

Številka: 018-139/2022-20

Datum: 24. 1. 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 Aleksandra Petrovčiča, kot predsednika senata, ter dr. Mateje Škabar in Marka Medveda, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Skupno javno naročilo dobave zdravil brez recepta in živil za posebne zdravstvene namene za potrebe 11 javnih zavodov*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja Kemofarmacija, d.d., Cesta na Brdo 100, Ljubljana, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniki Šelih & partnerji, o.p., d.o.o., Komenskega ulica 36, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika in pooblaščenega naročnika Koroška lekarna, Ob Suhi 9, Ravne na Koroškem (v nadaljevanju: naročnik), dne 24. 1. 2023

odločila:

1. Ugotovi se, da je naročnik s spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila konkludentno ugodil zahtevku za revizijo v delu, ki se nanaša na Prilogo 6 – Specifikacija s cenami, in v delu, ki se nanaša na razdelitev zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, na dva sklopa.

V preostalem delu se zahtevki za revizijo zavrne kot neutemeljen.

2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 2.933,70 EUR v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.

Obrazložitev:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu je bilo objavljeno na Portalu javnih naročil dne 31. 10. 2022, pod št. objave JN007400/2022-B01, in v Uradnem listu EU dne 2. 11. 2022, pod št. objave 2022/S 211-606732. Naročnik izvaja postopek javnega naročanja po odprtem postopku v svojem imenu in za svoj račun ter v imenu in za račun desetih (10) posameznih naročnikov.

Vlagatelj je pred potekom roka za predložitev ponudb z vlogo z dne 15. 11. 2022 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga razveljavitev celotnega postopka javnega naročanja in povrnitev stroškov postopka pravnega varstva. Vlagatelj zatrjuje, da so določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila oblikovane v nasprotju s temeljnimi načeli javnega naročanja in drugimi zavezujočimi določbami Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3).

Naročnik je s sklepom z dne 25.11. 2022 zavrnil vlagateljev zahtevek za revizijo kot neutemeljen in zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 25. 11. 2022 odstopil dokumentacijo v postopku oddaje predmetnega javnega naročila ter dokumentacijo predrevizijskega postopka.

Vlagatelj v vlogi z dne 30. 11. 2022, s katero se je opredelil do navedb naročnika, vztraja pri revizijskih navedbah.

Naročnik v vlogi z dne 14. 12. 2022 navaja, da je spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila.

Vlagatelj je dne 16. 12. 2022 vložil vlogo »Dopolnitev zahtevka za revizijo«, v kateri kot sporne izpostavlja spremenjene določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Ker je vlagatelj omenjeno vlogo posredoval izključno Državni revizijski komisiji, jo je ta odstopila naročniku v reševanje.

Naročnik je dopolnitev zahtevka za revizijo zavrnil s sklepom z dne 29. 12. 2022, vlagatelj pa se je do naročnikovih navedb opredelil z vlogo z dne 4. 1. 2023.

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 je vložil zahtevek za revizijo zoper posamezne določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Pred vsebinsko obravnavo zahtevka za revizijo Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik predmetno javno naročilo, ki ga je razdelil na sklope, oddaja po odprtem postopku z namenom sklenitve okvirnega sporazuma z enim gospodarskim subjektom za obdobje 4 let. Predmet javnega naročila je sukcesivna dobava treh vrst blaga:

- zdravil brez recepta, katerih cena je določena v Centralni bazi zdravil (v nadaljevanju: CBZ),
- zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ in ki se prodajajo le v lekarnah in
- živila za posebne zdravstvene namene, ki so uvrščena v CBZ in imajo dogovorjeno ceno.

Naročnik je predmet javnega naročila razdelil na 55 sklopov, in sicer je za vsakega posameznega naročnika oblikovanih 5 sklopov:

- dva sklopa za zdravila brez recepta, katerih cena je določena v CBZ (sklopi z oznako PV), pri čemer se sklopa razlikujeta le po količini zdravil,
- en sklop za zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ (sklopi z oznako NO) in
- dva sklopa za živila za posebne zdravstvene namene na recept, katerih cena je določena v CBZ, ki so količinsko razdeljena na dva sklopa (sklopi z oznako Ž), pri čemer se sklopa razlikujeta le po količini živil.

Naročnik je po prejemu zahtevka za revizijo večkrat spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, med drugim tudi na način, da je zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, količinsko razdelil na dva sklopa. Po spremembi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega

naročila sta tako za vsakega posameznega naročnika za vsako posamezno vrsto blaga (zdravil brez recepta, katerih cena je določena v CBZ, zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, in živil za posebne zdravstvene namene, ki so uvrščena v CBZ in imajo dogovorjeno ceno) oblikovana dva sklopa. Predmet javnega naročila je tako razdeljen na 66 sklopov (vsak posamezni naročnik ima oblikovanih 6 sklopov).

1. Glede Priloge 6 – Specifikacija s cenami

Vlagatelj zatrjuje, da je predmet sklopov z zdravili, katerih cena ni določena v CBZ, neobstoječ in nemogoč, saj Priloga 6 – Specifikacija s cenami, v kateri ponudniki za vse postavke vpišejo ponudbeno ceno, vsebuje zdravila, ki so ali bodo v kratkem ukinjena, zato teh izdelkov ni mogoče ponuditi.

Naročnik na drugi strani navaja, da predmet javnega naročila ni opredeljen niti s Prilogo 5 niti s Prilogo 6. Zdravila, ki niso dobavljiva na trgu, niso predmet naročila in ne bodo predmet dobav. Ukinitve določenih zdravil tako ne vpliva na zmožnost ponudnikov, da sodelujejo v predmetnem postopku in da oblikujejo ceno – za ta zdravila lahko ponudijo ceno 0 EUR. Poleg tega je naročnik zdravila, ki jih izpostavlja vlagatelj v zahtevku za revizijo, črtal iz popisov in Priloge 6.

Vlagatelj v vlogi z dne 30. 11. 2022 navaja, da iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ne izhaja, da lahko ponudniki vpišejo ceno 0 EUR. Ponudnik ima lahko na zalogi zdravilo in zdravila ne ponudi po ceni 0 EUR, posledično pa je manj ugoden od ponudnika, ki ga nima na zalogi. Vlagatelj navaja dodatne izdelke, ki so bili ukinjeni, izdelke, ki se prodajajo tudi v specializiranih prodajalnah, in izdelke, ki imajo navedeno napačno nacionalno šifro.

Vlagatelj v dopolnitvi zahtevka za revizijo z dne 16. 12. 2022 navaja, da je naročnik spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, vendar Priloga 6 – Specifikacija s cenami nekaterih posameznih naročnikov še vedno vsebuje ukinjene izdelke, izdelke, ki se prodajajo v specializiranih prodajalnah, galenska zdravila in zdravila z napačno nacionalno šifro.

Naročnik v vlogi z dne 29. 12. 2022 vztraja, da ukinjena zdravila, izdelki, ki se prodajajo v specializiranih prodajalnah, galenska zdravila in izdelki z napačno nacionalno šifro niso predmet javnega naročila, ponudniki pa lahko v zvezi z njimi ponudijo ceno 0 EUR.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila tudi Excelova tabela Priloga 5 – Popis zdravil, v kateri je naročnik po posameznih sklopih pripravil popis zdravil in živil, z njihovimi ocenjenimi količinami, za obdobje enega leta. Pri tem je naročnik izrecno pojasnil, da je Popis zdravil in živil okviren in ni zavezujoč, saj bo vsak posamezni naročnik (tj. javni zavod) naročal blago glede na svoje dejanske potrebe (glej točko A.01 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila).

Del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je nadalje Excelova tabela Priloga 6 – Specifikacija s cenami, ki je relevantna izključno za sklope zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ. Naročnik je v omenjeni prilogi navedel zdravila, od ponudnikov pa je zahteval, da vnesejo ponudbeno ceno za posamezna zdravila, in sicer za vse postavke oz. za vsa zdravila, navedena v omenjeni prilogi, v nasprotnem primeru se šteje, da ponudnik ne ponuja vseh postavk in bo njegova ponudba izločena. Skupna ponudbena cena (ki predstavlja seštevek zmnožkov posameznih s strani naročnika zahtevanih količin zdravil in ponujene cene) je relevantna v okviru merila za oddajo javnega naročila v sklopih, katerih predmet so zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, saj je naročnik kot merilo za oddajo javnega naročila v teh sklopih določil najnižjo skupno ponudbeno ceno v EUR brez DDV z upoštevanom ugodnostjo na obseg poslovanja (glej točko B.04.B dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila).

Upoštevaje predstavljeni del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila gre pritrditi naročniku, da predmet ni določen s Prilogo 6 – Specifikacija s cenami, pač pa je predmet teh sklopov opredeljen opisno, in sicer zdravila brez recepta, ki v CBZ nimajo določene cene in ki so naprodaj izključno v lekarnah. Zaradi vključitve ukinjenih zdravil bodisi v Prilogo 5 (ki predstavlja popis izdelkov, ki je okviren) bodisi v Prilogo 6 predmet javnega naročila ni nemogoč in neobstoječ, kot to zatrjuje vlagatelj v zahtevku za revizijo. Vendar pa je Priloga 6 – Specifikacija s cenami relevantna v okviru merila za oddajo javnega naročila, zato jo je naročnik dolžan oblikovati skladno z načelom transparentnosti javnega naročanja oz. na način, da jo bodo lahko gospodarski subjekti razlagali oz. izpolnili na enak način, saj bodo na ta način imeli gospodarski subjekti enaka izhodišča za pripravo ponudb in oblikovanje ponudbene cene, kar omogoča zagotovitev spoštovanja načela enakopravne obravnave in zagotovitev učinkovite konkurence. Pri oblikovanju Priloge 6 – Specifikacija s cenami, ki je relevantna v okviru merila za oddajo javnega naročila, mora naročnik upoštevati tudi načelo sorazmernosti, saj mora biti merilo za oddajo javnega naročila povezano s predmetom javnega naročila (šesti odstavek 84. člena ZJN-3).

Vlagatelj je v postopku pravnega varstva zatrjeval, da so v Prilogo 6 – Specifikacija s cenami, vključena zdravila, ki so ali ukinjena (oz. bodo ukinjena) ali niso predmet zadevnega javnega naročila (galenska zdravila in zdravila, ki se prodajajo tudi v specializiranih prodajalnah) ali zdravila z napačno nacionalno šifro zdravila. Da v prvotno objavljeni Prilogi 6 ne bi bila navedena zdravila, ki jih vlagatelj izpostavlja v zahtevku za revizijo, ali da v Prilogi 6, objavljeni na Portalu javnih naročil dne 12. 12. 2022 (torej pred vložitvijo dopolnitve zahtevka za revizijo), ne bi bila navedena zdravila, ki jih vlagatelj izpostavlja v dopolnitvi zahtevka za revizijo, naročnik ne zatrjuje.

Nadalje gre ugotoviti, da je naročnik Prilogo 6 – Specifikacija s cenami po prejemu dopolnitve zahtevka za revizijo ponovno spremenil. Na podlagi vpogleda v Prilogo 6 - Specifikacija s cenami, ki jo je naročnik objavil na Portalu javnih naročil dne 23. 12. 2022, gre ugotoviti, da Priloga 6 - Specifikacija s cenami za nobenega posameznega naročnika ne vsebuje (več) izdelkov, ki jih je kot sporne v postopku pravnega varstva izpostavljal vlagatelj.

Upoštevaje navedeno Državna revizijska komisija ni presojala zakonitosti naročnikovega ravnanja, ko je v Prilogo 6 – Specifikacije s cenami vključil zdravila, ki jih kot sporna izpostavlja vlagatelj v postopku pravnega varstva. Vsebinska presoja omenjenega naročnikovega ravnanja v tem revizijskem postopku ni več potrebna, saj je naročnik že sam spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila na način, da sporna zdravila niso več vključena v Prilogo 6 – Specifikacije s cenami. Ker je naročnik že sam spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila na način, za katerega si je z vložitvijo zahtevka za revizijo prizadeval vlagatelj, odločitev Državne revizijske komisije tudi ne bi mogla (več) vplivati oz. izboljšati vlagateljevega pravnega položaja v postopku oddaje javnega naročila.

Vendar pa v posledici spremembe Priloge 6 zahtevka za revizijo ni mogoče označiti za neutemeljenega, kot to navaja naročnik v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo, saj je naročnik spremenil Prilogo 6 po vložitvi zahtevka za revizijo oz. po vložitvi dopolnitve zahtevka za revizijo. Državna revizijska komisija je naročnikovo spremembo Priloge 6, kljub naročnikovim ugovorom v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo, štela za konkludentno ugoditev zahtevku za revizijo v delu, ki se nanaša na Prilogo 6 – Specifikacija s cenami.

2. Merilo »ugodnost na obseg poslovanja«

Vlagatelj v zahtevku za revizijo in vlogi z dne 16. 12. 2022 navaja, da posamezni naročniki pri določitvi zahtevane ugodnosti na obseg poslovanja, ki dejansko predstavlja količinski popust, niso

upoštevali količinskega razmerja med sklopoma, posledično pa bodo izbrani ponudniki za sklope 2 v neenakopravnem položaju glede na izbrane ponudnike za sklope 1. Naročnik je zato kršil načelo enakopravne obravnave ponudnikov in določbo 73. člena ZJN-3. Zahtevane minimalne ugodnosti za sklope 2 so nesorazmerne predmetu javnega naročila, saj posamezni naročniki niso upoštevali, da je količina predvidenih artiklov v teh sklopih bistveno manjša kot v sklopih 1.

Vlagatelj nadalje zatrjuje, da je merilo »*ugodnost na obseg poslovanja*« nesorazmerno, saj se naročniki ne zavežejo k nakupu vsaj določene količine blaga in ne prevzemajo nobene zaveze glede količine naročil, čeprav posamezni naročniki takšne zaveze prevzemajo napram proizvajalcem in torej ni ovir za takšno zavezo. Zahteva glede minimalne ugodnosti na obseg poslovanja ne upošteva dejanskih zmožnosti veletrgovcev, saj je veletrgovska marža zamejena. Poleg tega je zahtevana enaka ugodnost na obseg dobave, ne glede na to, ali bo dobavljen en artikel ali 1000 artiklov. Sorazmerno s predmetom javnega naročila bi bilo, ali da bi se naročniki zavezali k nakupu določene količine blaga ali da bi se določila lestvica ugodnosti na obseg dobave glede na realizirano poslovanje v posameznem sklopu.

Naročnik na drugi strani navaja, da dejstvo, da lekarniški zavodi zahtevajo iste ali različne minimalne stopnje ugodnosti oz. popustov za sklope 1 in sklope 2, ne predstavlja razlikovanja med ponudniki, temveč razlikovanje med sklopi. Vsi ponudniki so v enakem položaju, saj morajo upoštevati vnaprej zahtevane minimalne stopnje ugodnosti. Minimalna stopnja ugodnosti na obseg poslovanja predstavlja nabavne pogoje oz. pogoj, pod katerim je pripravljen kupiti zdravilo. Ugodnost na obseg poslovanja, ki ne predstavlja količinskega popusta, se obračuna od dejanske vrednosti dobav in ne od ocenjene (predvidene) vrednosti izvršenih dobav. Naročnik se ni zavezal k nakupu določene količine blaga, saj ne more vnaprej določiti vrste in količine blaga, ki ga bo potreboval.

Vlagatelj v vlogi z dne 30. 11. 2022 vztraja pri revizijskih navedbah in dodaja, da čeprav gre za samostojna sklopa, je edina razlika med njima količina, zato je, kot je to pojasnila Državna revizijska komisija v odločitvi, št. 019-096/2021, treba oba sklopa obravnavati skupaj, saj lahko v nasprotnem primeru pride do neenakopravne obravnave ponudnikov. Zato je treba oba sklopa na ravni iste skupine primerjati medsebojno, upoštevaje količino in določitev minimalnih ugodnosti na obseg poslovanja. Tako kot vsak trgovec mora tudi naročnik znati oceniti, koliko blaga bo prodal. Oblikovanje popusta ni primerljivo z oblikovanjem ponudbene cene, saj naročnik v konkretnem primeru ne zahteva minimalnega popusta na artikel, ampak na celoten sklop, pri čemer cene artiklov nihajo od nekaj eurov do več sto eurov.

V dopolnitvi zahtevka za revizijo vlagatelj še dodaja, da je tudi v sklopih, katerih predmet so živila za posebne zdravstvene namene na recept, katerih cena je določena v CBZ (Ž), zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ (NO) in zdravila brez recepta, katerih cena je določena v CBZ (PV), merilo »*ugodnost na obseg poslovanja*« diskriminatorno in nesorazmerno predmetu javnega naročila in dodaja, da posamezni naročniki, kljub temu, da so prvotno oblikovani sklop količinsko razdelili na dva sklopa, niso prilagodili višine minimalne zahtevane ugodnosti na obseg poslovanja zmanjšanim obsegom sklopov.

Kot že pojasnjeno, po spremembi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je vsak posamezni naročnik vsako posamezno vrsto blaga (zdravila brez recepta, katerih cena je določena v CBZ, zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ in živila za posebne zdravstvene namene na recept) količinsko razdelil na dva sklopa. Razmerje med obema sklopoma (za posamezno vrsto blaga) je pri nekaterih posameznih naročnikih 60:40, pri nekaterih 70:30, pri nekaterih naročnikih pa 80:20.

Iz (spremenjene) dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja, da je v okviru merila za oddajo javnega naročila v vseh sklopih relevantno tudi merilo »Ugodnost na obseg poslovanja«. Naročnik je pojasnil, da se »Ugodnost na obseg poslovanja« določi v % za cel sklop glede na predvideno vrednost dobav zdravil oz. živil v posameznem sklopu v obdobju enega leta, pri čemer lahko ponudnik ponudi le stopnjo ugodnosti za obseg poslovanja, ki je enaka ali višja od vrednosti minimalne stopnje ugodnosti za obseg poslovanja, ki je razvidna iz Priloge 3 – Minimalni delež ugodnosti (v kateri je za vsak sklop navedena minimalna stopnja ugodnosti na obseg poslovanja), v nasprotnem primeru bo ponudba (v relevantnem sklopu) izločena kot nedopustna (glej točko B.04 Navodil ponudnikom za izdelavo ponudb).

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

Neutemeljeni so revizijski očitki o naročnikovi kršitvi načela enakopravne obravnavne ponudnikov (7. člen ZJN-3), ki jih vlagatelj utemeljuje z navedbami, da posamezni naročniki pri določitvi višine zahtevane minimalne ugodnosti v posameznih sklopih niso upoštevali količinskega razmerja med sklopoma za posamezno vrsto blaga. Pritrditi gre sicer vlagatelju, da mora naročnik pri javnem naročanju ravnati skladno z načelom enakopravne obravnavne ponudnikov (7. člen ZJN-3), vendar zaradi naročnikove določitve zahtevanih minimalnih ugodnosti na obseg poslovanja, ki po mnenju vlagatelja ne upoštevajo količinskega razmerja med obema sklopoma na ravni posamezne vrste blaga, vlagatelj ni v drugačnem položaju kot drugi gospodarski subjekti. Domnevno neustrezna razmerja med minimalno zahtevano ugodnostjo in količinskim obsegom posameznega sklopa na ravni posamezne vrste blaga veljajo za vse gospodarske subjekte enako - vsi ponudniki so v enakem položaju, saj za vse ponudnike veljajo enaka merila, določena za posamezni sklop. Ni pa mogoče načela enakopravne obravnavne ponudnikov razumeti na način, da bi naročniku nalagal, da gospodarskim subjektom zagotovi enak položaj v različnih sklopih. Sklop je del javnega naročila, ki tvori zaključeno celoto in ga je mogoče oddati ločeno, zato lahko naročnik za vsak sklop določi različne pogoje, zahteve ali merila, lahko pa naročnik za vse sklope določi enake pogoje, zahteve in merila. Pritrditi gre sicer vlagatelju, da sta sklopa na ravni posamezne vrste blaga medsebojno povezana, ker gre pri obeh za isti predmet javnega naročila, vendar pa to ne pomeni, da je naročnik v postopku oddaje javnega naročila za oba sklopa dolžan določiti bodisi enake zahteve bodisi različne zahteve. Vlagatelj tudi ne more uspeti s sklicevanjem na odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-096/2021-89, v kateri je Državna revizijska komisija zavzela stališče, da je treba glede določitve pravil o oddaji posameznih naročil v izvedbeni fazi obravnavati oba sklopa skupaj. Ni pa v omenjenem sklepu Državna revizijske komisija zavzela stališča, da morajo biti v obeh sklopih na ravni posamezne vrste blaga posameznega naročnika določeni enaki pogoji, zahteve in merila.

V zvezi z vlagateljevimi navedbami, da bodo izbrani ponudniki za sklope 2 neenakopravno obravnavani glede na izbrane ponudnike za sklope 1 (in sicer, ker bodo ob manjših predvidenih količinah dobavljali blago upošteva enake ali minimalno nižje popuste kot izbrani ponudniki za sklope 1) gre še dodati, da je odločitev, ali bo gospodarski subjekt sodeloval v postopku oddaje javnega naročila in v primeru predložitve ekonomsko najugodnejše ponudbe sklenil pogodbeno razmerje v vsebini, kot jo je določil naročnik, lastna poslovna odločitev vsakega gospodarskega subjekta. Tako je tudi v postopku oddaje zadevnega javnega naročila poslovna odločitev vlagatelja, ali bo ponudbo v postopku oddaje tega javnega naročila tudi za sklope 2, čeprav bodo po mnenju vlagatelja izbrani ponudniki za sklope 2 v slabšem položaju kot izbrani ponudniki za sklope 1, oddal ob upoštevanju vsebine razpisne dokumentacije ali pa tega ne bo storil.

Upošteva navedeno so neutemeljeni tudi revizijski očitki o naročnikovi kršitvi 73. člena ZJN-3, ki jo vlagatelj utemljuje zgolj z navedbami o naročnikovi kršitvi načela enakopravne obravnave ponudnikov. Ker vlagatelj ni izkazal naročnikove kršitve načela enakopravne obravnave ponudnikov, posledično tudi ni mogoče pritrditi njegovim navedbam o naročnikovi kršitvi 73. člena ZJN-3.

Vlagatelj nadalje zatrjuje, da je naročnik pri določitvi višine zahtevane minimalne ugodnosti na obseg poslovanja in pri določitvi merila »*ugodnost na obseg poslovanja*«, kršil načelo sorazmernosti (8. člen ZJN-3). V zvezi z navedbami, da bi bilo sorazmerno predmetu javnega naročila, da bi se ali naročniki zavezali k naročilu določene količine blaga ali pa bi naročniki določili lestvico ugodnosti na obseg poslovanja glede na dejansko realizirano poslovanje, Državna revizijska komisija pojasnjuje, da lahko, glede na pristojnost, ki ji jo določa prvi odstavek 60. člena ZPVPJN, v postopku pravnega varstva odloči le o zakonitosti oddaje javnega naročila in torej o zakonitosti naročnikovega ravnanja, ne more pa odločati o primernosti naročnikovega ravnanja. Državna revizijska komisija torej presoja 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 načela sorazmernosti (8. člen ZJN-3).

Državna revizijska komisija je že v zadevah, št. 018-96/2021-89, 018-96/2021-90, 018-96/2021-91, 018-069/2022 in 018-092/2022, pojasnila, da je merilo, na podlagi katerega naročnik razvršča ponudbe od najbolj do najmanj ugodne, kot tudi naročnikova zahteva glede minimalne stopnje ugodnosti, vsekakor povezana s predmetom javnega naročila, saj se (posredno) nanaša na vrednost dobavljenih zdravil oz. živil, prav tako pa je podana sorazmernost s cilji naročila – pridobitev predmeta javnega naročila po čim nižji ceni oz. z vsaj zahtevano stopnjo ugodnosti. Navedenega ne spreminja dejstvo, da se posamezni naročniki ne zavežejo, da bodo kupovali blago vsaj v določenih količinah, kot tudi ne revizijske navedbe, da bi se lahko posamezni naročniki zavezali k nakupu določene količine blaga, ker takšne dogovore sklepajo s proizvajalci zdravil. Kot že pojasnjeno, naročnik izvaja predmetni postopek oddaje javnega naročila z namenom sklenitve okvirnega sporazuma, ki pomeni sporazum med enim ali več naročniki in enim ali več gospodarskimi subjekti, katerega predmet je določitev pogojev, s katerimi se uredijo naročila, ki se oddajo v posameznem obdobju, zlasti v zvezi s ceno in, če je ustrezno, predvideno količino (drugi odstavek 48. člena ZJN-3). Okvirni sporazum je tehnika naročanja, ki je glede na 48. člen ZJN-3 namenjen prav naročilom, kjer gre za istovrstne sklope blaga, ki ga naročnik stalno potrebuje oz. ga potrebuje v daljšem časovnem obdobju, zaradi česar ne more natančno vnaprej opredeliti količine blaga oz. artiklov, ki jih bo naročal. Kot je to Državna revizijska komisija že večkrat pojasnila (npr. v zadevah št. 018-233/2015, 018-149/2019-21, 018-96/2021-91 in 018-061/2022-12), je za zdravila mogoče ugotoviti, da se ne proizvajajo v skladu s specifičnimi potrebami posameznih naročnikov, temveč so že prisotna na trgu in jih proizvajajo različni

proizvajalci zdravil za potrebe širšega, vnaprej nedoločenega kroga potencialnih kupcev. Pri izdaji zdravil je praktično nemogoče natančno določiti količine, ki jih bodo posamezni javni lekarniški zavodi v določenem daljšem časovnem obdobju dejansko potrebovali za izvajanje lekarniških dejavnosti. V obravnavanem primeru naročnik glede na naravo predmeta javnega naročila tako ne more vnaprej natančno določiti niti vrste zdravil niti količin zdravil, ki jih bo tekom veljavnosti okvirnega sporazuma potreboval. Pri tem gre dodati, da četudi bi bile utemeljene navedbe vlagatelja, da posamezni naročniki sklepajo dogovore s proizvajalci zdravil in živil, ki so predmet zadevnega javnega naročila, s katerimi se naročniki zavežejo k realizaciji planirane prodaje, pa navedeno ne omogoča zaključka, da bi se bili posamezni naročniki dolžni zavezati k nakupu določene količine blaga, saj bi takšno ravnanje lahko vodilo v kršitev 4. člena ZJN-3, v skladu s katerim mora naročnik izvesti javno naročanje tako, da z njim zagotovi gospodarno in učinkovito porabo javnih sredstev in uspešno doseže cilje svojega delovanja, določene skladno s predpisi, ki urejajo porabo proračunskih in drugih javnih sredstev.

Prav tako Državna revizijska komisija ne more pritrditi navedbam vlagatelja, da je merilo »ugodnost na obseg dobav« oz. zahteva glede minimalne zahtevane višine ugodnosti na obseg poslovanja v nasprotju z načelom sorazmernosti, ker je zahtevana enaka višina ugodnosti na obseg dobave ne glede na to, ali bo naročnik naročil en artikel ali 1000 artiklov. Četudi bi lahko naročnik določil »lestvico količinskih popustov«, pa mu določbe ZJN-3 takšne obveznosti ne nalagajo.

V zvezi z revizijskimi navedbami, da naročnik pri oblikovanju višine minimalno zahtevane ugodnosti na obseg poslovanja ni upošteval dejanskih zmožnosti veletrgovcev oz. da naročnik zahteva tako visoke minimalne popuste, da lahko vlagatelj odda ponudbo le ob pogoju, da posluje z »ničlo«, gre pojasniti (kot je to pojasnila Državna revizijska komisija ob primerljivem dejanskem stanju in ob primerljivi dejstveni podlagi v odločitvah, št. 018-96/2021-89, 018-96/2021-90, 018-96/2021-91 in 018-069/2022), da Državna revizijska komisija teh navedb, upošteva naravo zahteve glede minimalne stopnje ugodnosti oz. popustov, ne more vsebinsko presoati. Državna revizijska komisija sicer razume vlagatelja, da je omejen v maksimalnem znesku, ki ga lahko ponudi, saj je delež (marža) veletrgovca v ceni zdravila natančno določen s Pravilnikom o določanju cen zdravil za uporabo v humani medicini (Uradni list RS, št. 32/2015 s sprem.). Ta cena zdravila na debelo določa kot vsoto proizvajalčevega elementa cene in deleža veletrgovine, pri čemer slednji znaša vsoto 0,50 EUR in 1,1 % proizvajalčevega elementa cene, veletrgovec pa je zamejen s 27,00 EUR, kar pomeni, da delež veletrgovine ne more presegati 27,50 EUR na zdravilo. Vendar pa je odločitev naročnika, koliko je pripravljen plačati za predmet javnega naročila oz. za posamezno zdravilo oz. živilo, naročnikova poslovna odločitev, ki sodi v sfero njegove odgovornosti za lastno poslovanje, v katero niti Državna revizijska komisija niti ponudnik ne moreta posegati. Tako niti ponudnik niti Državna revizijska komisija naročnika ne moreta prisiliti, da za nabavo zdravil in živil plača več, kot se je odločil. Ali je naročnikova ocena o primernem plačilu za posamezno zdravilo oz. živilo pravilna in torej odraža realne cene na relevantnem trgu, ni stvar pravnih pravil, temveč razmer na trgu predmeta javnega naročila, ki se lahko odrazijo tudi v odzivu ponudnikov na posamezni javni razpis. Ponudnikov tako ni mogoče prisiliti, da oddajo ponudbe po cenah oz. da ponudijo zahtevane minimalne stopnje ugodnosti, ki jih ocenjujejo za nerealne ali previsoke. Če je naročnikova ocena glede zahtevane minimalne stopnje ugodnosti nepravilna, kot to smiselno zatrjuje vlagatelj, se bo to izkazalo v postopku oddaje javnega naročila, saj naročnik ponudb (ki bi izpolnjevale sporno zahtevo) ne bo prejel, posledično pa predmetnega javnega naročila v tem postopku oddaje javnega naročila ne bo mogel oddati.

Vlagatelj še navaja, da oblikovanje popusta oz. ugodnosti na obseg poslovanja ni primerljivo z oblikovanjem ponudbene cene, saj naročnik ne zahteva minimalnega popusta na artikel, temveč zahteva enotno minimalno ugodnost (oz. popust) na celoten sklop. V kolikor vlagatelj s temi

navedbami zatrjuje, da ne more oblikovati višine ugodnosti na obseg poslovanja, takšne navedbe upošteva šestimi odstavki 29. člena ZPVPJN, niso pravočasne, saj jih je vlagatelj podal šele v vlogi z dne 30. 11. 2022, s katero se je opredelil do navedb naročnika, medtem ko v zahtevku za revizijo ni podal navedb, usmerjenih v zatrjevanje, da zaradi določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ne bi bilo mogoče oblikovanje višine ugodnosti na obseg poslovanja. Ne glede na navedeno, pa gre še dodati, da je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila predstavil obsege posameznih sklopov in v ta namen pripravil Prilogo 5 – Popis zdravil, v kateri je naročnik za vsak sklop pripravil popis zdravil, ki so jih naročili posamezni javni lekarniški zavodi, vključno s količino zdravil, ter Prilogo 1 – Seznam in vrednosti sklopov, v kateri je navedel ocenjeno vrednost vsakega posameznega sklopa. Z navedenim je naročnik gospodarskim subjektom zagotovil informacije, relevantne za oblikovanje stopnje ugodnosti na obseg poslovanja.

Upošteva navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo, vključno z njegovo dopolnitvijo, ni izkazal naročnikove kršitve temeljnih načel javnega naročanja pri oblikovanju merila »*ugodnost na obseg poslovanja*« in zahteve, vezane na minimalno ugodnost na obseg poslovanja.

3. Netransparentnost in neenakopravna obravnava ponudnikov v izvedbeni fazi

Vlagatelj zatrjuje, da je naročnik pravila o oddaji posameznih naročil v fazi izvajanja okvirnega sporazuma oblikoval v nasprotju z načelom transparentnosti in načelom enakopravne obravnave ponudnikov, saj ta niso dovolj jasna in natančna, da bi preprečevala možnost naročnikovega arbitrarnega ravnanja. Poleg tega naročanje blaga nekajkrat na teden od enega izbranega ponudnika in nekajkrat na teden od drugega izbranega ponudnika ne pomeni, da se bo ohranjalo razmerje med sklopoma – to bi držalo le, če bi bila vsa naročila enaka. Naročnik se tudi ni zavezal k ohranjanju razmerja med sklopoma v četrtem letu izvajanja okvirnega sporazuma.

Naročnik na drugi strani pojasnjuje, da bo v izvedbeni fazi sledil predvidenemu razmerju po vrstah in količinah. V okvirnem sporazumu so opredeljeni objektivni pogoji za izbiro podpisnika okvirnega sporazuma na ravni skupine sklopov, kateremu bo oddano posamezno naročilo, naročnik pa se je tudi zavezal, da bo za prvo, drugo in tretje leto izvajanja okvirnega sporazuma preveril spoštovanje razmerja po vrsti in količini. Četudi naročnik na četrto leto ne bo preverjal spoštovanja razmerja o vrsti in količini med sklopoma, bo posamezna naročila oddajal ob upoštevanju prvega odstavka 8. člena vzorca okvirnega sporazuma.

Kot že pojasnjeno, naročnik predmetno javno naročilo oddaja z namenom sklenitve okvirnega sporazuma za vsak sklop z enim gospodarskim subjektom – v takšnih primerih se ne odpira vprašanje, kateri gospodarski subjekt bo izvedel posamezno naročilo, saj se posamezna naročila oddajo v skladu s pogoji iz okvirnega sporazuma (edinemu) podpisniku okvirnega sporazuma (prim. šesti odstavek 48. člena ZJN-3). Vendar upošteva, da je predmet javnega naročila na ravni vsakega posameznega javnega naročnika in na ravni posamezne vrste blaga razdeljen količinsko, in upošteva naročnikovo omejitev števila sklopov, ki se lahko oddajo posameznemu ponudniku, bo vsak posamezni javni zavod za ista zdravila imel sklenjena dva okvirna sporazuma z različnima gospodarskima subjektoma. Naročnik je tako s količinsko razdelitvijo predmeta javnega naročila na sklope in omejitvijo števila sklopov, ki se lahko oddajo posameznemu ponudniku, ustvaril položaj, primerljiv položaju, ko ima naročnik sklenjen okvirni sporazum z več gospodarskimi subjekti brez ponovnega odpiranja konkurence, ki vsebuje objektivne pogoje za izbiro gospodarskega subjekta, podpisnika okvirnega sporazuma (prim. točko a) sedmega odstavka 48. člena ZJN-3). Ni namreč vsebinske razlike med situacijo, ko naročnik sklene okvirni sporazum z večjim številom gospodarskih subjektov brez odpiranja konkurence v smislu a) točke sedmega odstavka 48. člena ZJN-3 in konkretno situacijo, ko bo naročnik za isti predmet (tj. za

ista zdravila oz. živila) sklenil dva okvirna sporazuma z različnima gospodarskima subjektoma. V obeh primerih je namreč za isti predmet sklenjena pogodba z več gospodarskimi subjekti. Zato morajo biti (tako kot v primeru sklenitve okvirnega sporazuma z več gospodarskimi subjekti brez odpiranja konkurence) tudi v predmetni zadevi, ko bo naročnik za isti predmet (tj. za ista zdravila) sklenil dva okvirna sporazuma z različnima gospodarskima subjektoma, jasno in natančno opredeljena pravila o tem, na kakšen način se bodo v času trajanja okvirnih sporazumov oddajala posamezna naročila oz. objektivni pogoji za izbiro gospodarskega subjekta, podpisnika okvirnega sporazuma.

Pregled dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila potrjuje navedbe naročnika, da je določil pravila o tem, na kakšen način se bodo v času trajanja okvirnih sporazumov oddajala posamezna naročila. Naročnik je namreč v 8. členu vzorca okvirnega sporazuma določil, da bo blago naročal v obsegu, kot ga bo dejansko potreboval, pri čemer bo sledil naročanju blaga po vrstah in količinah, ki so determinirale sklop, in da bo okvirni sporazum izvajal na način, da bo sledil ohranjanju razmerja po vrstah (artiklih/postavkah) in količinah (teh artiklov/postavk) med sklopoma za posamezno vrsto blaga. Od drugega do desetega odstavka 8. člena vzorca okvirnega sporazuma je naročnik za vsakega posameznega naročnika pojasnil, na kakšen način bodo potekale dobave, tako je npr. za posameznega naročnika Lekarna Velenje, pri katerem je količinsko razmerje med obema sklopoma (za posamezno vrsto blaga) 60:40, določil, da bo prve tri dobave zdravil oz. živil naročil pri dobavitelju iz sklopa skupine 1, naslednji dve dobavi zdravil oz. živil bo naročil pri dobavitelju iz sklopa skupine 2, nato bo zopet naslednje tri dobave zdravil oz. živil naročil pri dobavitelju iz sklopa skupine 1, naslednji dve dobavi pri dobavitelju iz sklopa skupine 2 in tako naprej. Naročnik je nadalje v 8. členu vzorca okvirnega sporazuma določil, da bo razmerje po vrstah in količinah med sklopoma skupine 1 in 2 za posamezno vrsto blaga, preveril letno, in sicer za prvo, drugo in tretje leto izvajanja okvirnega sporazuma. V kolikor bo naročnik ugotovil nesorazmerje po vrstah in/ali količinah med sklopoma skupine 1 in 2 posamezne vrste blaga, bo naročnik pri vseh naslednjih dobavah povečal obseg naročil v delu vrst in/ali količin pri dobavitelju, pri katerem je bil ugotovljen manjko, s ciljem vzpostavitve prvotnega razmerja po vrstah in količinah med sklopoma za preteklo letno obdobje. Naveden povečan obseg naročil v delu vrst in/ali količin pri dobavitelju, pri katerem je bil ugotovljen manjko, se ne bo upošteval pri ugotavljanju razmerja po vrstah in količinah tekočega letnega obdobja. Naročnik je na Portalu javnih naročil (glej odgovor, objavljen dne 21. 11. 2022 ob 22:52 uri) tudi pojasnil, da za četrto leto izvajanja okvirnega sporazuma razmerja ne bo preverjal.

Upošteva je navedeno ni mogoče pritrditi vlagatelju, da naročnik ni določno navedel, na kakšen način se bodo v času trajanja okvirnega sporazuma oddajala posamezna naročila in da dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila naročniku omogoča arbitrarno ravnanje. Objektivni pogoji za izbiro podpisnika okvirnega sporazuma na ravni skupine sklopov, kateremu bo oddano posamezno naročilo, so namreč jasno opredeljeni od drugega do desetega odstavka 8. člena vzorca okvirnega sporazuma, v katerih je naročnik opredelil, da bo določeno število zaporednih posameznih naročil oddal dobavitelju v sklopu 1, nato pa določeno število zaporednih posameznih naročil dobavitelju v sklopu 2, nato zopet določeno število zaporednih posameznih naročil oddal dobavitelju v sklopu številka 1 in tako naprej. Z navedenim je naročnik po presoji Državne revizijske komisije jasno, natančno in nedvoumno opredelil, na kakšen način bo naročnik ravnal pri nabavi zdravil oz. kateremu gospodarskemu subjektu (ali podpisniku okvirnega sporazuma za sklop 1 na ravni skupine sklopov ali podpisniku okvirnega sporazuma za sklop 2) bo oddano posamezno naročilo. V zvezi z navedbami, da naročanje blaga nekajkrat na teden od enega ponudnika in nekajkrat na teden od drugega ponudnika, še ne pomeni, da se bo ohranjalo razmerje med sklopoma, gre pojasniti, da se je naročnik tudi zavezal, da bo za prvo, drugo in tretje leto izvajanja okvirnega sporazuma preveril, ali je bilo tekom izvajanja okvirnega sporazuma spoštovano razmerje po vrsti zdravil in količini (med sklopoma skupine sklopov), ki so determinirala sklop. Če bo naročnik ugotovil, da v predhodnem letu ni bilo spoštovano razmerje

po vrsti zdravil in količini, bo ugotovljeno nesorazmerje odpravil v okviru dobav v tekočem letu (tj. v letu, v katerem bo naročnik preverjal spoštovanje razmerja), s ciljem vzpostavitve prvotnega razmerja po vrstah in količinah med sklopoma za preteklo letno obdobje.

Ne držijo navedbe vlagatelja, da naročnik v četrtem letu izvajanja okvirnega sporazuma ne bo ohranil predvidenega razmerja po vrsti blaga in količini med sklopoma skupine sklopov. Naročnik je namreč zgolj predvidel, da za četrto leto izvajanja okvirnega sporazuma ne bo preverjal spoštovanja razmerja po vrsti zdravil in količini med sklopoma skupine sklopov, ne pa, da predvidenega razmerja ne bo ohranjal. Četudi naročnik za četrto leto ne bo preverjal spoštovanja razmerja, pa je naročnik predvidel, da bo tudi v tem letu oddajal posamezna naročila ob upoštevanju prvega odstavka 8. člena vzorca okvirnega sporazuma (in bo torej sledil naročanju blaga po vrstah in količinah, ki so determinirale posamezen sklop znotraj skupine sklopov) in ob upoštevanju načina, predvidenega v drugem do desetem odstavku 8. člena vzorca okvirnega sporazuma. Če bo vlagatelju oddan kateri izmed sklopov in bo vlagatelj v izvedbeni fazi ocenjeval, da naročnik v četrtem letu izvajanja okvirnega sporazuma ni spoštoval razmerja med sklopoma na ravni skupine sklopov, bo lahko kot pogodbeni stranka pred pristojnim sodiščem uveljavljal (morebitno) naročnikovo kršitev pogodbenih obveznosti.

Upošteva se navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni uspel izkazati, da so določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila glede načina izvajanja okvirnega sporazuma oblikovane v nasprotju z načelom transparentnosti javnega naročanja in načelom enakopravne obravnave ponudnikov, zato je Državna revizijska komisija s tem povezane revizijske navedbe zavrnila kot neutemeljene.

4. Razdelitev zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, na dva sklopa

Vlagatelj naročniku očita kršitev določbe 73. člena ZJN-3, ker na ravni posameznih naročnikov zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, ni razdelil količinsko na dva sklopa. Naročnik na drugi strani očitke zavrača in dodatno pojasnjuje, da je spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila na način, da je (tudi) omenjena vrsta blaga na ravni posameznega naročnika vsebinsko razdeljena na dva sklopa. Vlagatelj v vlogi z dne 30. 11. 2022 vztraja pri podanih argumentih in dodaja, da je bil njegov namen dosežen, saj je naročnik zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, količinsko razdelil na dva sklopa.

Državna revizijska komisija ni vsebinsko presojala zakonitosti naročnikovega ravnanja, ko je na ravni posameznega naročnika oblikoval le en sklop za zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ. Kot je to med strankama tudi nesporno, naročnik je po prejemu zahtevka za revizijo spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila na način, da je prvotno oblikovan sklop na ravni posameznega naročnika za zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, razdelil na dva sklopa. Ker je torej naročnik spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila v delu, ki ga kot spornega izpostavlja vlagatelj, vsebinska presoja zakonitosti izpodbijanih (že razveljavljenih) zahtev v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila v tem revizijskem postopku ni potrebna, saj odločitev Državne revizijske komisije ne bi mogla (več) vplivati oziroma izboljšati vlagateljevega pravnega položaja v postopku oddaje javnega naročila. Državna revizijska komisija je naročnikovo spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, kljub naročnikovim ugovorom v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo, štela za konkludentno ugoditev zahtevku za revizijo v tem delu.

5. Nova zdravila v sklopih z zdravili brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ

Vlagatelj še zatrjuje, da je v nasprotju s pravili javnega naročanja zahteva, da mora izbrani ponudnik (tj. dobavitelj) v sklopu zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, ponuditi

ново zdravilo po ceni iz veleprodajnega cenika in ob upoštevanju pogojev in elementov ponudbe. Določba, da bodo posamezni naročniki nova zdravila kupovali od izbranega ponudnika, nedopustno omejuje konkurenco, saj preprečuje vstop novih ponudnikov na trg za blago, ki ni zajeto v predmetnem javnem naročilu, s čimer naročnik dejansko povzroča monopol na trgu zdravil brez recepta brez določene cene v CBZ. Naročniki tako preprečijo, da bi lahko drugi ponudniki (torej tisti, ki niso podpisniki okvirnega sporazuma) naročniku dobavljali novo blago, čeprav bi dejansko lahko podali celo ugodnejšo ponudbo od izbranega ponudnika.

Naročnik v tem delu vlagatelju odreka aktivno legitimacijo in dodaja, da je zahteva glede dobave novih zdravil pogojna.

Vlagatelj v vlogi z dne 30. 11. 2022 vztraja pri revizijskih navedbah in dodaja, da če mu ti sklopi ne bodo oddani, ne bo mogel dobavljati novih zdravil, zato mu lahko nastane škoda. Vlagatelj zavrača tudi navedbe o pogojnosti sporne zahteve, saj so veletrgovci skladno z Zakonom o zdravilih (Uradni list RS, št. 17/2014 s sprem.) dolžni dobavljati vse blago, ki je dostopno na trgu.

Ponudnik z zahtevkom za revizijo, vloženim v skladu s prvim odstavkom 14. člena ZPVPJN (ki določa, da se aktivna legitimacija prizna vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za dodelitev javnega naročila in ji je ali bi ji lahko z domnevno kršitvijo nastala škoda), ščiti svoj pravni položaj v postopku oddaje javnega naročila. Pravno varstvo ponudnikov namreč ni namenjeno uveljavljanju objektivnih kršitev v postopku, ki ne morejo biti vzrok za nastanek škode vlagatelju, temveč je namenjeno le uveljavljanju takšnih kršitev, ki neposredno posegajo v položaj ponudnika v postopku oddaje javnega naročila tako, da mu onemogočajo oz. otežujejo sodelovanje v postopku. Z drugimi besedami: kršitev oziroma kršitve, ki jih zatrjuje vlagatelj v zahtevku za revizijo, morajo zato imeti za posledico verjeten nastanek škode, ki se kaže kot posledica nezakonitega onemogočanja pri pridobitvi konkretnega javnega naročila. Če med zatrjevano naročnikovo kršitvijo pravil o javnem naročanju (zatrjevanim protipravnim ravnanjem) in zatrjevanim prikrajšanjem na strani vlagatelja, ki je nastalo (ali bi utegnilo nastati) zaradi naročnikove kršitve teh pravil (škodno posledico), ni podane (vsaj hipotetične) vzročne zveze, aktivne legitimacije v smislu 14. člena ZPVPJN ni mogoče priznati.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj kot sporno izpostavlja določbo vzorca okvirnega sporazuma, v kateri je naročnik predvidel, da bo izbrani ponudnik dobavljati tudi nova zdravila, torej zdravila, ki bodo prišla na trg po poteku roka za predložitev ponudb (glej 9. člen vzorca okvirnega sporazuma). Vlagatelj naročniku očita, da je omenjena določba v nasprotju z načelom zagotavljanja konkurence, saj zaradi sporne določbe gospodarski subjekti, ki ne bodo izbrani ponudniki oz. podpisniki okvirnega sporazuma, ne bodo mogli prodajati novih zdravil. Poleg tega vlagatelj naročniku po vsebini očita tudi kršitev načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, s tem ko zatrjuje, da bi lahko drugi gospodarski subjekti, ki ne bodo izbrani ponudniki oz. podpisniki okvirnega sporazuma, podali ugodnejšo ceno za nova zdravila, saj na izbiro ponudnika v omenjenih sklopih ne vpliva le popust, pač pa tudi cena, ki jo ponudniki določijo sami.

Pritrditi gre naročniku, da iz navedb vlagatelja ne izhaja, da bi mu omenjena določba vzorca okvirnega sporazuma onemogočala ali oteževala sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila, kot tudi ne, da bi imela sporna določba glede nakupa novih zdravil zanj odvračilni učinek v smislu, da vlagatelj, če bi mu bil oddan kateri izmed sklopov zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, sporne zahteve, ki se nanaša na izvedbeno fazo, ne bi mogel izpolniti. Vlagatelj aktivno legitimacijo za presojo izpostavljenih revizijskih navedb v vlogi z dne 30. 11. 2022 utemeljuje z navedbami, da če mu sklopi za zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, ne bodo oddani, mu lahko zaradi sporne določbe nastane škoda, saj kot neizbrani ponudnik ne bo mogel dobavljati zdravil. Vendar pa Državna revizijska komisija izpostavljenim navedbam vlagatelja ne more pritrditi. Že v naravi same stvari je, da v posledici

oddaje javnega naročila izbranemu ponudniku, drugi gospodarski subjekti predmeta javnega naročila ne morejo dobavljati naročniku, zato tudi ni mogoče slediti stališču vlagatelja, da naročnik z oddajo javnega naročila izbranemu ponudniku povzroča škodo neizbranim ponudnikom. Poleg tega pa ni mogoče vzpostaviti vzročne zveze med zatrjevanim protipravnim ravnanjem na eni strani (torej sporno določbo) in zatrjevanim prikrajšanjem vlagatelja na drugi strani (torej nezmožnostjo vlagatelja kot neizbranega ponudnika dobavljati nova zdravila posameznim naročnikom). Vzrok, zaradi katerega vlagatelj kot neizbrani ponudnik ne bi mogel dobavljati novih zdravil (morebiti celo po ugodnejši ceni kot izbrani ponudnik), namreč izvira iz ravnanja vlagatelja, in sicer, ker ta ne bi oddal ekonomsko najugodnejše ponudbe v spornih sklopih, posledično pa mu ti sklopi ne bi bili oddani.

Vlagatelj tudi z navedbami, da bi lahko neizbrani ponudniki (gospodarski subjekti, ki niso podpisniki okvirnega sporazuma) ponudili nova zdravila po ugodnejših pogojih kot izbrani ponudniki, ker se najugodnejša ponudba v omenjenih sklopih določi glede na ponujeno ceno, ki jo določijo gospodarski subjekti sami (za razliko od zdravil in živil, pri katerih je cena določena s strani drugega subjekta) in upošteva ugodnost na obseg poslovanja, vlagatelj ne varuje svojega položaja v postopku oddaje javnega naročila. Vlagatelj z izpostavljenimi navedbami izraža bojazen, da bo lahko zaradi nakupa zdravil brez recepta, katera nimajo določene cene v CBZ, oškodovan naročnik oz. pacienti, s čimer vlagatelj varuje naročnika in javni interes, za kar glede na 6. člen ZPVPJN ni aktivno legitimiran.

Upošteva navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelju ni mogoče priznati aktivne legitimacije za presojo revizijskih navedb, povezanih z zahtevo glede dobave novih zdravil v sklopih za zdravila brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ, zato Državna revizijska komisija teh revizijskih navedb ni vsebinsko presojala.

6. Sklepno

Upoštevač vse navedeno je Državna revizijska komisija na podlagi prvega odstavka 39. člena ZPVPJN ugotovila, da je naročnik s spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila deloma že sam ugodil zahtevku za revizijo (glede Priloge 6 in glede razdelitve zdravil brez recepta, katerih cena ni določena v CBZ), v preostalem delu pa ga je Državna revizijska komisija na podlagi prve alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN zavrnila.

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

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

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

- strošek dolžne vplačane takse za revizijski zahtevek v višini 4.000,00 EUR,
- strošek odvetniške storitve za zahtevek za revizijo v višini 3.000 točk, kar, ob upoštevanju prve točke tar. št. 44 OT, višine točk, kot jih je v zahtevku za revizijo (navzgor) zamejil vlagatelj, vrednosti točke in 22 % DDV, znaša 2.196,00 EUR,
- strošek odvetniške storitve za sestavo dopolnitve zahtevka za revizijo v višini 1.500 točk, kar ob upoštevanju druge točke tar. št. 44 OT, višine točk, kot jih je v dopolnitvi zahtevka za revizijo (navzgor) zamejil vlagatelj, vrednosti točke in 22 % DDV, znaša 1.098,00 EUR,

- izdatke v pavšalnem znesku (vlagatelj izdatkov v dejanski višini ni specificiral niti izkazal) po tretjem odstavku 11. člena OT v višini 55 točk, kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22 % DDV znaša 40,26 EUR.

Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala priglašenega stroška za odvetniške storitve za opredelitev do navedb naročnika (vloga z dne 30. 11. 2022 in vloga z dne 4. 1. 2023), saj ta v konkretnem primeru ni bil potreben (peti odstavek 70. člena ZPVPJN v povezavi z osmim odstavkom istega člena, pa tudi drugi odstavek 2. člena OT). Vlagateljeve navedbe v vlogi z dne 30. 11. 2022 in vlogi z dne 4. 1. 2023 niso bile bistvene in niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve. Državna revizijska komisija vlagatelju tudi ni priznala priglašenega presežka nad priznanimi stroški za izdatke v pavšalnem znesku po 11. členu OT, saj za njihovo priznanje ni podlage v OT.

Državna revizijska komisija je tako vlagatelju kot potrebne priznala stroške v višini 7.334,26 EUR. Ker je vlagatelj z zahtevkom za revizijo uspel delno (v delu, v katerem mu je naročnik konkludentno ugodil), je Državna revizijska komisija odločila, da se mu, v sorazmerju z doseženim uspehom v postopku, ki ga glede na sklope revizijskih očitkov ocenjuje na 2/5 (vlagatelj je uspel v dveh od petih sklopih revizijskih očitkov), povrne le 2/5 potrebnih stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva, tj. 2.933,70 EUR (drugi odstavek 154. člena Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/1999 s sprem.) v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN).

Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 2.933,70 EUR v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila. Višjo stroškovno zahtevo vlagatelja je Državna revizijska komisija zavrnila.

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

Pravni pouk:

Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

Predsednik senata:
Aleksander Petrovčič, univ. dipl. ekon.,
član Državne revizijske komisije

Vročiti:

- naročnik,
- pooblaščenec vlagatelja,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.