač pa odda ta sklop ponudniku, čigar (dopustna) ponudba ni ekonomsko najugodnejša. Smiselno enako gre ugotoviti glede vlagateljevih navedb, da je predviden način oddaje javnega naročila v nasprotju z načelom zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-3) in načelom enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3). Upošteva, da je zakonodajalec predvidel možnost naročnika, da omeji število sklopov, ki se lahko oddajo enemu ponudniku (in posledično, da ponudniku ne glede na ekonomsko ugodnost njegove ponudbe ne bodo oddani presežki sklopov), je očitno že zakonodajalec pretehtal, da (v določenih primerih) navedeno ne nasprotuje izpostavljenima načeloma javnega naročanja.

V zvezi z revizijskimi navedbami, da naročnik nima utemeljenih razlogov za predviden način oddaje javnega naročila, gre ugotoviti, da je naročnik že v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila pojasnil, da je pri oblikovanju sklopov in pri omejitvi števila sklopov, ki se lahko oddajo posameznemu ponudniku, zasledoval cilj zanesljivosti dobav, saj mu bo izbira dveh dobaviteljev omogočala, da bo zadostil vsem potrebam in bo imel stalno na voljo potrebna zdravila. Poleg tega iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja, da je naročnik predviden način oddaje javnega naročila oblikoval z namenom razširitve konkurence med ponudniki, ki služi tudi zmanjševanju njegove odvisnosti od enega izvajalca in mu zagotavlja, da bo tudi v prihodnosti imel na voljo večje število usposobljenih gospodarskih subjektov za izvedbo primerljivega javnega naročila (glej 5.1.1. točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in naročnikov odgovor, objavljen na Portalu javnih naročil dne 21. 3. 2023 ob 13.57).

Upošteva, da je navedeno Državna revizijska komisija ne more pritrditi navedbam vlagatelja, da naročnik nima utemeljenih razlogov za predviden način oddaje javnega naročila. Iz določb Zakona o lekarniški dejavnosti Uradni list RS, št. 85/2016 in 77/2017; v nadaljevanju: ZLD-1) izhaja, da je lekarniška dejavnost javna zdravstvena služba, s katero se zagotavlja trajna in nemotena oskrba prebivalstva in izvajalcev zdravstvene dejavnosti z zdravili ter farmacevtska obravnava pacientov (prvi odstavek 5. člena ZLD-1), da je namen lekarniške dejavnosti zagotavljanje kakovostne in učinkovite preskrbe z zdravili in drugimi izdelki za podporo zdravljenja in ohranitev zdravja ter svetovanje glede njihove varne, pravilne in učinkovite uporabe pacientom in zdravstvenim delavcem v zdravstvu (2. člena ZLD-1) in da so lekarne dolžne zagotoviti vsa zdravila, ki so na trgu v Republiki Sloveniji, najpozneje v 24 urah od naročila oziroma naslednji delovni dan (14. člen ZLD-1). Upošteva, da je navedeno gre ugotoviti, da morajo javni lekarniški zavodi zagotavljati stalno in nemoteno izdajo zdravil, v ta namen pa potrebujejo stalno in zanesljivo dobavo zdravil. Stalna in zanesljiva dobava zdravil je ključna za delovanje lekarniškega in zdravstvenega sistema, od nje pa je odvisno zdravje in življenje ljudi, zato Državna revizijska

komisija ocenjuje (kot je to ugotovila Državna revizijska komisija že v odločitvah, št. 018-96/2021-89 in 018-96/2021-92), da je glede na predmet naročila in pomembnost izvajanja lekarniške dejavnosti razumljivo, da naročnik želi zagotoviti zanesljivost dobav, kot tudi, da naročniku ni pomembno le, da ima vzpostavljeno pogodbeno razmerje z enim dobaviteljem, ki je sposoben dobaviti naročena zdravila, pač pa tudi, da ima naročnik vzpostavljeno pogodbeno razmerje za dobavo (posameznega) zdravila z dvema gospodarskima subjektoma, saj bi lahko naročnik pri izpadu dobave zdravil utrpel hude posledice, ki bi rezultirale na javnem zdravju.

Navedenega ne spreminja vlagateljovo sklicevanje na 108. člen ZZdr-2, ki določa, da veletrgovec z zdravili, ki ima dovoljenje za poln obseg opravljanja dejavnosti prometa z zdravili na debelo, zagotavlja stalen in ustrezen nabor zdravil, ki so lahko v prometu v skladu z obveznostjo opravljanja storitev v javnem interesu, v ustrezno kratkem času, najpozneje v 24 urah med tednom oziroma najpozneje v 72 urah med vikendom in prazniki od prejetega naročila. Četudi po navedenem predpisu obstaja obveznost veletrgovcev z zdravili, da zagotavljajo stalni nabor vseh zdravil, naročniku ni mogoče očitati kršitev pravil javnega naročanja (zgolj kršitev teh pravil pa je lahko predmet presoje Državne revizijske komisije), če oblikuje dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila na način, da poveča verjetnost zanesljivosti dobav. Pritrditi gre naročniku, da obstoji večja verjetnost, da mu naročeno zdravilo ne bo (pravočasno) dobavljeno, posledično pa ga naročnik ne bo mogel izdati, če bi imel naročnik za posamezno zdravilo sklenjeno le eno pogodbo, kot pa, če ima naročnik za posamezno zdravilo sklenjeni dve pogodbi o dobavi z dvema različnima dobaviteljema.

V zvezi z revizijskimi navedbami, da bi naročnik lahko z namenom zanesljivosti dobav predvidel določbe o kritnem kupu, gre pojasniti, 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. na kakšen način naj bi si naročnik zagotovil zanesljivost dobav. Upošteva se navedeno Državna revizijska komisija vsebinsko ni presojala revizijskih navedb, da bi lahko naročnik (z namenom zagotovitve zanesljivosti dobav) v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila vključil določbe glede kritnega kupa, s tem povezane dokazne predloge vlagatelja pa je zavrnila kot nepotrebne. Ob tem gre še dodati, da za presojo zakonitosti naročnikovega ravnanja v tem postopku oddaje javnega naročila tudi ne more biti relevantno ravnanje drugih naročnikov v drugih postopkih javnega naročanja oz. *»dolgoletna praksa bolnišnic«*.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da so neizvedljive določbe glede predvidenega naročanja zdravil v razmerju 60:40 v izvedbeni fazi, vendar zgolj zatrjevano (in nedokazano) dejstvo, da naj bi zakonita zastopnica Gorenjskih lekarn na izvedeni ustni obravnavi v drugem postopku pravnega varstva (ki se je nanašal na zakonitost drugega postopka oddaje javnega naročila) navedla, da iz prakse drugih naročnikov, ki na tak način že izvajajo javno naročanje, izhaja, da razmerju 60:40 ni mogoče slediti, ne omogoča za zaključek o naročnikovi kršitvi določb ZJN-3. Ob tem gre v zvezi z navedbami vlagatelja, da je na podlagi Zakona o dostopu do informacij javnega značaja zahteval dokazila o tem, kako (drugi) javni zavodi v praksi sledijo razmerju 60:40, pojasniti, da vlagatelj teh dokazil do sprejema predmetne odločitve Državne revizijske komisije ni predložil. Ravnanja drugih naročnikov pri izvajanju javnih naročil pa tudi sicer ne morejo biti relevantna za presojo zakonitosti naročnikovega ravnanja v tem postopku javnega naročanja, kot tudi ne za presojo, ali je razmerje 60:40 v izvedbeni fazi mogoče spoštovati. Tudi če namreč drugi naročniki pri izvajanju drugega javnega naročila ne bi sledili predvidenemu razmerju, to ne pomeni, da predvidenega razmerja v izvedbeni fazi ni mogoče spoštovati, saj ne bi bilo mogoče izključiti, da drugi javni naročnik zgolj ne spoštujejo predvidenega razmerja oz. pogodbenih obveznosti.

Državna revizijska komisija tudi ne more pritrditi vlagatelju, da so določbe, vezane na naročanje zdravil v izvedbeni fazi v razmerju 60:40, oblikovane nejasno in omogočajo vsakemu posameznemu naročniku, da sam odloči o izvajanju posameznih dobav. Iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (glej 5.1.4 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in 4. člen vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta) izhaja, da bo naročnik, upošteva, da bo imel za zdravila iz iste skupine sklenjeni dve pogodbi, pri izvajanju javnega naročila (oz. pri naročanju zdravil) sledil ohranjanju razmerja po vrstah (artiklih/postavkah) in količinah (teh artiklov/postavk) med sklopoma zdravil iste skupine v razmerju 60: 40, razen ko to ne bo mogoče iz objektivnih razlogov. Naročnikovega zapisa, da bo sledil *»ohranjanju razmerja po vrstah (artiklih/postavkah) in količinah (teh artiklov/postavk)«* ni mogoče razumeti drugače kot na način, da bo naročnik v izvedbi fazi naročal vsa zdravila, ki so determinirala posamezna sklopa na ravni posameznega naročnika in na ravni posamezne skupine zdravil, pri obeh dobaviteljih, pri čemer bo naročnik vsako posamezno zdravilo naročal v razmerju 60:40. Posledično pa tudi ni mogoče pritrditi vlagatelju, da v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila umanjajo določbe o tem, na kakšen način bo naročnik uravnotežil dobavo dražjih in cenejših zdravil. Ker bo naročnik vsa zdravila naročal pri obeh dobaviteljih, pri čemer bo vsako posamezno zdravilo naročal v razmerju 60:40, bo posledično uravnotežena dobava dražjih in cenejših zdravil. Ker torej iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja, da bo naročnik vsako zdravilo kupoval pri obeh dobaviteljih, vlagateljevo navajanje, da *»si šola in vrtec oz. drug javni zavod po stališču Državne revizijske komisije ne moreta pridržati pravice, da skleneta okvirni sporazum po sklopih in potem izbirata samo najcenejše artikle iz sklopa«* in vlagateljevo sklicevanje na odločitev 018-009/2015, za konkretno zadevo ni pravno relevantno.

V nasprotju z mnenjem vlagatelja Državna revizijska komisija ugotavlja, da dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila ni sama s seboj v nasprotju v delu, ki se nanaša na naročnikovo preverjanje spoštovanja razmerja 60:40 v izvedbeni fazi. Iz 5.1.4 točke dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila namreč jasno, natančno in nedvoumno izhaja, da bo naročnik zagotovil elektronski sistem, ki mu bo omogočal spremljanje in spoštovanje razmerja 60:40, ter da bo spoštovanje razmerja preverjal najmanj vsake štiri (4) mesece, razen v zadnjem obdobju veljavnosti pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil. Vlagatelj sicer zatrjuje, da so odgovori naročnika, objavljeni na Portalu javnih naročil, glede preverjanja dobav nekonsistentni, vendar v zahtevku za revizijo navedenega ne konkretizira in niti ne pojasni, s katerimi odgovori, objavljenimi na Portalu javnih naročil, naj bi si naročnik prišel sam s seboj v nasprotje. Ne glede na navedeno Državna revizijska komisija na podlagi vpogleda v dosje zadevnega javnega naročila, objavljenega na Portalu javnih naročil, ugotavlja, da so naročnikovi odgovori, objavljeni na Portalu javnih naročil, v tem delu konsistentni, saj je naročnik večkrat pojasnil, da bo spoštovanje razmerja preverjal najmanj vsake štiri (4) mesece, razen za zadnje štirimesečno obdobje veljavnosti pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil. Prav tako v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni nejasnosti glede vprašanja, v katerem obdobju naročnik ne bo preverjal spoštovanja razmerja 60:40. Vlagatelj sicer pravilno navaja, da je naročnik v okviru odgovora, objavljenega na Portalu javnih naročil dne 7. 4. 2023 ob 13.04, pojasnil, da *»razmerja ne bo preverjal zgolj v zadnjem obdobju posameznega leta, za katerega bo imel sklenjeno pogodbo«* in da *»spoštovanje razmerja bo preverjal najmanj vsake štiri (4) mesece in da v zadnjem obdobju, za katerega je sklenjena ta pogodba, naročnik razmerja ne bo preverjal«*, vendar v izpostavljenem odgovoru, upošteva, da naročnik sklepa pogodbo o sukcesivni dobavi za obdobje enega leta, ni neskladnosti. Iz naročnikovega odgovora izhaja, da naročnik v času trajanja pogodbe ne bo preveril spoštovanja obveznosti za zadnje štirimesečno obdobje trajanja enoletne pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil.

V zvezi z revizijskimi navedbami, da naročnik vlagatelju ne zagotavlja izbire vseh zdravil po sklopih, ker naročnik v zadnjem obdobju ne bo preverjal spoštovanja razmerja 60:40, gre

poudariti, da naročnik v zadnjem obdobju zgolj ne bo preverjal spoštovanja razmerja 60:40, kar pa ne pomeni, da naročnik v zadnjem obdobju veljavnosti pogodbe predvidenega razmerja ne bo spoštoval. Poleg tega pa je ključno, da je tekom izvajanja predmeta javnega naročila spoštovano predvideno razmerje, ne pa, da naročnik preverja spoštovanje predvidenega razmerja. Ob tem gre še dodati, da če bo vlagatelju oddan kateri izmed sklopov in bo vlagatelj v izvedbeni fazi ocenjeval, da naročnik v zadnjem obdobju veljavnosti pogodbe ni spoštoval predvidenega razmerja, bo lahko kot pogodbeni stranka pred pristojnim sodiščem uveljavljal (morebitno) naročnikovo kršitev pogodbenih obveznosti.

Zavrni gre tudi revizijske navedbe o naročnikovi kršitvi, ker je predvidel, da bo naročal v razmerju 60:40, »*razen v primeru objektivnih okoliščin*«. Zaradi umanjkanja natančnejše opredelitve pojma »*objektivne okoliščine*«, naročniku ni mogoče očitati kršitev določb ZJN-3, saj gre za pravni standard, torej nedoločen pravni pojem. Vseh okoliščin, ki bi jih bilo mogoče šteti za objektivne okoliščine, že po naravi stvari vnaprej niti ni mogoče predvideti. Ni mogoče oziroma neživljenjsko je 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. Kot že pojasnjeno, če bo vlagatelju oddan kateri izmed sklopov in bo v izvedbeni fazi ocenjeval, da naročnik v njegovo škodo ni spoštoval razmerja 60:40 in za nespoštovanje razmerja ne obstojijo objektivne okoliščine, bo lahko kot pogodbeni stranka pred pristojnim sodiščem uveljavljal (morebitno) naročnikovo kršitev pogodbenih obveznosti.

Državna revizijska komisija ni presojala, ali je določba dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila glede odstopa od predvidenega razmerja v primeru objektivnih okoliščin oblikovana skladno z določbo prvega odstavka 95. člena ZJN-3. Omenjena določba ureja dopustne spremembe že sklenjene pogodbe o izvedbi javnega naročila in okvirnega sporazuma brez izvedbe novega javnega naročila, zato lahko do kršitve te določbe po naravi stvari pride šele po sklenitvi pogodbe o izvedbi javnega naročila oz. okvirnega sporazuma. Šele ko (in če) bi naročnik v izvedbeni fazi spremenil okvirni sporazum, bi se lahko odprlo vprašanje, ali je sprememba okvirnega sporazuma skladna z določbami 95. člena ZJN-3. V obravnavanem primeru, ko naročnik še ni sklenil okvirnega sporazuma, ampak šele izbira stranke okvirnega sporazuma, do kršitve 95. člena ZJN-3 tudi še ni moglo priti. Presoja, ali sporna določba omogoča spremembo okvirnega sporazuma oz. pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil, ki bi bila skladna s 95. členom ZJN-3, bi se zato 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.

Upošteva je navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj ni izkazal naročnikovih kršitev, ko je predmet javnega naročila na ravni posameznega naročnika in posamezne vrste zdravil količinsko razdelil na dva sklopa in ko je predvidel omejitev števila sklopov, ki se lahko oddajo posameznemu ponudniku oz. ko je predvidel, da je lahko posameznemu ponudniku oddan samo en sklop na ravni posameznega naročnika in posamezne vrste zdravil, s tem povezane revizijske navedbe pa gre zavrniti kot neutemeljene. Prav tako Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni izkazal naročnikovih kršitev pri oblikovanju določb, vezanih na naročanje zdravil v razmer 60:40 v izvedbeni fazi.

2. Glede obveznosti dobave novih zdravil

Vlagatelj v zahtevku za revizijo navaja, da je zahteva, da mora ponudnik dobavljati nova zdravila po pogojih iz ponudbe, oblikovana v nasprotju z načelom transparentnosti in načelom sorazmernosti. Ponudniki nimajo zadosti informacij glede novih zdravil, da bi lahko oblikovali

popust, saj ob oddaji ponudbe ni mogoče predvideti, katera nova zdravila bo naročnik potreboval, v kakšnih količinah in kakšna bo njihova cena. O tem bodo ponudniki različno predvidevali in bodo posledično oblikovali popuste na podlagi različnih izhodiščih, naročnik pa bo prejel neprimerljive ponudbe. Naročnik bi moral za nova zdravila odpreti konkurenco med strankami okvirnega sporazuma. Sporna zahteva glede novih zdravil tudi ni oblikovana skladno s prvim odstavkom 95. člena ZJN-3, saj naročnik ni opredelil obsega novih zdravil.

Naročnik na drugi strani zatrjuje, da je zahteva glede dobave novih zdravil oblikovana pogojno.

Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika vztraja, da so skladno z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ponudniki dolžni dobavljati nova zdravila – takšna zahteva izhaja tudi iz ZZdr-2, saj so veletrgovci dolžni dobavljati vsako zdravilo, ki je na trgu, na to dolžnost pa ne more vplivati »poslovna politika dobavitelja«.

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.

Med strankama je v tem delu najprej sporno, ali se ponudniki s ponudbo zavezujejo k dobavi novih zdravil po pogojih iz ponudbe. Vlagatelj zatrjuje, da iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja obveznost dobaviteljev dobavljati nova zdravila po pogojih iz ponudbe (posledično pa so ponudniki že ob pripravi ponudbe pri oblikovanju popustov dolžni upoštevati nova zdravila), medtem ko naročnik na drugi strani zatrjuje, da je zahteva glede dobave novih zdravil oblikovana pogojno – dobavitelj jih bo dobavljal po pogojih iz ponudbe, če mu bo to dopuščala njegova poslovna politika.

Državna revizijska komisija na podlagi vpogleda v prvotno dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila (ki je bila objavljena na Portalu javnih naročil dne 2. 3. 2023) ugotavlja, da je naročnik glede novih zdravil predvidel pogojno obveznost. Naročnik je namreč v 3. členu vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta predvidel, da se bo, če bo tekom izvajanja te pogodbe potreboval nova zdravila, ki niso bila predmet ponudbe, z dobaviteljem dogovoril za dobavo teh zdravil. Na drugi strani pa se dobavitelj obvezuje, da bo naročniku, v kolikor bo z novimi zdravili razpolagal in jih bo skladno s poslovno politiko sposoben dobaviti, dobavil vsa nova zdravila, ki sodijo v posamezen sklop in jih bo naročnik potreboval v času izvajanja pogodbe.

V zvezi z določbami, vezanimi na nova zdravila, je naročnik prejel več vprašanj zainteresiranih gospodarskih subjektov, na katere je odgovoril na Portalu javnih naročil, s čimer so ti postali del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (prvi odstavek 67. člena ZJN-3 in druga poved drugega odstavka 67. člena ZJN-3). Naročnik je večkrat pojasnil, da je zahteva naročnika glede dobave novih zdravil oblikovana pogojno in da je odvisna od zmožnosti dobavitelja (glej odgovora, objavljena dne 21. 3. 2023 ob 14.02 in dne 7. 4. 2023 ob 10.44) ter da bo dobavitelj novo zdravilo dobavil, če bo z njim razpolagal in ga bo skladno s poslovno politiko sposoben dobaviti (glej odgovora, objavljena dne 21. 3. 2023 ob 14.02 in dne 21. 3. 2023 ob 14.29).

Pritrđiti gre vlagatelju, da je naročnik na Portalu javnih naročil pojasnil, da je »ponudnik dolžan dobaviti tudi nova zdravila, razen v kolikor to iz objektivnih razlogov ne bi mogel. Naročnik namreč od ponudnikov zahteva, da si prizadevajo dobavljati tudi nova zdravila. Ponudnik, ki novega

zdravila ne bi mogel dobaviti, bo moral na zahtevo naročnika dokazati, da si je prizadeval novo zdravilo naročiti, a to iz objektivnih razlogov ni bilo mogoče» (odgovora, objavljena dne 7. 4. 2023 ob 10.22 in ob 13.04). Vendar tudi če bi bilo treba citirani odgovor naročnika razumeti na način, da naročnik od ponudnikov zahteva dobavo novih zdravil po pogojih iz ponudbe, in da je naročnik torej s tem odgovorom spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila v relevantnem delu, gre ugotoviti, da je naročnik po objavi tega odgovora na Portalu javnih naročil v okviru popravka JN001160/2023-K05 (objava na Portalu javnih naročil dne 17. 4. 2023), objavil popravek dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, v okviru katere je v 3. členu vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil navedeno:

»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, dobavil 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 je predstavljeno določbo 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.

Vlagateljeve interpretacije dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (torej, da bodo dobavitelji dolžni dobavljati nova zdravila po pogojih iz ponudbe) tudi ne potrjuje Priloga št. 7, katero so ponudniki dolžni predložiti v ponudbo in s katero izjavijo, da si bodo, če se bo pojavila potreba po novih zdravilih, prizadevali dobaviti novo zdravilo. Zgolj ponudnikova zaveza, da si bo prizadeval dobavljati tudi nova zdravila (torej gre za obligacijo prizadevanja) namreč še ne vzpostavlja obveznosti dobave novih zdravil. Vlagatelj tudi ne more utemeljiti navedb o obveznosti dobave novih zdravil s sklicevanjem na ZZdr-2. Četudi so veletrgovci skladno z ZZdr-2 dolžni zagotavljati in dobavljati javnim zavodom vsa zdravila (torej tudi t.i. nova zdravila), pa ZZdr-2 veletrgovcem ne nalaga obveznosti, da zdravila dobavljajo po pogojih iz ponudbe, ki je predložena v postopku oddaje javnega naročila. Kot že navedeno, pa pravice in obveznosti strank po drugih (področnih) predpisih ne morejo biti predmet postopka pravnega varstva.

Ker torej naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni predvidel, da so ponudniki dolžni dobavljati nova zdravila po pogojih iz ponudbe, se kot neutemeljene izkažejo vlagateljeve navedbe o tem, da zaradi novih zdravil ni mogoče oblikovati popustov in da se ponudniki z oddajo ponudbe ne morejo zavezati k dobavi nedoločenega in neznanega blaga. 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 po pogojih iz ponudbe.

V zvezi z navedbami vlagatelja, da določbe glede novih zdravil niso oblikovane skladno z dikcijo prvega odstavka 95. člena ZJN-3, gre ponoviti, da predmet postopka pravnega varstva ne more biti vprašanje, ali posamezna določba dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila omogoča dopustno spremembo okvirnega sporazuma oz. pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil. Takšna presoja (upoštevaje, da naročnik še ni spremenil okvirnega sporazuma oz. pogodbe o sukcesivni dobavi) bi se 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. Šele ko (in če) bi naročnik v izvedbeni fazi spremenil okvirni sporazum, bi se lahko odprlo vprašanje, ali je sprememba okvirnega sporazuma skladna z določbami 95. člena ZJN-3.

Upoštevanje 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.

3. Glede objave cenika zdravil in prodaje zdravil po cenah iz cenika

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da naročnik zahteva objavo cenika za nova zdravila in prodajo zdravil po cenah iz cenika vsem zavodom. Takšna zahteva je oblikovana v nasprotju z načelom sorazmernosti. Naročnik ne more določiti zahtev, ki veljajo za naročnike, ki niso vključeni v predmetno javno naročilo. Ponudnikova odločitev je, po kakšni ceni bo prodajal zdravila subjektom, ki niso vključeni v to javno naročilo, kot tudi, ali in kje bo imel objavljen cenik.

Naročnik na drugi strani navaja, da se določbe glede objave cenika in veljavnosti cenika ne nanašajo na fazo postopka oddaje javnega naročila, temveč na fazo izvajanja predmeta javnega naročila. Naročnik v nadaljevanju vsebinsko zavrača očitke in navaja, da je zahteva glede opredelitve cene novega zdravila in glede objave cenika povezana s predmetom javnega naročila, saj so lahko predmet dobav tudi nova zdravila. Zahteve se nanašajo na konkretno javno naročilo in veljajo za vse javne naročnike tega javnega naročila. Sporni zahtevi se nanašata na nova zdravila, ki jih dobavitelj ni dolžan dobavljati.

Na podlagi vpogleda v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila gre ugotoviti, kar med strankama ni sporno, da je naročnik v sklopih, katerih predmet so zdravila, ki nimajo določene cene v CBZ, zahteval, da ima dobavitelj na svoji spletni strani ali na B2B portalu, do katerega ima naročnik dostop, javno dostopen cenik zdravil, ki nimajo v CBZ določene cene. Ta cenik bo veljal v primeru nabave novih zdravil in bo veljal »za vse javne lekarniške zavode« (glej Prilogo št. 7, 7. člen vzorca okvirnega sporazuma in 3. ter 6. člen vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept).

Državna revizijska komisija pritrjuje naročniku, da se sporne določbe glede objave cenika ne nanašajo na fazo postopka oddaje javnega naročila, temveč na fazo izvajanja predmeta javnega naročila. Določbe glede objave cenika zdravil 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 bodo uporabile šele po zaključenem postopku oddaje javnega naročila in po sklenitvi pogodbe o izvedbi predmetnega naročila z izbranim ponudnikom. Ob tem gre ugotoviti, da naročnik ni zahteval javne objave cenika, kot to smiselno zatrjuje vlagatelj, saj lahko sklenitelj okvirnega sporazuma objavi cenik tudi na spletnem portalu B2B. 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. Vsi gospodarski subjekti so glede objave cenika zdravil v enakem položaju. Državna revizijska komisija ugotavlja, da sporne določbe glede objave cenika 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. člena ZPVPJN. Državna revizijska komisija zato revizijskih navedb, vezanih na objavo cenika, vsebinsko ni obravnavala.

Glede očitkov, da je naročnik v tem postopku določil zahteve, ki se nanašajo na javne zavode, ki niso vključeni v predmetno javno naročilo, gre ugotoviti, da vlagatelj nepravilno interpretira zahtevo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila glede veljavnosti cenikov. Naročnik je sicer res v izpostavljenem delu dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila navedel, da objavljeni cenik velja »za vse javne lekarniške zavode«, vendar tega ni mogoče razumeti na način, da objavljeni cenik velja za vse javne lekarniške zavode v Republiki Sloveniji, kot to zatrjuje vlagatelj, pač pa gre ta naročnikov zapis razumeti na način, da velja za tiste javne lekarniške zavode, ki so vključeni v predmetno javno naročilo. Navedeno je razvidno tudi iz naročnikovega odgovora, ko je na očitek potencialnega ponudnika, da »eventualno lahko postavi pogoje, ki veljajo za naročnike, ki so udeleženi v predmetnem javnem naročilu, ne pa tudi za vse ostale lekarniške zavode«, jasno odgovoril, da »pogoji, ki jih je določil naročnik, veljajo za predmetno javno naročilo in naročnike tega javnega naročila« (glej vprašanje in odgovor, objavljena dne 21. 3. 2023 ob 14.02). Upošteva se navedeno gre zavrniti revizijske navedbe, da je naročnik določil zahteve, ki veljajo za javne lekarniške zavode, ki niso vključeni v predmetni postopek javnega naročanja.

4. Glede spremembe cen zdravil, ki v CBZ nimajo določene cene

Vlagatelj v zahtevku za revizijo navaja, da je skladno z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila dobavitelj v izvedbeni fazi upravičen do povišanja cene, vendar šele po potrditvi s strani naročnika. Naročnik bi moral dopustiti, da ponudnik na podlagi spremembe cene proizvajalca takoj zaračuna novo ceno. Določbe glede spremembe cen niso oblikovane v skladu s 95. členom ZJN-3. Cena zdravil, ki nimajo določene cene v CBZ, se prosto oblikuje na trgu. Ker zahtevana

višina minimalnih popustov presega odstotke, ki ponudniku pripadajo kot plačilo za opravljanje storitev, bodo ponudniki v fazi oddaje ponudbe primorani dvigniti cene zdravil, kar bo povzročilo dvig maloprodajnih cen zdravil, posledično pa bodo pacienti na slabšem. Dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila je v tem delu tudi nejasna, saj ni jasno, ali naročnik zahteva višino nabavne cene ponudnika pred in po podražitvi ali zgolj obvestilo proizvajalca o dvigu cen za določen odstotek. V prvem primeru naročnik krši Zakon o poslovni skrivnosti (Uradni list RS, št. 22/2019; v nadaljevanju: ZPosS). Zaradi umanjkanja določitve korelacije med novo, spremenjeno ceno in popustom na obseg dobav, je porušeno merilo za izbor ponudnika.

Naročnik navaja, da lahko do kršitve 95. člena ZJN-3 pride šele v izvedbeni fazi in da so določbe glede spremembe cen oblikovane jasno, natančno in nedvoumno. Naročnik še dodaja, da vlagatelj za izpodbijanje določb o spremembi cen nima interesa, saj so v njegovo korist.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila (glej točko 11.1.3 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in 6. člen vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta) vključil določbe, ki se nanašajo na možnost zvišanja in znižanja cen zdravil, ki v CBZ nimajo določene cene. Glede zvišanja cen je naročnik predvidel:

»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«.

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), in da naročnik v okviru dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni predvidel *»določitve korelacije med novo, spremenjeno ceno in popustom na obseg dobav«*, gre pojasniti, da se lahko skladno s 95. členom ZJN-3 pogodba o izvedbi javnega naročila in okvirni sporazum spremenita brez novega postopka javnega naročanja tudi v delu, ki se nanaša na cene (na navedeno kaže tudi zakonska omejitev zvišanja cene v določenih primerih). Državna revizijska komisija ni presojala revizijskih navedb, da naročnik določb glede spremembe oz. zvišanja cen ni oblikoval skladno z določbami 95. člena ZJN-3, saj, kot že navedeno, 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. Šele ko (in če) bi v izvedbeni fazi prišlo do spremembe cen, bi se lahko odprlo vprašanje, ali je ta sprememba skladna z določbami 95. člena ZJN-3.

Sporne določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki se nanašajo na spremembo cen zdravil, ki nimajo v CBZ določene cene, v izvedbeni fazi, se ne nanašajo na fazo postopka oddaje javnega naročila, temveč na fazo izvajanja predmeta javnega naročila. Navedene določbe glede zvišanja 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. 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. člen ZPVPJN. Upošteva navedeno Državna revizijska komisija ni vsebinsko presojala revizijskih navedb, iz katerih izhaja vlagateljevo zavzemanje, da bi bili dobavitelji upravičeni zaračunati spremenjeno ceno zdravil že na podlagi spremembe cene proizvajalca zdravil (in ne šele po naročnikovi potrditvi spremenjene cene). Ne glede na navedeno pa gre še dodati, da iz revizijskih navedb niti ni razvidno, kaj konkretno vlagatelj očita naročniku v tem delu, poleg tega pa naročnik skladno z določbami ZJN-3 ponudnikom ni dolžan omogočiti spremembe (zvišanja) cen (morebitne spremembe cen bi lahko naročnik prepustil izvedbeni fazi in pravilom obligacijskega prava, ob omejitvah ZJN-3), posledično pa naročniku tudi ni mogoče očitati kršitev določb ZJN-3, ko je predvidel, da bo do spremembe cen prišlo šele po njegovi potrditvi spremembe cene.

Čeprav določba glede zvišanja cen v izvedbeni fazi vlagatelju ne otežuje ali preprečuje sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila, 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, lahko 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. 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.

V zvezi z vlagateljevimi navedbami, da ni jasno, ali naročnik kot dokazilo o zvišanju cene proizvajalca zahteva višino nabavne cene ponudnika pred in po podražitvi ali zgolj obvestilo proizvajalca o dvigu cen za določen odstotek (brez cen), gre ugotoviti, da naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila 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 v posledici navedenega dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila ni oblikovana v nasprotju z načelom transparentnosti javnega naročanja. Upošteva, 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 ZPosS .

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 je navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni izkazal naročnikovih kršitev pri oblikovanju določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, vezane na zvišanje cen zdravil brez cene določene v CBZ, v izvedbeni fazi.

5. Glede popustov

Vlagatelj v zahtevku za revizijo navaja, da je naročnik določil nesorazmerno visoke minimalne popuste, sploh upošteva dejstvo, da javni zavodi niso ustanovljeni z namenom pridobivanja dobička. Poleg tega naročnik zahteva 0,2 % popusta na predčasna plačila, čeprav popust na predčasna plačila ni sorazmeren s koristjo, ki jo ima vlagatelj od predčasnega plačila. Zaradi sporne zahteve je ponudnik omejen pri svobodni odločitvi, kakšne popuste/ugodnosti je pripravljen ponuditi.

Naročnik na drugi strani navaja, da je njegova poslovna odločitev, koliko je pripravljen plačati za predmet javnega naročila, in da Državna revizijska komisija v to odločitev naročnika ne more posegati. Zahtevana ugodnost na obseg dobav je povezana s predmetom javnega naročila, zahteva glede popusta na predčasna plačila pa se ne nanaša na fazo postopka oddaje javnega naročila, temveč na fazo izvajanja predmeta javnega naročila.

Iz 12.1.1. točke dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja, kar med strankama ni sporno, da je v okviru merila za oddajo javnega naročila v vseh sklopih relevantna tudi »*ugodnost na obseg poslovanja*«, pri čemer lahko ponudnik ponudi le stopnjo ugodnosti za obseg dobav, ki je enaka ali višja od vrednosti minimalne stopnje ugodnosti za obseg dobav, ki je razvidna iz Prilog A, v katerih je naročnik za vsak sklop navedel zahtevane minimalne stopnje ugodnosti za obseg dobav.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da kljub naročnikovi umestitvi sporne zahteve glede minimalne zahtevane stopnje ugodnosti v poglavje dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki se nanaša na merila, sporna zahteva po svoji naravi ne predstavlja merila za oddajo javnega naročila, saj je izločitvene narave in kot takšna predstavlja kvalifikacijski prag, ki ga mora ponudnik v celoti izpolniti, če hoče konkurirati za pridobitev naročila. Državna revizijska komisija nadalje ugotavlja (kot je to ob primerljivem dejanskem stanju ugotovila že v zadevah, št. 018-96/2021-89, 018-96/2021-90, 018-96/2021-91, 018-069/2022 in 018-092/2022, 018-139/2022-20, 018-003/2023-28 in 018-003/2023-29), da naročnikova zahteva glede minimalno zahtevane ugodnosti na obseg poslovanja (pod sankcijo zavrnitve ponudbe, v kateri bo ponujena nižja stopnja ugodnosti od minimalno zahtevane) predstavlja pravilo o zgornji (vrednostni) meji, po kateri je naročnik (še) pripravljen plačati enoto mere predmeta naročila. Z omenjeno zahtevo je naročnik predstavil nabavne pogoje oz. pogoje, pod katerimi je pripravljen zdravila kupiti – z omenjeno zahtevo je naročnik ponudnikom predstavil podatek o tem, koliko je še pripravljen plačati za zdravila oz. pod kakšnimi pogoji je pripravljen skleniti posamezne okvirne sporazume. Pravilo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, s katerim naročnik določi zgornjo (vrednostno) mejo, s katero označuje svojo pripravljenost plačevati nek predmet nabave, pa ni v nasprotju s predpisi o javnem naročanju, če je bilo to pravilo določeno vsem ponudnikom enako (7. člen ZJN-3) in jih je naročnik vse z njim seznanil (6. člen ZJN-3), ponudniki sami pa morajo

sprejeti odločitev, ali želijo sprejeti tako naročnikovo omejitev plačevanja za predmet naročila. Vsi ponudniki zato lahko na enakih osnovah (7. člen ZJN-3), ki so znane vnaprej (6. člen ZJN-3), samostojno z upoštevanjem vseh relevantnih tržnih tveganj oblikujejo ceno oz. popust (5. člen ZJN-3).

V zvezi z revizijskimi navedbami, da je naročnik vezan na načelo sorazmernosti, gre ugotoviti, da je zahteva glede zahtevane minimalne stopnje ugodnosti na obseg dobav po temelju vsekakor povezana s predmetom javnega naročila, saj se (posredno) nanaša na vrednost dobavljenih zdravil, prav tako pa je podana sorazmernost s cilji naročila – pridobitev predmeta javnega naročila po čim nižji ceni oz. z vsaj zahtevano stopnjo ugodnosti (oz. popusta). Neutemeljene pa so revizijske navedbe, da sporna zahteva posega v pravico gospodarskega subjekta o tem, kakšne popuste/ugodnosti je pripravljen ponuditi, saj naročnik s sporno zahtevo ne zahteva, da ponudniki ponudijo točno določeno ceno zdravila oz. točno določeno stopnjo ugodnosti na obseg dobav.

Glede na naravo sporne zahteve Državna revizijska komisija revizijskih navedb, vezanih na višino zahtevanega minimalnega odstotka ugodnosti na obseg dobav, vsebinsko ne more presoјati (prim. odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-096/2021-91, 018-069/2022, 018-092/2022, 018-003/2023-28 in 018-003/2023-29). Ali je naročnikova ocena o primernem plačilu za posamezno zdravilo pravilna in torej odraža realne cene na relevantnem trgu, ni stvar pravnih pravil, temveč razmer na trgu predmeta javnega naročila, ki se lahko odrazijo tudi v odzivu ponudnikov na posamezni javni razpis. Ponudnikov tako ni mogoče prisiliti, da oddajo ponudbe po cenah oz. da ponudijo zahtevano minimalno stopnjo ugodnosti na obseg dobav, ki jo ocenjujejo za nerealno ali previsoko ali zaradi katere bi ponudniki, kot gre razumeti vlagatelja, izvajali posel v lastno škodo. Če je naročnikova ocena glede višine zahtevane minimalne ugodnosti na obseg dobav nepravilna, se bo to izkazalo v postopku oddaje javnega naročila, saj naročnik ponudb ne bo prejel, posledično pa predmetnega javnega naročila v tem postopku oddaje javnega naročila ne bo mogel oddati in bo moral pri ponovni oddaji predmetnega javnega naročila ustrezno prilagoditi zahteve dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

Navedenega ne spreminjajo vlagateljeve navedbe, da lekarnе kot javni zavodi niso ustanovljeni z namenom pridobivanja dobička, ter vlagateljev prikaz dobička iz poslovanja za nekatere javne naročnike, vključene v predmetno javno naročilo. Državna revizijska komisija, ki po svoji funkciji predstavlja organ pravnega varstva, ki odloča o zakonitosti oddaje javnih naročil v vseh stopnjah postopka javnega naročanja (prvi odstavek 60. člena ZPVPJN), v revizijskem postopku, v katerem je zagotovljeno pravno varstvo le zoper kršitve v postopkih javnega naročanja (2. člen ZPVPJN), lahko ugotavlja (zgolj) skladnost ravnanja naročnika s pravili javnega naročanja (prim. npr. odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-081/2014, 018-008/2015, 018-065/2015, 018-073/2016). To pomeni, da je Državna revizijska komisija pristojna zgolj za presojo, ali je naročnik pri oblikovanju določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ravnal v skladu s predpisi, ki urejajo oddajo javnih naročil, ni pa Državna revizijska komisija ocenjevati način poslovanja naročnika, ki ga urejajo drugi predpisi. Ob tem gre še dodati, da po presoji Državne revizijske komisije ne more predstavljati kršitve določb ZJN-3, če se oseba s statusom javnega naročnika v postopku oddaje javnega naročila zavzema za pridobitev čim večje koristi oz. za pridobitev čim večjega dela popusta, ki bo namenjen njegovemu poslovanju.

Naročnik je določbo glede popusta na predčasna plačila vključil v vzorec okvirnega sporazuma, in sicer iz njegovega 9. člena 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.

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 ta ne nanaša na fazo postopka oddaje javnega naročila, temveč na fazo izvajanja predmeta javnega naročila. Navedena določba vzorca okvirnega sporazuma 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 glede popusta na predčasna plačila 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 popust na predčasna plačila, vsebinsko ni presojala.

Upošteva se navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni izkazal naročnikovih kršitev niti pri oblikovanju zahtev, vezanih na minimalne zahtevane stopnje ugodnosti na obseg dobav, niti pri oblikovanju zahteve, vezane na popust za predčasna plačila.

6. Glede spremembe lokacije in dobav

Vlagatelj zatrjuje, da si je naročnik pridržal pravico do spremembe urnika dobave in do spremembe lokacije dobave oz. do dodatnih lokacij dobave, kar pa ne vpliva na ponujeni popust. Enostransko spreminjanje pogodbe ni dopustno, sporna določba pa ni oblikovana v skladu s prvo točko prvega odstavka 95. člena ZJN-3, saj naročnik ni določil, v kakšnem obsegu lahko pride do spremembe.

Naročnik na drugi strani najprej navaja, da se določbe glede spremembe lokacij in dobav nanašajo na izvedbeno fazo, v nadaljevanju pa vsebinsko zavrača revizijske očitke.

Naročnik je v 14. členu vzorca okvirnega sporazuma določil:

»Dobavitelj se obvezuje dobaviti naročeno blago tudi na vse morebitne nove lokacije, na katerih bo naročnik izvajal svojo dejavnost v času trajanja tega okvirnega sporazuma ter se obvezuje upoštevati morebitne spremenjene čase dobav in/ali spremenjen delovni čas naročnika oziroma njegovih posameznih enot, kjer opravlja svojo dejavnost. Dobavitelj ni upravičen do nikakršnih dodatnih plačil zaradi navedenega (iz naslova nove lokacije ali spremenjenega urnika)«.

Glede revizijskih navedb, da je sporna določba oblikovana v nasprotju s 95. členom ZJN-3 in da bi moral naročnik, če si je pridržal pravico do spremembe pogodbe, sporno določilo oblikovati bolj natančno (oz. tako, da bi bilo razvidno kakšnem obsegu je sprememba možna), gre ponoviti, da določba 95. člena ZJN-3 ureja dopustne spremembe že sklenjene pogodbe o izvedbi javnega naročila in okvirnega sporazuma brez izvedbe novega javnega naročila. Do kršitve omenjene

določbe lahko zato po naravi stvari pride šele po sklenitvi pogodbe o izvedbi javnega naročila oz. okvirnega sporazuma. V obravnavanem primeru, ko naročnik še ni sklenil okvirnega sporazuma, ampak šele izbira stranke okvirnega sporazuma, do kršitve 95. člena ZJN-3 tudi še ni moglo priti. Zato bi se presoja, ali sporna določba omogoča spremembo okvirnega sporazuma, ki bi bila skladna s 95. členom ZJN-3, 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. Šele ko (in če) bi naročnik v izvedbeni fazi spremenil okvirni sporazum, bi se lahko odprlo vprašanje, ali je sprememba okvirnega sporazuma skladna z določbami 95. člena ZJN-3.

Poleg tega gre tudi glede izpostavljene določbe vzorca okvirnega sporazuma ugotoviti, da se ne nanaša na pogoje, izključitvene razloge ali druge zahteve, ki bi jih moral izpolnjevati ponudnik, da bi lahko sodeloval v postopku oddaje javnega naročila oz. da bi dokazal usposobljenost za izvedbo naročila. Določba prav tako ne vsebuje nobenih elementov, ki bi predstavljali merila oz. na podlagi katerih bi naročnik ponudnike razvrščal od najbolj do najmanj ugodnega. Sporna določba se tako ne nanaša na fazo postopka oddaje javnega naročila, temveč na fazo izvajanja predmeta javnega naročila. Glede na navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da obravnavana 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. Odločitev, 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. Ponudnik ima, kot samostojen subjekt na trgu, možnost, da v ponudbeno ceno vključi vsa tveganja, tudi tista, ki presegajo njegova (običajna) predvidevanja in s tako ceno konkurira z drugimi ponudniki na javnem naročilu. Pri tem je nujno, da naročnik zagotovi, da imajo vsi ponudniki enak izhodiščni položaj, ki je podlaga za ocenjevanje in odločitev o prevzemu tveganj. V obravnavanem primeru so vsi subjekti glede novih lokacij dobav in sprememb urnika dobav v enakem izhodiščnem položaju, ki je podlaga za ocenjevanje in odločitev o prevzemu tveganj. Ali, kako in koliko bo gospodarski subjekt vključil takšno tveganje v ponudbeno ceno, pa je lastna odločitev vsakega gospodarskega subjekta. Državna revizijska komisija ugotavlja, da gre od vlagatelja, ki je strokovnjak na svojem področju, ob enakem izhodiščnem položaju pričakovati, da bo glede na razpoložljive podatke in upoštevajoč lastne izkušnje (in tudi preteklo sodelovanje z naročniki) zmožni finančno ovrednotiti tveganja, vezana na dodatne dobave oz. spremembo urnika dobav, in tako z vključitvijo teh stroškov oblikovati konkurenčno ponudbeno ceno oz. popust. V kolikor vlagatelj ugotovi, da vseh tveganj v ponudbeni ceni ne more zajeti ali da bi z oblikovanjem določene ponudbene cene oz. popusta nase prevzel preveliko breme, je na njem odločitev, ali bo na javnem naročilu s predložitvijo ponudbe sploh sodeloval.

7. Glede preverjanja v izvedbeni fazi, finančnega zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti in odstopa od pogodbe

Vlagatelj v zahtevku za revizijo še zatrjuje, da je dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila oblikovana v nasprotju z načelom transparentnosti v delu, ki se nanaša na preverjanje sposobnosti ponudnika dobaviti vse artikle. Način preverjanja ni opredeljen, poleg tega si je naročnik pridržal pravico preverjanja, kar mu omogoča arbitrarno ravnanje v izvedbeni fazi. Sankcija unovčitve finančnega zavarovanja je glede na obseg dobav nesorazmerna. Naročnik ni jasno določil, v katerih primerih bo unovčil finančno zavarovanje, prav tako dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila ni jasna v delu, ki se nanaša na odstop od pogodbe. Ker si je naročnik

pridržel pravico odstopa od pogodbe, mora jasno in vnaprej določiti pogoje, ki bodo podlaga za odstop, v nasprotnem primeru bo njegovo ravnanje v izvedbeni fazi arbitrarno.

Naročnik na drugi strani navaja, da se izpodbijane določbe nanašajo na izvedbeno fazo.

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 zagotavljali stalen in ustrezen nabor zdravil, ki so lahko v prometu v skladu z obveznostjo opravljanja storitev v javnem interesu, in da si bodo prizadevali, da bodo imeli na zalogi vse artikule, ki sodijo v sklop, za katerega so oddali ponudbo in bi jih naročnik potreboval in bodo v času povpraševanja naročnika dobavljivi na trgu. Naročnik je na Portalu javnih naročil pojasnil, da si pridržuje pravico to izjavo preveriti (tudi) tekom izvajanja pogodbe na način, da bo bodisi zahteval predložitev izjave ali drugih ustreznih dokazil, ki izkazujejo zaloge zdravil pri posameznem dobavitelju (glej odgovora, objavljena na Portalu javnih naročil dne 21. 3. 2023 ob 14.12 in dne 7. 4. 2023 ob 10.25).

Državna revizijska komisija ugotavlja, da kljub naročnikovi umestitvi zahtev glede zagotavljanja nabora zdravil in glede prizadevanja, da bodo imeli na zalogi vsa potrebna zdravila, 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. Kot pa že pojasnjeno, morajo biti vse določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, tudi tiste, ki se nanašajo na fazo izvajanja predmeta javnega naročila, oblikovane v skladu z načelom transparentnosti.

Revizijskim navedbam, da so določbe, vezane na naročnikovo preverjanje v izvedbeni fazi, oblikovane v nasprotju z načelom transparentnosti javnega naročanja, Državna revizijska komisija ne more pritrditi. Iz naročnikovega odgovora, objavljenega na Portalu javnih naročil, namreč jasno, natančno in nedvoumno izhaja, da bodo lahko dobavitelji izkazali izpolnjevanje zahteve glede zagotavljanja ustreznih zalog zdravil z izjavo ali drugih ustreznih dokazil, ki izkazujejo zaloge zdravil pri posameznem dobavitelju. Ker naročnik ni določil zaprtega kroga možnih dokazil (naročnik je namreč uporabil besedno zvezo »*druga ustrezna dokazila*«), je dobaviteljem prepuščeno, da v izvedbeni fazi v primeru naročnikovega preverjanja z ustreznim dokazilom izkažejo ustrezne zaloge zdravil. Vlagatelj pa z navedbami, da lahko naročnik arbitrarno pri nekaterih dobaviteljih preverja, pri drugih pa ne, ne odpira vprašanje, ali je dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila oblikovana jasno, natančno in nedvoumno, temveč se zavzema za drugačen protokol preverjanja, s čimer pa vlagatelj, upošteva, da se določbe glede preverjanja v izvedbeni fazi ne nanašajo na fazo postopka oddaje javnega naročila, temveč na fazo izvajanja predmeta javnega naročila, ne more uspeti. Vlagatelj namreč ne glede na določbe, vezane na preverjanje zalog v izvedbeni fazi, v zvezi z njimi nima obveznosti, vezanih na pripravo ponudbe, oziroma obveznosti, vezanih na njegovo sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila. Te določbe se bodo eventualno uporabile šele po zaključenem postopku oddaje javnega naročila in po sklenitvi pogodbe o izvedbi predmetnega naročila z izbranim ponudnikom. Državna revizijska komisija ugotavlja, da sporne določbe glede preverjanja v izvedbeni fazi 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.

V zvezi z vlagateljevimi navedbami, povezanimi s finančnim zavarovanjem za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti, gre ugotoviti, da so razlogi za unovčenje finančnega zavarovanja za

dobro izvedbo pogodbenih obveznosti določeni v 25. in 26. členu vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta. Tudi te določbe se ne nanašajo na fazo postopka oddaje javnega naročila, pač pa na fazo izvajanja predmeta javnega naročila. Kot pa že pojasnjeno, morajo biti vse določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, tudi tiste, ki se nanašajo na fazo izvajanja predmeta javnega naročila, oblikovane v skladu z načelom transparentnosti.

Zavrni gre revizijske navedbe o naročnikovi kršitvi načela transparentnosti javnega naročanja, saj Državna revizijska komisija, v nasprotjem z mnenjem vlagatelja, ugotavlja, da je naročnik (v 25. in 26. členu vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta) jasno, natančno in nedvoumno opredelil razloge za unovčenje finančnega zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti. Iz revizijskih navedb in vlagateljevega citiranja vprašanja, objavljenega na Portalu javnih naročil dne 7. 4. 2023 ob 10.44, je razvidno vlagateljevo zavzemanje, da bi naročnik predvidel drugačne razloge za unovčenje finančnega zavarovanja oz. nasprotovanje predvidenim razlogom za unovčenje finančnega zavarovanja, in sicer, da kot razlog za unovčenje finančnega zavarovanja ne bi bila predvidena že vsaka izvajalčeva neizpolnitev obveznosti v dogovorjeni kvaliteti, količini ali roku, temveč da bi naročnik kot unovčitveni razlog predvidel »*zamuda 3x zaporedoma, zamuda 6 ur, odstop količine 5%, upoštevanje defektur,...*«. Vlagatelj z navedenim zavzemanjem, upošteva, da se določbe finančnega zavarovanja ne nanašajo na fazo postopka oddaje javnega naročila, temveč na fazo izvajanja predmeta javnega naročila, ne more uspeti. Določbe glede unovčenja navedenega finančnega zavarovanja 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. Omenjene določbe veljajo za vse gospodarske subjekte na enak način in v enakem obsegu (7. člen ZJN-3).

Državna revizijska komisija ugotavlja, da sporne določbe glede finančnega zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti vlagatelju ne otežujejo ali preprečujejo sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila in kot takšne ne posegajo v njegov položaj (potencialnega) ponudnika na način, da bi mu zaradi njih nastala pravno relevantna škoda v smislu 14. člena ZPVPJN. Upošteva navedeno Državna revizijska komisija revizijskih navedb, vezanih na razloge za unovčenje finančnega zavarovanja, in revizijskih navedb, da je sankcija unovčitve finančnega zavarovanja nesorazmerna glede na predviden obseg dobav, vsebinsko ni presojalna.

Vlagatelj tudi ne more uspeti z navedbami, vezanimi na naročnikove razloge za odstop od pogodbe, ki so opredeljeni v 26. členu vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil brez recepta. V omenjeni določbi je naročnik jasno, natančno in nedvoumno opredelil razloge za njegov odstop od pogodbe. Pritrditi gre sicer vlagatelju, da je naročnik na Portalu javnih naročil na vprašanje, objavljeno na Portalu javnih naročil dne 7. 4. 2023 ob 10.25, pojasnil, da »lahko« odstopi od pogodbe in unovči finančno zavarovanje, vendar zaradi dejstva, ker si je naročnik izrecno pridržal možnost odstopa (in možnost unovčevanja finančnega zavarovanja) in ni predvidel »obveznosti« odstopa od pogodbe (in unovčitve finančnega zavarovanja) v primeru nastopa odstopnih razlogov, naročniku ni mogoče očitati kršitev določb ZJN-3. Odstop od pogodbe (kot tudi unovčenje finančnega zavarovanja) je po svoji naravi oblikovalna pravica (opcija), ki oblikovalnemu upravičencu daje pravno možnost uresničitve, ne pa tudi obveznost njene uresničitve.

8. Sklepno

Upoštevajoč vse navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v delu zahtevka za revizijo, v kateremu mu ni ugodil že naročnik z odločitvijo o zahtevku za revizijo, ni izkazal

naročnikovih kršitev pri oblikovanju določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, zato je na podlagi prve alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN zahtevke za revizijo v delu, v katerem mu ni ugodil že naročnik z odločitvijo o zahtevku za revizijo z dne 29. 5. 2023, 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. Odločitev o stroških postopka pravnega varstva je odvisna od utemeljenosti zahtevka za revizijo (glej tretji oziroma četrti odstavek 70. člena ZPVPJN).

Vlagatelj je uspel z zahtevkom za revizijo v delu, v katerem mu je ugodil naročnik, posledično pa je naročnik, v sorazmerju z doseženim uspehom v postopku pravnega varstva (prim. drugi odstavek 154. člena Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/1999 s sprem.) v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN) v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN) zahtevi vlagatelja za povrnitev stroškov z odločitvijo o zahtevku za revizijo delno ugodil, in sicer mu je priznal stroške v višini 848,96 EUR, višjo stroškov zahtevo pa je naročnik zavrnil (vlagatelj temu delu priznanih stroškov ni nasprotoval). Ob upoštevanju navedenega in ob upoštevanju, da se preostali (nepriznani) del stroškov nanaša na del zahtevka za revizijo, v katerem vlagatelj ni uspel, je Državna revizijska komisija zavrnila zahtevo vlagatelja za povrnitev stroškov v presežku nad stroški, ki mu jih je priznal že naročnik, vključno s priglašenimi stroški v vlogi z dne 1. 6. 2023.

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.