

Številka: 018-003/2023-29

Datum: 26. 4. 2023

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Marka Medveda, kot predsednika senata, ter Sama Červeka in dr. Mateje Škabar, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Dobava zdravil na recept*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja 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 lekarniški zavod Gorenjske lekarne, Gosposvetska ulica 12, Kranj (v nadaljevanju: naročnik), dne 26. 4. 2023

odločila:

1. Vlagatelj predlog za začetek revizijskega postopka zaradi molka naročnika se zavrže.
2. Zahtevek za revizijo je utemeljen.
3. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 1.098,33 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 24. 10. 2022, pod št. objave JN007215/2022-B01, in v Uradnem listu EU dne 25. 10. 2022, pod št. objave 2022/S 206-587242. Naročnik izvaja postopek javnega naročanja po odprtem postopku v svojem imenu in za svoj račun ter v imenu in za račun (13) naročnikov, ki so navedeni v točki I.1 obvestila o javnem naročilu.

Vlagatelj je pred potekom roka za predložitev ponudb z vlogo z dne 4. 12. 2022 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga razveljavitev celotnega postopka javnega naročanja in povrnitev

stroškov pravnega varstva. V zahtevku za revizijo vlagatelj naročniku očita več kršitev določb Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3) pri oblikovanju določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

1. Oblikovana merila za oddajo javnega naročila ne zagotavljajo enakopravne obravnave ponudnikov in primerljivosti predloženih ponudb. Zaradi zahteve, da ponudniki oblikujejo enoten popust na celoten sklop, in zaradi nejasne opredelitve, katera zdravila spadajo v posamezen sklop, izbor ponudnika ne bo temeljil na konkurenčnosti, temveč špekulaciji, kateri od ponudnikov bo bolj natančno ocenil bodoče naročnikove potrebe in katera zdravila naročnik šteje kot »*ekskluzivna*«. Naročnik se ne zavezuje k dobavi posameznih vrst artiklov in količin, zato bodo ponudniki različno ocenili naročnikove potrebe oz. okvirne vrste in količine zdravil, ki jih bo naročnik potreboval – takšna ocena temelji na subjektivnih izkušnjah vsakega posameznega ponudnika, kar bo vodilo v predložitev neprimerljivih ponudb. Ponudniki bodo pri dražjih zdravilih zaradi enotnega popusta in minimalne ugodnosti na obseg poslovanja utrpeli izgubo, katero bodo prisiljeni kompenzirati z računanjem na večjo dobavljeno količino drugih zdravil in z nižjim povprečnim popustom. Ponudniki so dolžni ponujati enotni popust tudi v primeru povišanja cene posameznega zdravila, kar predstavlja še večjo izgubo, ki je ni mogoče vnaprej oceniti oz. predvideti. Za pripravo ponudbe je ključnega pomena, da ponudnik ve, katere vrste in kakšne količine zdravil spadajo v posamezen sklop. Naročnik bi moral dopustiti oblikovanje popusta na vsako posamezno zdravilo, ne pa zahtevati enotnega popusta za celoten sklop. Ni jasno, katera zdravila so zdravila z ekskluzivnimi pravicami; niti naročnik ne ve, katera zdravila spadajo v kateri sklop. Ekskluzivna pravica ni niti natančno definirana niti objektivno preverljiva za vsakega ponudnika ali za organe pravnega varstva. Naročnik bi moral oblikovati jasen in nedvoumen seznam z navedbo vseh zdravil v določenem sklopu na točno določen dan, s čimer bi se izognil neprimerljivosti ponudb zaradi vračunavanja popustov v napačnih sklopih. Ker ni mogoče jasno in enoznačno opredeliti, katera zdravila so vključena v posamezne sklope, ni mogoče oblikovanje popustov. Ponudnik, ki bo mnenja, da ima ekskluzivno pravico dobavljati zdravilo, bo to zdravilo uvrstil v sklope z ekskluzivnimi pravicami, drugi ponudnik, ki kupuje vsa zdravila od distributerjev zunaj Slovenije, pa bo to zdravilo uvrstil v sklope od 1 do 28. Naročnik je v sklopih od 29 do 34 predvidel predložitev lastne izjave, iz katere izhaja, da ima ponudnik s strani proizvajalca pravico dobavljati blago na slovenskem trgu. To ne izkazuje ekskluzivne pravice (enega) ponudnika, kot je opredeljena v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. Naročnik ni navedel vrednosti nakupov v letu 2021 za sklope od 29 do 34, zato ponudniki ne morejo vedeti, koliko vrednosti iz sklopov od 1 do 28 odpade na sklope z ekskluzivnimi pravicami. Naročnik je podal informativni popis zdravil, ki ga ne zavezuje, čeprav se bo ponujeni popust na obseg dobav obračunal ne glede na dejansko izvedene dobave, kar je nesorazmerno, saj je popust na obseg dobav povezan s količino izvedenih dobav. Ker bo vsak ponudnik ugibal o dejanskem obsegu dobav, naročnik ne bo prejel primerljivih ponudb. Prejete ponudbe bodo neprimerljive, ker je naročnik predvidel, da lahko v izvedbeni fazi zdravila iz sklopov od 29 do 35 preidejo v sklope od 1 do 28, in da bodo ta zdravila dobavljali dobavitelji teh sklopov, pod pogoji iz ponudbe. To pomeni, da ponudniki oddajo ponudbe za vnaprej neznano vrsto in količino zdravil, za katera se mora vnaprej zavezati k določenemu popustu. Naročnik na več vprašanj na Portalu javnih naročil ni vsebinsko odgovoril ali pa je podal zavajajoče in neresnične informacije ter nasprotujoče si informacije. Naročnik pri oblikovanju zahtevane višine minimalnega popusta ni upošteval razmer na trgu, saj zahteva višji minimalni popust, kot je bil določen v preteklem neuspelem postopku, poleg tega za sklope znotraj iste ATC skupine na ravni posameznega naročnika zahteva enak odstotek minimalnega popusta, čeprav je obseg teh sklopov različen. Merilo za sklop 35 je samo fiktivno, saj naročnik prejetih ponudb v teh sklopih ne bo razvrščal po merilih. Poleg tega naročnik izvaja odprti postopek, ki ne dopušča zgolj oddaje prijave.
2. Iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni jasno razvidno, ali je obvezna nominacija podizvajalcev, kot tudi ne, ali je treba prevoznike, s katerimi ima ponudnik

sklenjene dolgoročne pogodbe, prigrasiti kot podizvajalce. Ponudniki so dolžni v ponudbi navesti obseg in vrsto del, ki jih prevzema podizvajalec, čeprav je obseg del neznan, če ponudnik nominira podizvajalce za prevoze, ki jih bo delno izvajal tudi sam.

3. Naročnik je predvidel, da bo sprejel odločitev o oddaji naročila za drugi sklop na ravni skupine sklopov šele po pravnomočni odločitvi o oddaji naročila za prve sklope na ravni skupine. Pravica do učinkovitega pravnega varstva je izvotlena, če odločitev za prvi sklop postane pravnomočna, saj v njo ni mogoče posegati.
4. Naročnik ni pojasnil, kateri so objektivni razlogi, zaradi katerih ne bo sledil razmerju 60:40.
5. Iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni jasno razvidno, kdo je menični upnik.

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

1. Naročnik uvodoma navaja, da na področju nabav zdravil obstajajo številne težave.
2. Predmet javnega naročila je določljiv v vseh sklopih, saj je določljiv v sklopih od 1 do 28, posledično pa tudi v sklopih od 29 do 34. Določljiv način opredelitve naročila omogoča, da se naročnik in dobavitelj ob vsaki posamezni dobavi vprašajo, v katero ATC skupino spada zdravilo in ali ima v trenutku dobave zdravilo ekskluzivno pravico. Odgovora na ti dve vprašanji bosta vsako posamezno zdravilo uvrstila v konkreten sklop, ki ga bo dobavil izbrani dobavitelj. Naročnik ne ve, za katera zdravila obstaja ekskluzivna pravica, naročnik tudi ni subjekt, ki bi s proizvajalci oz. distributerji, ki podeljujejo ekskluzivne pravice, sklepal pogodbe – te sklepajo ponudniki, ki zato bistveno bolje vedo, katera zdravila so zmožni dobavljati in katerih ne. Da ponudniki s takšnimi podatki razpolagajo, dokazuje tudi vlagatelj sam na primeru zdravil proizvajalca MERCK SHARP & DOHME (v nadaljevanju: proizvajalec MSD). Naročnik mora po postopku javnega naročanja dobaviti vsa zdravila, tudi zdravila z ekskluzivnimi pravicami. Tudi če bi naročnik zahteval popust na posamezno zdravilo, za kar se zavzema vlagatelj, bi morali ponudniki »špekulirati« o ocenjenih količinah. Naročnik se ne more zavezati k dobavi določene vrste in količine zdravil. Ponudniki za pripravo ponudb ne potrebujejo podatka o ocenjeni vrednosti, saj imajo na razpolago informativni popis zdravil, na podlagi katerega se lahko prosto odločijo, ali bodo sodelovali pri javnem naročilu. Naročnik zavrača očitke, vezane na umanjkanje merila za izbiro skleniteljev okvirnega sporazuma za sklop 35.
3. Iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je jasno razvidno, da morajo ponudniki prigrasiti podizvajalce in da se prevozna podjetja, ki jih ponudniki občasno uporabljajo za prevoz zdravil na podlagi dolgoročno sklenjenih pogodb, ne štejejo za podizvajalce.
4. Vlagatelj zaradi ločenega sprejema odločitev o oddaji naročila ne bo onemogočen v pravici do pravnega varstva, saj bo imel možnost vložiti zahtevek za revizijo najprej zoper prvi sklop, nato pa še zoper drugi sklop. Če vlagatelj ne bo izkoristil pravnega varstva in bo postala odločitev v prvem sklopu pravnomočna, bo za nastalo situacijo odgovoren sam.
5. Naročnik ni prejel vprašanja, katere okoliščine se štejejo kot »objektivne okoliščine«, poleg tega se izvajanje dobav nanaša na izvedbeno fazo. Objektivne okoliščine predstavljajo pravni standard.
6. Revizijski očitki, da je dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila nejasna v delu, ki se nanaša na finančna zavarovanja, so preuranjeni, poleg tega vlagatelj meša finančno zavarovanje za resnost ponudbe in finančno zavarovanje za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti.

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

Vlagatelj je dne 6. 1. 2023 na Državno revizijsko komisijo naslovil dve vlogi; v prvi vlogi predlaga začetek revizijskega postopka zaradi molka naročnika ter se opredeljuje do naročnikovih navedb

iz dokumenta z dne 3. 1. 2023, v drugi vlogi pa se (z identičnimi navedbami kot v prvi vlogi) opredeljuje do naročnikovih navedb iz dokumenta z dne 3. 1. 2023.

Naročnik je na podlagi zahteve Državne revizijske komisije dne 10. 2. 2023 predložil pooblastila posameznih javnih naročnikov pooblaščenemu naročniku za izvedbo postopka javnega naročanja.

Državna revizijska komisija je vlagatelju, na podlagi njegove zahteve in na podlagi 150. člena Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/1999 s sprem.; v nadaljevanju: ZPP), v povezavi s 13. členom ZPVPJN, dne 3. 3. 2023 omogočila pregled in prepis spisa predmetnega revizijskega postopka. V okviru vpogleda v spis je vlagatelj pridobil kopije pooblastil posameznih javnih naročnikov pooblaščenemu naročniku za izvedbo postopka javnega naročanja, do katerih se je vlagatelj opredelil z vlogo z dne 10. 3. 2023.

Državna revizijska komisija je na podlagi vlagateljevega in naročnikovega predloga ter prvega odstavka 35. člena ZPVPJN izvedla ustno obravnavo, katere sta se udeležila tako vlagatelj kot naročnik.

Vlagatelj je z vlogo z dne 29. 3. 2023 dopolnil stroškovnik.

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.

1. Glede predloga za začetek revizijskega postopka zaradi molka naročnika

Vlagatelj v vlogi z dne 6. 1. 2023 navaja, da je odločitev o zahtevku za revizijo 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. Ker odločitve o zahtevku za revizijo niso sprejeli tudi posamezni naročniki, je nastopil molk organa glede posameznih naročnikov, zato v tem delu vlagatelj predlaga začetek revizijskega postopka zaradi molka naročnika.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da pooblaščen naročnik, tj. Javni lekarniški zavod Gorenjske lekarne, izvaja postopek javnega naročanja po odprtem postopku v svojem imenu in za svoj račun ter v imenu in za račun (13) naročnikov, ki so navedeni v točki I.1 obvestila o javnem naročilu.

Državna revizijska komisija nadalje ugotavlja, da se je revizijski postopek, katerega začetek predlaga vlagatelj, začel še preden je vlagatelj vložil predlog za začetek revizijskega postopka, in sicer, ko je Državna revizijska komisija od naročnika prejela vlagateljev zahtevek za revizijo, torej dne 6. 1. 2023. Skladno s prvim odstavkom 30. člena ZPVPJN se namreč revizijski postopek začne, ko Državna revizijska komisija na podlagi prvega, drugega ali tretjega odstavka 29. člena ZPVPJN od naročnika prejme zahtevek za revizijo. Z vidika poteka predmetnega postopka in za zagotovitev pravnega varstva vlagatelja ni relevantno, na podlagi katerega odstavka 29. člena ZPVPJN je Državna revizijska komisija prejela zahtevek za revizijo, ampak je bistveno, da je naročnik odstopil zahtevek za revizijo ter da se je posledično začel revizijski postopek. Glede na navedeno gre ugotoviti, da vlagatelj nima pravnega interesa za (ponoven) začetek revizijskega

postopka, ki se je že začel, zato je Državna revizijska komisija na podlagi 274. člena ZPP, v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN, predlog za začetek revizijskega postopka pred Državno revizijsko komisijo, ki ga je vlagatelj podal z vlogo z dne 6. 1. 2023, zavrgla.

Če pa bi bilo treba vlagateljeve navedbe, s katerimi utemeljuje molk posameznih naročnikov, razumeti kot vlagateljevo zatrjevanje, da so navedbe v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo lahko upoštevne le za pooblaščenega naročnika, ne pa tudi za posamezne naročnike, gre pojasniti, da iz določb ZPVPJN, kjer je določena vloga naročnika v postopku pravnega varstva (v 2., 3., 26. in 28. členu), izhaja, da ima naročnik v predrevizijskem postopku položaj organa pravnega varstva, ki odloča o zahtevku za revizijo. Pri odločanju o zahtevku za revizijo naročnik torej nastopa na podlagi zakonsko podeljenega pooblastila za odločanje o zahtevku za revizijo, to je za odločanje o pravici vlagatelja do zagotovitve pravnega varstva v postopku oddaje javnega naročila. Naročnik tako sprva (v predrevizijskem postopku) nastopa v vlogi nosilca zakonskega pooblastila, ki odloča o pravici vlagatelja, položaj stranke pa pridobi v revizijskem postopku pred Državno revizijsko komisijo. Naročnik za prenos pooblastila za odločanje o zahtevku za revizijo na drugo osebo (npr. na odvetnika) nima podlage v zakonu (prim. odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-205/2017).

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). Izpostavljeno stališče je 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.

V obravnavanem primeru iz pooblastil posameznih naročnikov izhaja, da so posamezni naročniki na podlagi 33. člena ZJN-3 pooblastili pooblaščenega naročnika, tj. Javni lekarniški zavod Gorenjske lekarne, za izvedbo in odločanje v postopku javnega naročanja, vključno s pripravo vseh dokumentov, izvedbo vseh postopkov, potrebnih za oddajo javnega naročila, sprejemom odločitve o oddaji javnega naročila ter odločanjem o morebitno vloženi zahtevki za revizijo. Ker so torej posamezni naročniki za izvedbo postopka javnega naročanja pooblastili pooblaščenega naročnika, ker je kot naročnika v smislu ZPVPJN treba 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, in ker je o zahtevku za revizijo odločil pooblaščen naročnik (tj. Javni lekarniški zavod Gorenjske lekarne), Državna revizijska komisija ugotavlja, da je odločitev o zahtevku za revizijo sprejel naročnik v smislu določb ZPVPJN. To pa tudi pomeni, da so navedbe iz odločitve o zahtevku za revizijo pravno upoštevne za vse naročnike, vključene v predmetni postopek oddaje javnega naročila, torej tako za pooblaščenega naročnika kot tudi za vse posamezne naročnike.

V zvezi z navedbami vlagatelja, da bi morala biti *»odločitev podpisana in žigosana, navedena bi morala biti tudi številka odločitve, saj elektronski podpis ne zadostuje«*, gre ugotoviti, da vlagatelj ne utemelji, zakaj bi po njegovem mnenju morala biti odločitev o zavrnitvi zahtevka za revizijo opremljena s številko odločitve, žigom in lastnoročnim podpisom oz. zakaj elektronski podpis,

razviden iz odločitve o zavrnitvi zahtevka za revizijo, ne zadostuje. Ob tem ne gre spregledati, da vlagatelj v postopku pravnega varstva ne dvomi, da je odločitev o zavrnitvi zahtevka za revizijo sprejel pooblaščen naročnik – nasprotno, vlagatelj zatrjuje, da je odločitev o zavrnitvi zahtevka za revizijo sprejel pooblaščen naročnik. Ob takšnem izhodišču pa morebitne (zatrjevane) formalne pomanjkljivosti odločitve o zavrnitvi zahtevka za revizijo niso ključne, pač pa je bistveno, da je vlagatelj odločitev o zavrnitvi zahtevka za revizijo prejel in da se je imel tudi možnost izreči o naročnikovih navedbah, kar je vlagatelj tudi storil v vlogi z dne 6. 1. 2023.

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

2. Glede naročnikovih pomislov o naročanju zdravil

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

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

Državna revizijska komisija je kot nepotreben zavrnila vlagateljev dokazni predlog za zaslihanje zakonite zastopnice pooblaščenega naročnika in »ustreznega« predstavnika Javne agencije za zdravila in medicinske pripomočke (v nadaljevanju: JAZMP), ki bi izpovedala »o dosedanji praksi naročanja zdravil, o pogojih posameznih dobaviteljev, o oblikovanju cen zdravil, popustih na obseg dobav in predčasno plačilo, o ovirah za razdelitev naročila na nadaljnje sklope, o postopku razvrščanja zdravil v ATC skupine, podeljevanju rednih in izrednih dovoljenj o zdravilih, o

(ne)obstoju seznama zdravil z ekskluzivnimi pravicami, režimu teh ekskluzivnih pravi in vseh drugih dejanskih vidikov tega revizijskega postopka«. Naročnik namreč želi z omenjenim dokaznim predlogom pojasnjevati zakonsko ureditev (npr. postopek razvrščanja v ATC skupine, podeljevanje dovoljenj o zdravilih, oblikovanje cen), okoliščine, ki v obravnavanem primeru niso pravno relevantne okoliščine pri presoji, ali je naročnik določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila oblikoval skladno z določbami ZJN-3 (npr. dosedanja praksa naročanja zdravil, ovire za razdelitev naročila na nadaljnje sklope – vlagatelj naročniku namreč ne očita kršitve pri oblikovanju sklopov) in kot bo pojasnjeno v nadaljevanju, nesporna dejstva (npr. o (ne)obstoju seznama zdravil z ekskluzivnimi pravicami).

3. Glede zdravil z ekskluzivnimi pravicami

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da predmet sklopov od 29 do 34 ni jasno opredeljen, saj ni jasno, katera zdravila so zdravila z ekskluzivnimi pravicami. Naročnik bi moral oblikovati jasen in nedvoumen seznam z navedbo vseh zdravil v določenem sklopu na točno določen dan, s čimer bi se izognil neprimerljivosti ponudb zaradi vračunavanja popustov v napačnih sklopih. Naročnik je v sklopih od 29 do 34 predvidel predložitev lastne izjave, iz katere izhaja, da ima ponudnik s strani proizvajalca pravico dobavljati blago na slovenskem trgu, kar ni skladno z naročnikovo opredelitvijo ekskluzivne pravice. Naročnik tudi ni navedel vrednost nakupov v letu 2021 za sklope od 29 do 34.

V obravnavanem primeru je naročnik predmet javnega naročila opredelil v 5.1. točki »Opis predmeta javnega naročila« dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Iz omenjene točke dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila jasno, natančno in nedvoumno izhaja, da je predmet javnega naročila dobava zdravil, (1) za katere velja določen način/režim predpisovanja in izdaje zdravil (Rp, Rp/Spec, H/Rp in ZZ) oz. zdravila na recept, (2) ki so uvrščena v Centralno bazo zdravil (v nadaljevanju: CBZ), (3) ki imajo dovoljenje, da so v prometu v Republiki Sloveniji in (4) katerih cena je regulirana s strani JAZMP. Iz omenjene točke dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila nadalje jasno, natančno in nedvoumno izhaja, da je predmet javnega naročila razdeljen na 490 sklopov, in sicer je predmet javnega naročila razdeljen najprej glede na posamezne naročnike (oznake sklopov od 01 do 14), na ravni vsakega posameznega naročnika pa je predmet javnega naročila nadalje razdeljen na 35 sklopov, in sicer:

- sklopi od 1 do 28 so oblikovani glede na ATC klasifikacijo zdravil (obstaja 14 ATC skupin zdravil), pri čemer sta znotraj vsake ATC skupine zdravil oblikovana dva sklopa za dobavo različnih količin (razmerje 60:40) istih zdravil. Predmet teh sklopov so vsa zdravila, ki so uvrščena v posamezno ATC skupino, razen:
 - o zdravil, v zvezi s katerimi obstoji ekskluzivna pravica distribucije na slovenskem trgu (ta zdravila so uvrščena v sklope od 29 do 34) ter
 - o zdravila z začasnim dovoljenjem za uvoz v Republiko Slovenijo (ta zdravila so uvrščena v sklope 35),
- predmet sklopov od 29 do 34 (tj. sklopi z ekskluzivnimi pravicami) so zdravila, v zvezi s katerimi imajo določeni subjekti (to so, Zavod RS za transfuzijsko medicino – sklop 29, Kemofarmacija, d.d., – sklop 30, Salus, d.d., – sklop 31, Iris, d.o.o., – sklop 32, Medis, d.o.o., – sklop 33, Mark Medical, d.o.o., – sklop 34) ekskluzivno pravico distribucije,
- predmet sklopov 35 (tj. interventni uvoz) so zdravila, ki nimajo rednega dovoljenja za promet z zdravilom v Republiki Sloveniji.

Del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je tudi popis zdravil, ki predstavlja seznam zdravil po ATC skupinah, ki so jih v letu 2021 kupili posamezni naročniki (glej odgovora, objavljena na Portalu javnih naročil dne 3. 11. 2022 ob 13:28 in 13:31 uri). V zvezi s popisom zdravil je naročnik pojasnil, da je ta le informativen, da so vrste in količine oz. vrednosti zdravil le

informativne in da bodo naročniki dejansko naročali zdravila glede na njihove dejanske potrebe (glej 5.1. in 5.3. točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in odgovora naročnika, objavljena na Portalu javnih naročil dne 3. 11. 2022 ob 13:28 in 13:31 uri).

Upoštevanje predstavljeni del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila gre ugotoviti, da naročnik predmeta javnega naročila ni opredelil s popisom zdravil, pač pa je predmet javnega naročila oz. predmet posameznih sklopov opisno opredelil v 5.1. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Posledično gre kot neutemeljene zavrniti navedbe vlagatelja, podane na ustni obravnavi, da so zdravila, glede katerih obstoji ekskluzivna pravica distribucije, vključena v sklope od 1 do 28. Iz 5.1. točke dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila namreč jasno, natančno in nedvoumno izhaja, da zdravila, glede katerih obstoji ekskluzivna pravica, niso predmet sklopov od 1 do 28, temveč so predmet sklopov od 29 do 34. Na tem mestu gre dodati, da četudi so v popisu zdravil znotraj posamezne ATC skupine vključena tudi zdravila, ki zaradi ekskluzivnih pravic ne sodijo v sklope od 1 do 28, to ne pomeni, da so zdravila, glede katerih obstoji ekskluzivna pravica distribucije, predmet sklopov od 1 do 28, saj je naročnik na Portalu javnih naročil pojasnil, da so znotraj posamezne ATC skupine vključena tudi zdravila, ki zaradi ekskluzivnih pravic ne sodijo v posamezen sklop oz. v sklope od 1 do 28, in da ponudniki zdravila, v zvezi s katerimi obstajajo ekskluzivne pravice distribucije, upoštevajo v sklopih z ekskluzivnimi pravicami (glej odgovora, objavljena na Portalu javnih naročil dne 3. 11. 2022 ob 13:28 in 13:31 uri).

Glede revizijskih očitkov, da ni jasno, katera so zdravila z ekskluzivno pravico in ki kot takšna spadajo v sklope od 29 do 34, gre najprej ugotoviti, da je naročnik v 5.1. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ekskluzivno pravico opredelil kot *»pravico, na podlagi katere lahko posamezni dobavitelj, ki ima dovoljenje za prodajo v RS, prodaja zdravila določenega proizvajalca, pri čemer drugi dobavitelji na slovenskem trgu te pravice nimajo in posledično nimajo zmoglosti dobavljati takšnih zdravil«*. Naročnik je na Portalu javnih naročil odgovoril na več vprašanj zainteresiranih gospodarskih subjektov v zvezi z ekskluzivno pravico, in sicer (med drugim):

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

Državna revizijska komisija ugotavlja, da kljub temu, da je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ekskluzivno pravico opredelili kot *»pravico prodaje«*, je treba upoštevati odgovora, objavljena na Portalu javnih naročil dne 23. 11. 2022 ob 7:43 in 11:17 uri, ekskluzivno pravico razumeti v smislu sporazuma o izključni (ekskluzivni) distribuciji. Sporazum o izključni (ekskluzivni) distribuciji je vertikalni sporazum, ki pomeni sporazum med dvema ali več podjetji, od katerih za namene sporazuma vsako posluje na različni stopnji proizvodne ali distribucijske verige, in ki se nanaša na pogoje, po katerih udeležena podjetja kupujejo, prodajajo ali nadaljnje prodajajo določeno blago ali storitve (v tem smislu glej a) točko 1. člena Uredbe Komisije (EU) 2022/720). Sporazumi o izključni (ekskluzivni) distribuciji so lahko različnih modalitet in se lahko nanašajo na dodelitev oz. omejitev ozemlja ali dodelitev oz. omejitev skupine odjemalcev izključno omejenemu številu (ali celo enemu) kupcu (v tem smislu glej h) točko 1. člena Uredbe Komisije (EU) 2022/720). S sporazumom o izključni distribuciji se torej dobavitelj (npr.

proizvajalec) strinja, da bo svoje izdelke prodajal enemu (ali več) distributerjem za nadaljnjo prodajo na določenem ozemlju ali bo svoje izdelke prodajal enemu (ali več) distributerjem za nadaljnjo prodajo točno določeni skupini odjemalcev. Upošteva navedeno in upošteva, da iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni razvidno, da bi bila za sklope od 29 do 34 relevantna le določena modaliteta sporazuma o izključni (ekskluzivni) distribuciji, gre ugotoviti, da so predmet sklopov od 29 do 34 zdravila, ki jih dobavitelj (v smislu sporazuma o ekskluzivni distribuciji) dobavlja izključno točno določenim subjektom (to so, Zavod RS za transfuzijsko medicino, Kemofarmacija, d.d., Salus, d.d., Iris, d.o.o., Medis, d.o.o., in Mark Medical, d.o.o.) za nadaljnjo prodajo (ali v Republiki Sloveniji ali točno določenim kupcem, npr. lekarnam).

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

Navedenega ne spreminjajo vlagateljeve navedbe, da imata glede zdravil proizvajalca MSD ekskluzivno pravico Salus, d.d. (za »*retail*«) in Kemofarmacija, d.d. (za »*Hospital/Hospital-retail*«), kar vlagatelj dokazuje s predložitvijo izpisa elektronskega sporočila tega proizvajalca, in da so ta zdravila dostopna pri vsaj treh največjih veletrgovcih z zdravili, kar vlagatelj dokazuje z izpisom elektronskega sporočila naročnika Lekarne Maribor. Nasprotno, izpostavljene revizijske navedbe kažejo na to, da je vlagatelj seznanjen, da glede zdravil proizvajalca MSD obstajajo ekskluzivne pravice distribucije oz. z zdravili, glede katerih obstajajo ekskluzivne pravice distribucije.

V zvezi z vlagateljevimi navedbami, da zdravila proizvajalca MSD, poleg družbe Salus, d.d. in družbe Kemofarmacija, d.d., dobavljajo tudi drugi veletrgovci, gre pojasniti, da obstoj ekskluzivne pravice distribucije ne pomeni, da gospodarski subjekt, ki ni imetnik ekskluzivne pravice distribuiranja ne more dobaviti zdravila, saj lahko kupi zdravilo od imetnika ekskluzivne pravice distribuiranja, kateremu je bilo dodeljeno izključno ozemlje Republike Slovenije, ali od distributerja, kateremu je bilo izključno dodeljeno neko drugo ozemlje (npr. druga država). V zvezi z naročnikovimi navedbami, podanimi na ustni obravnavi, da v praksi omenjena zdravila ne dobavlja izključno Salus d.d., in da zato »*očitno ne gre za takšne ekskluzivne pravice, ki bi bile v smislu prakse Državne revizijske komisije in SEU pravno upoštevne*«, gre ponoviti, da iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ne izhaja, da bi naročnik ekskluzivne pravice distribucije omejil na posamezno modaliteto sporazuma o izključni (ekskluzivni) distribuciji. Iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila tako ne izhaja, da bi bila predmet sklopov od 29 do 34 zgolj zdravila, katera bi dobavitelj (v smislu sporazuma o izključni (ekskluzivni) distribuciji) podal enemu (ali več) distributerjem za nadaljnjo prodajo točno določeni skupini odjemalcev – tj. lekarnam.

Pritrditi gre navedbam vlagatelja, da naročnik ni navedel ocenjene vrednosti sklopov od 29 do 34, vendar pa gre ugotoviti, da je naročnik za posamezne naročnike (da naročnik za katerega izmed posameznih naročnikov ne bi predstavil popisa zdravil, vlagatelj ne zatrjuje) pripravil popis zdravil, v katerih so zajeta vsa zdravila, ki so jih v letu 2021 naročili posamezni naročniki, torej tudi zdravila z ekskluzivnimi pravicami. Upošteva se navedeno in upošteva se, da so lahko ponudniki, kot strokovnjaki na področju predmeta javnega naročila, lahko seznanjeni glede katerih zdravil obstajajo ekskluzivne pravice distribucije, lahko upošteva se predstavljene popise zdravil ugotovijo tako vrednost kot količino teh zdravil, ki so jih v preteklem obdobju naročili posamezni naročniki in ob upoštevanju navedenega oblikujejo skupni popust na dobavo zdravil.

Pritrditi pa gre navedbam vlagatelja glede Priloge št. 8 – Izjava ponudnika o ekskluzivni pravici, predložitev katere je naročnik zahteval v sklopih od 29 do 34 in s katero ponudnik izjavi:

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

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

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

4. Glede merila za oddajo javnega naročila

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da je merilo za oddajo javnega naročila, upošteva se naročnikovo zahtevo po enotnem popustu za vsa zdravila v posameznem sklopu in upošteva se, da so vrste zdravil in količine okvirne in informativne narave, naročnik pa bo naročal glede na dejanske potrebe, oblikovano v nasprotju z načelom zagotavljanja konkurence med ponudniki in načelom enakopravne obravnave ponudnikov. Izbor ekonomsko najugodnejše ponudbe ne bo temeljil na konkurenčnosti, ampak na špekulaciji, kateri ponudnik bo bolj natančno opredelil naročnikove bodoče potrebe. Zaradi te špekulacije predložene ponudbe tudi ne bodo primerljive.

Vlagatelj v tem delu zahtevka za revizijo naročniku očita kršitve določb ZJN-3 pri oblikovanju merila za oddajo javnega naročila, ki ga naročnik oblikuje upošteva se 84. člen ZJN-3. Merila za oddajo javnega naročila morajo biti nediskriminatorna, sorazmerna in povezana s predmetom javnega naročila (šesti odstavek 84. člena ZJN-3), in zagotavljati možnost učinkovite konkurence (druga poved sedmega odstavka 84. člena ZJN-3).

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

Pritrditi gre vlagatelju, da naročnik zahteva, da ponudniki ponudijo »enotno« stopnjo popusta (oz. enotno stopnjo popusta na ceno zdravila in enotno stopnjo ugodnosti na obseg dobav) za posamezen sklop, torej enako stopnjo popusta za vsa zdravila, ki so predmet posameznega

sklopa, in da naročnik ne dopušča, da bi ponudniki za posamezna zdravila, ki so uvrščena v posamezni sklop, ponudili različno višino popusta oz. ugodnosti. Na tem mestu gre ponoviti, da lahko Državna revizijska komisija v postopku pravnega varstva, glede na pristojnost iz prvega odstavka 60. člena ZPVPJN, odloči le o zakonitosti oddaje javnega naročila in torej o zakonitosti naročnikovega ravnanja. Državna revizijska komisija presoja zakonitost obstoječega ravnanja naročnika, ni pa pristojna za presojo zakonitosti neobstoječega naročnikovega ravnanja. Upošteva je navedeno Državna revizijska komisija vsebinsko ni presojala revizijskih navedb, da oblikovanje popusta za vsako zdravilo posebej ne bi »*oporekalo gospodarnosti naročanja*« in smiselnih vlagateljevim navedbam, da naročnik, če bi dopustil oblikovanje popusta na vsako posamezno zdravilo, v izvedbeni fazi ne bi imel dodatnih opravil (ker mora tudi ob enotni stopnji popusta spremljati cene vsakega posameznega zdravila in ugotavljati v katero ATC skupino zdravil spada posamezno zdravilo ter preveriti pravilnost obračunanega popusta), s katerimi se vlagatelj v bistvu zavzema, da bi naročnik omogočil oblikovanje popusta oz. ugodnosti na obseg dobav za vsako posamezno zdravilo.

Pritrditi gre tudi navedbam vlagatelja, da se naročnik ni zavezal niti k nakupu določene vrste zdravil niti k nakupu določene količine zdravil. Vendar pa gre poudariti, da je okvirni sporazum, ki ga naročnik v predmetnem postopku oddaje javnega naročila uporablja kot tehniko naročanja, 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. Državna revizijska komisija je že večkrat pojasnila (odločitve št. 018-233/2015, 018-149/2019-21, 018-096/2021-90, 018-096/2021-91), da 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. Naročnik lahko na podlagi preteklih nabav relativno natančno oceni, koliko in katera zdravila oz. živila bodo posamezni javni lekarniški zavodi potrebovali v določenem časovnem obdobju. Vendar je ob tem treba upoštevati, da sprotne potrebe porabnikov že po naravi stvari nihajo in da dejanske potrebe javnih lekarniških zavodov niso nujno enake tistim količinam blaga, ki so jim bile dobavljene v preteklem letu. Ker torej v obravnavanem primeru naročnik glede na naravo predmeta javnega naročila ne more vnaprej natančno določiti niti vrste zdravil niti količin zdravil, ki jih bo tekom veljavnosti okvirnega sporazuma potreboval, naročniku ni mogoče očitati kršitev določb ZJN-3, ko je v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila navedel, da bo naročal blago glede na dejanske potrebe in se z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ni zavezal k dobavi določene vrste ali količine zdravil.

Čeprav se torej naročnik ne zavezuje za določen obseg dobav, pa ne držijo navedbe vlagatelja, da bodo ponudniki različno opredelili potrebe naročnika in na podlagi teh različno opredeljenih potreb predložili neprimerljive ponudbe. Naročnik je namreč v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila predstavil obsege posameznih sklopov in v ta namen pripravil popis zdravil, v katerem je naročnik predstavil seznam zdravil po ATC skupinah in njihove količine, ki so jih v letu 2021 kupili posamezni naročniki. Prav tako je naročnik pripravil Prilogo A, v kateri je navedel vrednost nabavljenih zdravil po ATC skupinah za leto 2021. Z navedenim je naročnik gospodarskim subjektom zagotovil informacije, relevantne za oblikovanje skupnega popusta na dobavo zdravil. Od ponudnikov se tako ne pričakuje, da pri oblikovanju popusta na ceno zdravila in ugodnosti na obseg dobav ugibajo o naročnikovih potrebah, kot to zatrjuje vlagatelj.

Pritrditi gre sicer obširnimi vlagateljevim navedbam, da lahko v posledici dejstva, da so predmet posameznega sklopa različna zdravila z različnimi cenami, in upošteva je, da je skladno s Pravilnikom o določanju cen zdravil za uporabo v humani medicini delež (marža) veletrgovca v

ceni zdravila, natančno določen in odvisen od vrednosti zdravila, pri čemer je zamejen na največ 27,50 EUR, pride do situacije, ko bi ponudniki zaradi enotne finančne ugodnosti na celoten sklop (v povezavi z minimalno zahtevano višino ugodnosti na obseg dobav), v zvezi s posameznim (dražjim) zdravilom posloval z »izgubo«, katero bi pokrili z »dobičkom« pri cenejših zdravilih. Vendar navedeno ne pomeni, da ponudniki sami oblikujejo predmet javnega naročila oz. da ugibajo o predmetu in količini, kot to zatrjuje vlagatelj, saj gospodarski subjekti »pokrivajo izgube« pri dražjih zdravilih na podlagi enakih izhodišč, in sicer na podlagi vnaprej pripravljenega popisa zdravil.

V zvezi z navedbami vlagatelja, da »še večjo težavo« predstavlja določba dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, da je ponudnik dolžan zagotavljati enotni popust na vsa zdravila tudi v primeru povišanja cen v CBZ (v 5. členu vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept je določeno, da se popust na ceno zdravila ne obračuna, če se cena zdravila v CBZ od trenutka oddaje ponudbe do trenutka oddaje naročila poviša za več kot 30 odstotkov), gre poudariti, da ponudniki konkurirajo v višini popusta, ki so ga pripravljene ponuditi na referenčno ceno oz. na ceno, ki je za vse gospodarske subjekte enaka, tj. cena, določena v CBZ.

Zavrni gre navedbe vlagatelja, da je merilo ugodnost na obseg dobav oblikovano v nasprotju z načelom sorazmernosti. Nobenega dvoma ne more biti, da je merilo ugodnost na obseg dobav povezano 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 (prim. odločitve št. 018-096/2021-89, 018-096/2021-90, 018-096/2021-91, 018-069/2022 in 018-092/2022). Navedenega ne spreminja dejstvo, da bo dobavitelj naročniku izstavil dobropis v višini vrednosti ugodnosti na obseg dobav, ki se obračuna od zneska dejanske (izvršene) vrednosti dobav, četudi dejanska (izvršena) vrednost dobav ne bo dosegla predvidene oz. ocenjene vrednosti (glej 20. člen vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept). Kljub navedenemu je namreč merilo ugodnost na obseg dobav povezano s predmetom javnega naročila, saj se nanaša na vrednost dobavljenih zdravil oz. na višino dobropisa. Zavrni pa gre tudi navedbe vlagatelja, da bo naročnik prejel medsebojno neprimerljive ponudbe, ker bo vsak ponudnik ugibal glede dejansko izvedenega obsega. Kot že pojasnjeno, naročnik je pripravil popis zdravil, ob upoštevanju katerega ponudniki oblikujejo višino ugodnosti na obseg dobav.

Ker so torej neutemeljene navedbe vlagatelja, da gospodarski subjekti oblikujejo skupni popust na dobavo zdravil (oz. višino popusta na ceno in višino ugodnosti na obseg dobav) na podlagi lastne ocene o naročnikovih potrebah, gre ugotoviti, da odgovor na vprašanje, postavitve katerega predlaga vlagatelj Sodišču EU (in sicer, ali se šteje, da merila za oddajo javnega naročila spoštujejo načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki, če so v pretežni meri odvisna od ponudnikove ocene naročnikovih potreb), ni relevantno (odločujoče) za rešitev spora. Državna revizijska komisija je zato, upoštevaje Sodbo Sodišča Cilfit, C-283/81 (ECLI:EU:C:1982:335, točka 10), vlagateljev predlog za postavitve predhodnega vprašanja Sodišču EU zavrnila. Izhajajoč iz enakih izhodišč je Državna revizijska komisija zavrnila tudi vlagateljev predlog za zaslišanje zakonitega zastopnika vlagatelja in L.K., zaposlene pri vlagatelju, ki bi pojasnila način oblikovanja ponudbene cene ter vpliv količin na oblikovanje ponudbene cene.

Upoštevaje navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni uspel izkazati naročnikovih kršitev pri oblikovanju merila za oddajo javnega naročila, s tem povezane revizijske navedbe pa gre zavrni kot neutemeljene.

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

Vlagatelj v zahtevku za revizijo navaja, da je naročnik predvidel, da bodo zdravila iz sklopov od 29 do 34, če ne bo več obstajala ekskluzivna pravica, dobavljali izbrani dobavitelji za sklope od 1 do 28, in da bodo zdravila iz sklopa 35, potem ko bo zanje pridobljeno redno dovoljenje za promet z zdravilom, dobavljali dobavitelji v sklopih od 1 do 28. Vlagatelj zatrjuje, da bo vsak ponudnik drugače ocenjeval in predvideval, katera bi bila lahko ta zdravila in temu ustrezno prilagajal višino popusta, posledično pa bo naročnik prejel neprimerljive ponudbe. Poleg tega se ponudniki ne morejo zavezati k dobavi zdravila, ki ga ne poznajo in je nedoločljivo.

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

»Velja za sklope od 29 do 34 posameznega naročnika

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

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

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

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

»Predmet te pogodbe so lahko tudi:

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

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

Iz izpostavljenih določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je razvidno, da je naročnik predvidel možnost »prehajanja« zdravil v izvedbeni fazi iz sklopov od 29 do 35 v sklope od 1 do 28. Naročnik je namreč predvidel, da bo zdravila, ki so ob oddaji ponudbe spadala v sklope od 29 do 34, v primeru prenehanja obstoja ekskluzivne pravice distribucije naročal pri dobavitelju, kateremu je bil oddan relevanten sklop od 1 do 28, pod pogoji iz ponudbe, vključno s ponujeno stopnjo skupnega popusta na dobavo zdravil. Prav tako je naročnik predvidel, da bo zdravila, ki so uvrščena v sklop 35 (torej zdravila, ki nimajo »rednega dovoljenja« za promet z zdravilom v Republiki Sloveniji, temveč »začasno dovoljenje«), kupoval od dobavitelja, kateremu je bil oddan ta sklop, dokler bo za zdravilo izdano »začasno dovoljenje«, ko pa bo zdravilo pridobilo »redno dovoljenje«, bo to zdravilo kupoval od dobavitelja, kateremu je bil oddan

relevanten sklop od 1 od 28, pod pogoji iz ponudbe, vključno ob upoštevanju ponujene stopnje skupnega popusta na dobavo zdravil.

Državna revizijska komisija ne more pritrditi navedbam naročnika, da opredelitev predmeta javnega naročila na »določljiv način« omogoča, »da se naročnik in dobavitelji ob vsaki posamezni dobavi za vsako zdravilo vprašajo (1) v katero ATC skupino spada zdravilo in (2) ali ima v tem trenutku dobave zdravilo kakršnokoli ekskluzivno pravico« in da naročnik v tem sosledju tudi naroča zdravila (torej da naroči zdravilo pri dobavitelju od 1 do 28, »ko mu bo pa ta odvrnil, da zdravila zaradi ekskluzivnih pravic ne more dobaviti« naročnik naroči zdravilo v sklopih od 29 do 34), saj to pomeni, da se šele v izvedbeni fazi oz. ob posameznem naročilu določa, v kateri sklop spada posamezno zdravilo. Četudi je naročnik predmet javnega naročila določil opisno (in ne s seznamom konkretnih zdravil, ki spadajo v posamezni sklop), je treba kot presečni dan, relevanten za presojo, katero konkretno zdravilo spada v posamezen sklop oz. v kateri sklop spada posamezno zdravilo, šteti potek roka za predložitev ponudb. Omenjeni presečni datum je ključen za zagotavljanje načela transparentnosti in načela enakopravne obravnave ponudnikov, saj se gospodarski subjekti glede na zdravila, ki na presečni dan determinirajo posamezen sklop, odločijo glede sodelovanja v postopku javnega naročanja oz. ali bodo predložili ponudbo, prav tako ponudniki oblikujejo skupen popust na dobavo zdravil ob upoštevanju strukture (vrste in količine) zdravil, ki so ob njegovem oblikovanju determinirala posamezen sklop. Po poteku roka za predložitev ponudb posamezna zdravila ne morejo prehajati iz enega sklopa v drugi sklop, saj bi to pomenilo, da se po poteku roka za oddajo ponudb določa oz. spreminja predmet posameznega sklopa. Če bi se v postopku javnega naročanja dopustilo, da bi zdravilo, ki je bilo ob poteku roka za oddajo javnega naročila predmet posameznega sklopa, v izvedbeni fazi prešlo v drug sklop, bi to pomenilo, da naročnik naroča zdravila od dobavitelja, ki ponudbe za to zdravilo sploh ni oddal.

Poleg tega bi morali gospodarski subjekti v posledici določb, da bo naročnik naročal zdravila, ki bodo prešla iz sklopov od 29 do 35 v sklope od 1 do 28, v sklopih od 1 do 28 pod pogoji iz ponudbe (za sklope od 1 do 28), oblikovati skupni popust na dobavo zdravil (v sklopih od 1 do 34) tudi ob upoštevanju teh zdravil, ki bodo »prešla« iz sklopov od 29 do 35 v sklope od 1 do 28, čeprav ob oddaji ponudbe ni mogoče oceniti niti predvidene strukture teh zdravil niti predvidenih količin teh zdravil, kot tudi ne cen teh zdravil, kar pa so ključni podatki, ki jih ponudniki potrebujejo za oblikovanje skupnega popusta na dobavo zdravil. V posledici sporne zahteve naročnik ne more zagotoviti spoštovanja načela enakopravne obravnave ponudnikov (7. člena ZJN-3), saj, kot to utemeljeno navaja vlagatelj, lahko gospodarski subjekti različno predvidevajo, katera in koliko zdravil bo v izvedbeni fazi prešlo iz sklopov od 29 do 35 v sklope od 1 do 28, kar pomeni, da ponudniki pri oblikovanju skupnega popusta na dobavo zdravil ne bodo izhajali iz enakih izhodišč, posledično pa predložene ponudbe ne bodo primerljive.

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

6. Glede nekaterih naročnikovih odgovorov na Portalu javnih naročil

Vlagatelj zatrjuje, da je naročnik na nekatera vprašanja zainteresiranih gospodarskih subjektov podal pavšalne in nasprotujoče si odgovore ter zavajajoče in neresnične informacije.

V zvezi z izpostavljenimi navedbami gre opozoriti na že večkrat zavzeto stališče Državne revizijske komisije (prim. npr. odločitve v zadevah št. 018-133/2017, 018-020/2019, 018-060/2019, 018-006/2020), da je namen naročnikovega odgovarjanja na vprašanja zainteresiranih gospodarskih subjektov (ki je razviden iz četrtega odstavka 61. člena ZJN-3) v zagotavljanju dodatnih informacij, potrebnih za pripravo ponudb, in v podajanju pojasnil, ki naj odpravijo morebitne nejasnosti ter s tem zagotovijo, da bodo predložene ponudbe tudi medsebojno primerljive. Zato zgolj zatrjevano dejstvo, da naj bi naročnik podajal pavšalne in nekonkretizirane odgovore samo po sebi še ne predstavlja naročnikove kršitve. Šele ugotovitev, da naročnik v posledici umanjkanja vsebinskega odgovora na vprašanje zainteresiranega gospodarskega subjekta ni zagotovil zadosti informaciji za pripravo medsebojno primerljivih in dopustnih ponudb, bi lahko predstavljala podlago za zaključek o naročnikovi kršitvi načela transparentnosti javnega naročanja in načela enakopravne obravnave ponudnikov ter četrtega odstavka 61. člena ZJN-3.

S prvim vprašanjem, ki ga v zahtevku za revizijo izpostavlja vlagatelj in ki je bilo skupaj z odgovorom objavljeno na Portalu javnih naročil dne 23. 11. 2022 ob 8:14 uri, se je zainteresirani gospodarski subjekt najprej zavzemal za pridobitev informacije, na kakšen način bo ravnal naročnik, če ne bo prejel ponudbe za sklope od 29 do 34, in ali bo naročnik v tem primeru zdravila z ekskluzivnimi pravicami distribucije naročal v sklopih od 1 do 28. Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik z odgovorom »V primeru, da naročnik za katerega od sklopov ne bo prejel dopustne ponudbe, naročila v tem sklopu ne bo oddal« vsebinsko odgovoril na prvo vprašanje. S citiranim odgovorom naročnik sicer ni odgovoril na vprašanje, ali bo naročnik, če ne bo prejel dopustne ponudbe za sklope od 29 do 34, zdravila z ekskluzivnimi pravicami distribucije naročal v sklopih od 1 do 28, vendar pa je naročnik (na naslednje objavljeno) vprašanje zainteresiranega gospodarskega subjekta »Če razumemo pravilno, naročnik ne bo naročal zdravil z ekskluzivno pravico pri ponudniku, ki odda ponudbo za posamezen sklop, kljub temu da je bilo to zdravilo navedeno v informativnem popisu, sklopa za katerega je ponudnik oddal ponudbo?« odgovoril »Zdravila z ekskluzivnimi pravicami bo naročnik naročal le v sklopih 29-34«. Iz tega naročnikovega odgovora izhaja tudi vsebinski odgovor na vprašanje, v katerih sklopih bo naročnik naročal zdravila z ekskluzivnimi pravicami. Državna revizijska komisija zato ugotavlja, da je naročnik informacijo, za pridobitev katere se je zavzemal zainteresirani gospodarski subjekt, podal v okviru odgovora na drugo vprašanje.

V okviru drugega vprašanja, ki ga v zahtevku za revizijo izpostavlja vlagatelj in ki je bilo objavljeno skupaj z odgovorom na Portalu javnih naročil dne 23. 11. 2022 ob 7:30 uri, se je zainteresirani gospodarski subjekt najprej zavzemal za pridobitev informacije, kateri subjekti bodo lahko s predložitvijo ponudbe sodelovali v postopku ponovnega odpiranja konkurence oz. za katere sklope bo lahko gospodarski subjekt v postopku ponovnega odpiranja konkurence predložil ponudbo (»[...] kaj se zgodi v primeru [...] ponudnik poda ponudbo [...] za 10 sklopov ATC skupine in je izbran le v 7 sklopih [...] čez 12 mesecev se odpira konkurenca. Ali ponudnik lahko poda ponudbo za 28 sklopov ali zgolj tistih 10, za katere je že podal ponudbo v prejšnjem obdobju [...]«). V nasprotju z mnenjem vlagatelja Državna revizijska komisija ocenjuje, da je naročnik z odgovorom »Naročnik bo v sklopih 1-28 konkurenco za naslednje obdobje odprl tako, da bo vse ponudnike, s katerimi ima sklenjen predmetni okvirni sporazum, povabil k oddaji novih ponudb [...]« vsebinsko odgovoril na zastavljeno vprašanje zainteresiranega gospodarskega dvoma. Iz naročnikovega odgovora namreč izhaja, da bodo v postopku ponovnega odpiranja konkurence lahko sodelovali le gospodarski subjekti, ki imajo za posamezen sklop sklenjen okvirni sporazum (torej sklenitelji okvirnega sporazuma), in da, nasprotno, gospodarski subjekti, ki nimajo sklenjenega okvirnega sporazuma za posamezen sklop ne bodo povabljeni (in posledično ne bodo mogli oddati ponudbe) v postopku ponovnega odpiranja konkurence za ta sklop.

Drugi del vprašanja zainteresiranega gospodarskega subjekta je povezan z zahtevanim finančnim zavarovanjem za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti (»[...] Če lahko poda ponudbo

za več sklopov in je izbran v npr. 10 drugih sklopih kot v predhodnem obdobju, kako je z zavarovanjem, saj je slednjega podal za 48 mesecev. Kaj če je izbran zgolj v 5 ih sklopih? [...]».

Ugotoviti gre, da je vprašanje temeljilo na prvotni določbi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, v okviru katere je naročnik predvidel, da sklenitelji okvirnega sporazuma predložijo finančno zavarovanje za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti z veljavnostjo 48 mesecev (glej 10.2. točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, objavljene na Portalu javnih naročil dne 24. 10. 2022) in katero je naročnik (na podlagi zadevnega vprašanja zainteresiranega gospodarskega subjekta) spremenil na način, da podpisniki pogodbe o sukcesivni dobavi zdravil na recept (oz. dobavitelji) predložijo finančno zavarovanje za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti z veljavnostjo vsaj 30 dni od datuma prenehanja veljavnosti pogodbe (glej 10.2. točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila). Ker se je torej vprašanje zainteresiranega gospodarskega subjekta nanašalo na določbo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki jo je naročnik naknadno spremenil, naročnikov odgovor na zastavljeno vprašanje za pripravo primerljivih, dopustnih in konkurenčnih ponudb ni bil potreben, posledično pa naročniku (četudi bi na to vprašanje odgovoril pavšalno, kot to zatrjuje vlagatelj) ni mogoče očitati, da ni zagotovil potrebnih informacij za pripravo medsebojno primerljivih in dopustnih ponudb.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo v utemeljitev očitkov, da naročnik podaja nasprotujoče si odgovore in »še dodatno povečuje dvoumnosti in nejasnosti« dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila citira vprašanja in odgovora, objavljena na Portalu javnih naročil dne 22. 11. 2022 ob 10:59 uri in dne 23. 11. 2022 ob 11:32 uri. Ugotoviti gre, da vlagatelj zgolj citira vprašanja in odgovora ter ob tem ne konkretizira, zakaj si naj bi bila sporna odgovora v nasprotju oz. v katerem delu je dvoumnost in nejasnost dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, zato izpostavljeni revizijski očitki niso sposobni vsebinske obravnave.

Vlagatelj tudi ne more uspeti z očitki, da je naročnik z odgovorom na vprašanje, ki sta bila objavljena na Portalu javnih naročil dne 22. 11. 2022 ob 9:53 uri, podal zavajajoče in neresnične informacije. Ugotoviti gre, da se je v okviru tega vprašanja zainteresirani gospodarski subjekt zavzemal za znižanje zahtevanega minimalnega odstotka ugodnosti na obseg dobav (naročnik je namreč določil minimalni odstotek ugodnosti na obseg dobav, ki ga morajo ponudniki ponuditi, v nasprotnem primeru bo njihova ponudba zavrnjena, glej 12. točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila), naročnik pa je odgovoril, da je pri določitvi zahtevanega minimalnega odstotka ugodnosti na obseg dobav »upošteval razmere na trgu, dosedanje stopnje minimalnih popustov, ponujene popuste ponudnikov v predhodnih javnih naročilih, povprečno vrednost zdravil znotraj posamezne skupine, vrednost posameznega sklopa javnega naročila in zgornjo vrednostno mejo, po kateri je naročnik (še) pripravljen kupovati zdravila«.

Ponoviti gre, da je namen, ki ga naročnik zasleduje pri odgovarjanju na zahteve ter vprašanja, postavljena preko Portala javnih naročil, v zagotavljanju dodatnih informacij, potrebnih za pripravo ponudb, in v podajanju pojasnil, ki naj odpravijo morebitne nejasnosti ter s tem zagotovijo, da bodo predložene ponudbe tudi medsebojno primerljive. Namen zagotavljanja dodatnih informacij preko Portala javnih naročil tako v prvi vrsti ni v naročnikovem utemeljevanju razlogov za oblikovanje posameznih določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Zato četudi bi bili naročnikovi argumenti, podani v utemeljitev zahtevane višine minimalnega odstotka ugodnosti na obseg dobav, »zavajajoči, neresnični in neprepričljivi«, kot to zatrjuje vlagatelj, naročniku ni mogoče očitati kršitev, saj argumenti oz. razlogi za določitev zahteve, niso podatki, potrebni za pripravo primerljivih, dopustnih in konkurenčnih ponudb.

Če pa gre vlagateljeve navedbe v tem delu razumeti na način, da naročniku zaradi zahtevane višine minimalnega odstotka ugodnosti na obseg dobav (ta je opredeljena v Prilogi A za vsak sklop posebej) očita kršitev določb ZJN-3, gre najprej ugotoviti (kot je to ob primerljivem dejanskem stanju Državna revizijska komisija ugotovila že v zadevah, št. 018-096/2021-89, 018-

096/2021-90, 018-096/2021-91, 018-069/2022 in 018-092/2022), da naročnikova zahteva glede zahtevanega minimalnega odstotka 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 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 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).

Državna revizijska komisija revizijskih navedb, vezanih na višino zahtevanega minimalnega odstotka ugodnosti na obseg dobav (da naročnik ni mogel upoštevati povprečne vrednosti zdravil znotraj sklopa, da ni upošteval vrednosti posameznih sklopov, da ni upošteval razmer na trgu in da zahteva višje minimalne popuste, kot v preteklih postopkih javnega naročanja), glede na naravo sporne zahteve ne more presojati (prim. odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-096/2021-91, 018-069/2022 in 018-092/2022). 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 vlagatelj, 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.

Vlagatelj v tem delu zahtevka za revizijo še zatrjuje, da naročnik za oba sklopa na ravni posamezne ATC skupine in posameznega naročnika zahteva enak (minimalni) odstotek ugodnosti na obseg dobav, čeprav sta sklopa po obsegu različna (razmerje 60:40). Neutemeljeni so revizijski očitki o naročnikovi kršitvi načela enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3), saj zatrjevano neustrezno razmerje med minimalno zahtevano ugodnostjo na obseg dobav in količinskim obsegom posameznega sklopa velja za vse gospodarske subjekte enako - vsi ponudniki so v enakem položaju, saj za vse ponudnike veljajo enake zahteve, določene za posamezni sklop. Načela enakopravne obravnave ponudnikov pa ni mogoče razumeti na način, da bi naročniku nalagal, da gospodarskim subjektom zagotovi enak položaj v različnih sklopih (prim. odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-061/2022-12, 018-139/2022-20 in 018-139/2022-28). V zvezi z vlagateljevimi navedbami, da je ponudnik, ki predloži ponudbo za oba sklopa v slabšem položaju kot ponudnik, ki predloži ponudbo le za en sklop, 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 predložil za oba sklopa, čeprav bodo po mnenju vlagatelja ponudniki, ki bodo oddali ponudbo le za en sklop, v boljšem položaju.

Vlagatelj še zatrjuje, da je naročnikova zahteva glede enakega (minimalnega) odstotka ugodnosti na obseg dobav v obeh sklopih na ravni posamezne skupine in posameznega naročnika nesorazmerna, vendar teh očitkov ne konkretizira. Ugotovitev, da zahteva ni skladna z načelom sorazmernosti je pravni zaključek, vlagatelj pa mora navesti dejstva (in predlagati dokaze), ki bodo omogočala takšen pravni zaključek. Očitek, da je sporna zahteva oblikovana v nasprotju z načelom sorazmernosti, tako ni z ničemer utemeljen in kot takšen ni sposoben vsebinske obravnave.

7. Glede meril za oddajo sklopa 35

Vlagatelj zatrjuje, da je naročnik v sklopu 35 določil fiktivno merilo za izbiro skleniteljev okvirnega sporazuma oz. je določenemu merilu odvzel pomen.

Državna revizijska komisija na podlagi vpogleda v dosje zadevnega javnega naročila ugotavlja, da naročnik preko Portala javnih naročil ni prejel opozorila, povezanega z izpostavljenimi revizijskimi očitki. Ugotoviti gre, da so določbe, s katerimi gospodarski subjekti bo naročnik sklenil okvirni sporazum za sklop 35, in ki jih vlagatelj izpodbija z zahtevkom za revizijo, vsebovane že v prvotni dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, objavljeni na Portalu javnih naročil dne 24. 10. 2022, v kateri je v 5.3. točki določeno:

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

V omenjeni del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila naročnik tekom pojasnjevanja in dopolnjevanja dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni posegal. Navedenega ne spreminja vlagateljovo sklicevanje na vprašanje in odgovor, objavljena na Portalu javnih naročil dne 3. 11. 2022 (kar je pred potekom roka za sprejemanje vprašanj, ki se je iztekel dne 7. 11. 2022), in na vprašanje in odgovor, objavljena na Portalu javnih naročil dne 15. 11. 2022. V okviru vprašanja, objavljenega dne 3. 11. 2022 (*»Glede sklopa 35 - interventni uvoz - prosimo za obrazložitev. Če naročnik ne bo sklepal pogodbe o dobavi, pač pa bo odpiral konkurenco, ko bo nastala potreba po zdravilu, kako naj ponudnik zdaj odda ponudbo? Pri merilih je za sklop 35 določeno, da je popust neomejen. Torej ga mora ponudnik podati? Če poda popust 0%, je to dopustna ponudba?«*) je zainteresirani ponudnik spraševal, ali mora ponudnik podati popust in ali bo ponudba s popustom 0 % štela kot dopustna ponudba, naročnik pa je ponovil, kar je že navedeno v 5.3. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, in sicer *»Ponudniki v sklopu 35 oddajo le prijavo. Ponudbo bo posamezni kandidat, s katerim bo imel naročnik sklenjen okvirni sporazum, podal ob odpiranju konkurence«*. V okviru vprašanja, objavljenega na Portalu javnih naročil dne 15. 11. 2022 (*»Osnutku Okvirnega sporazuma za sklop 35 je določeno, da bo naročnik odpiral konkurenco vsakič, ko bo nastala potreba po nakupu zdravila, potem pa v 9. členu navaja opcijo skupnega popusta. Kateri skupni popust bo vpisal naročnik v 9. člen okvirnega sporazuma, če bo konkurenco odpiral glede na potrebe?«*) se je zainteresirani gospodarski subjekt (ob upoštevanju, da je naročnik (prvotno) predvidel, da se v vzorec okvirnega sporazuma za sklop 35 vpiše tudi ponujeni popust in da ponudniki ne oblikujejo skupnega popusta za sklop 35) zavzemal za pridobitev informacije, *»kateri«* popust se bo vpisal v okvirni sporazum. Na podlagi izpostavljenega vprašanja je naročnik spremenil vzorec okvirnega sporazuma za sklop 35, in sicer tako, da je določbo vzorca okvirnega sporazuma za sklop 35 glede navedbe skupnega popusta črtal, s čimer je vzorec okvirnega sporazuma za sklop 35 uskladil z določbami

dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Ni pa mogoče šteti, da je naročnik z izpostavljenostjo vzorca okvirnega sporazuma za sklop 35 gospodarske subjekte seznanil, da bo v sklopu 35 sklenil okvirni sporazum z vsemi subjekti, ki bodo oddali dopustne »prijave« oz. da merilo za izbor (tj. skupni popust na dobavo zdravil) ne velja za izbiro skleniteljev okvirnega sporazuma, pač pa le za oddajo posameznega naročila, ki bo oddano sklenitelju okvirnega sporazuma.

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

8. Glede priglasitve podizvajalcev

Vlagatelj zatrjuje nejasnost dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila v delu, ki se nanaša na priglasitev podizvajalcev. Vlagatelj zatrjuje, da ni jasno razvidno, ali naročnik zahteva nominacijo podizvajalcev, kot tudi ne, ali je treba prevoznike, s katerimi ima ponudnik sklenjene dolgoročne pogodbe, priglasiti kot podizvajalce. Poleg tega vlagatelj zatrjuje, da ni jasno, kako naj ponudniki pripravijo ponudbo v delu, ki se nanaša na obseg del, ki jih prevzema podizvajalec.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila podal definicijo podizvajalca (4.2. točka), pojasnil, da lahko ponudniki del javnega naročila oddajo v podizvajanje (4.4. točka), opredelil zahtevano ponudbeno dokumentacijo v primeru nastopa s podizvajalci (4.5. točka) in določil pravila glede neposrednih plačil podizvajalcem (4.6. točka). Kot del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je naročnik pripravil Prilogo št. 3 – Izjava ponudnika o udeležbi podizvajalcev ter Prilogo št. 4 – Izjava podizvajalca.

Vlagateljevi očitki o nejasnosti dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila glede (ne)obveznosti priglasitve podizvajalcev so povsem nekonkretizirani, saj vlagatelj zgolj pavšalno navaja, da si naročnik z odgovori na Portalu javnih naročil prihaja sam s seboj v nasprotje, ne da bi pri tem pojasnil, kateri odgovori, objavljeni na Portalu javnih naročil, vezani na podizvajanje, naj bi si bili v nasprotju in zakaj. Čeprav zaradi pavšalnosti vlagateljevi očitki v tem delu niso sposobni vsebinske obravnave, Državna revizijska komisija še dodaja, da je iz predstavljenega dela dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila jasno razvidno, da naročnik zahteva priglasitev podizvajalcev. Odgovori naročnika, objavljeni na Portalu javnih naročil, vezani na podizvajalce, tudi niso kontradiktorni, saj je v okviru odgovorov naročnik ponovil, da so ponudniki dolžni priglasiti podizvajalce in tekom pojasnjevanja dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila od takšne zahteve ni odstopil (glej odgovore, objavljene na Portalu javnih naročil dne 15. 11. 2022 ob 9:54, 10:15 in 11:06 uri ter dne 23. 11. 2022 ob 8:14 uri).

V obravnavanem primeru, v nasprotju z mnenjem vlagatelja, tudi ne more biti nobenega dvoma, da so ponudniki kot podizvajalce dolžni priglasiti gospodarske subjekte, ki bodo za ponudnika izvajali (le) prevoz zdravil. Predmet javnega naročila je dobava zdravil (glej opis predmeta javnega naročila, 5. 5. točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in Prilogo B - Lokacije in urnik dobav ter) - predmet javnega naročila torej ni le nakup zdravil, temveč tudi dostava zdravil. Ker je dostava zdravil oz. prevoz zdravil na lokacijo posameznih naročnikov del

javnega naročila, je gospodarske subjekte, ki bodo za ponudnika izvajali (le) prevoz zdravil na lokacijo posameznih naročnikov (ti. prevozniki), v nasprotju z mnenjem vlagatelja, treba šteti za podizvajalce v smislu druge povedi prvega odstavka 94. člena ZJN-3, posledično pa so ponudniki, skladno z naročnikovimi zahtevami, dolžni priglasiti t.i. prevoznike kot podizvajalce.

Dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila tudi ni nejasna v posledici naročnikovega pojasnila na Portalu javnih naročil, da prevozna podjetja, ki za ponudnika občasno izvajajo prevoz zdravil na podlagi dolgoročno sklenjenih prevoznih pogodb, ki niso namenjena dobavi blaga zgolj za to javno naročilo, temveč so namenjena tudi izvajanju drugih poslov, ne štejejo za podizvajalce za potrebe predmetnega javnega naročila in jih ponudniku ni treba priglasiti kot podizvajalce (vprašanje in odgovor, objavljena na Portalu javnih naročil dne 15. 11. 2022 ob 10:15 uri in dne 23. 11. 2022 ob 7:43). Čeprav gre tudi gospodarski subjekt, s katerim ima ponudnik sklenjeno dolgoročno oz. splošno pogodbo (oz. pogodbo, sklenjeno ne le za potrebe konkretnega javnega naročila, temveč tudi za izvajanje tudi drugih poslov) šteti za podizvajalca v smislu definicije podizvajalca iz prvega odstavka 94. člena ZJN-3, ki jo je naročnik povzel v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, je iz naročnikovega odgovora jasno razvidno, da v konkretnem primeru ponudniki gospodarskih subjektov, ki za ponudnika občasno izvajajo prevoz zdravil na podlagi dolgoročno sklenjenih prevoznih pogodb, niso dolžni priglasiti kot podizvajalcev. Vlagatelj nejasnosti dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila v delu, ki se nanaša na priglasitev t.i. prevoznikov, s katerima ima ponudnik sklenjene dolgoročne pogodbe, ne more utemeljiti s sklicevanjem na neobstoječ odgovor naročnika. Vlagatelj namreč v zahtevku za revizijo citira odgovor drugega naročnika (tj. Koroške lekarne), podan v drugem postopku javnega naročanja (tj. postopek JN007400/2022).

Vlagatelj tudi ne more uspeti z očitki, da je Priloga št. 3 – Izjava ponudnika o udeležbi podizvajalcev, v kateri ponudnik navede »*obseg in vrsto del podizvajalca*«, v nasprotju s 4.5. točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, v kateri je navedeno, da ponudnik »*opisno navede, katere dobave znotraj posameznega sklopa oddaja v podizvajanje*«, saj vlagatelj ne pojasni in konkretizira, zakaj bi bila dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila v izpostavljenem delu sama s seboj v nasprotju. Neutemeljene so tudi navedbe vlagatelja, da ni mogoče izpolniti Priloge št. 3 v delu »*obseg in vrsta del podizvajalca*«, če ponudnik nominira podizvajalca zgolj za prevoze, ki jih bo delno izvajal ponudnik tudi sam, ker ni jasno, v kakšnem obsegu bodo potrebne storitve podizvajalcev. Državna revizijska komisija sicer ocenjuje, da je sodelovanje s podizvajalci in obseg sodelovanja podizvajalcev lahko (v primeru, če ponudnik razpolaga s prevoznimi sredstvi za prevoz zdravil in tudi sam opravlja prevoze zdravil) odvisen od vprašanja, koliko sklopov bo oddanih posameznemu gospodarskemu subjektu. Če bo namreč gospodarskemu subjektu oddano majhno število sklopov, bo lahko ta subjekt sam izvedel potrebno dostavo zdravil na lokacijo naročnika (in torej pri izvedbi javnega naročila ne bo potrebno sodelovanje s podizvajalci), ter nasprotno, če bo posameznemu gospodarskemu subjektu oddano večje število sklopov, ta gospodarski subjekt ne bo mogel sam izvesti vseh oddanih mu sklopov, pač pa bo pri izvedbi javnega naročila potrebno sodelovanje s podizvajalci. Vendar pa navedeno ne more biti ključno pri pripravi ponudbe, saj gospodarski subjekti pripravijo ponudbe upoštevaje izhodišče, da jim bodo oddani vsi sklopi, za katere oddajo ponudbo (oz. en sklop na ravni posameznega naročnika in ravni posamezne vrste blaga), ter na podlagi tega izhodišča nominirajo morebitne podizvajalce in njihov obseg prevzetih del.

Upoštevaje navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni izkazal naročnikovih kršitev pri oblikovanju zahtev, vezanih na priglasitev podizvajalcev, vlagateljeve navedbe v tem delu pa gre zavriniti kot neutemeljene.

9. Glede izbire po sklopih na ravni skupine sklopov

V kolikor vlagatelj z navedbami, da naročnik ne more pogojevati dodelitve naročila v sklopu 2 z nedodelitvijo naročila v sklopu 1, kot nezakonito izpostavlja določbo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, da je lahko posameznemu ponudniku oddan samo en sklop na ravni posameznega naročnika in na ravni posamezne ATC skupine zdravil (5.1. točka dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila), Državna revizijska komisija pojasnjuje (kot je to pojasnila že v odločitvah, št. 018-096/2021-21, 018-096/2021-22, 018-069/2022-10 in 018-092/2022-16), da ima naročnik skladno s tretjim odstavkom 73. člena ZJN-3 možnost omejitve števila sklopov, ki bodo oddani enemu ponudniku. Naročnik je, kot je to razvidno iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, sporno določbo vključil v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila iz razloga zanesljivosti dobav, kar gre šteti za objektivno utemeljen razlog, povezan s predmetom javnega naročila. Naročniku zato ni mogoče očitati kršitev, ker je določil, da je ponudnik lahko izbran le v enem sklopu na ravni posameznega naročnika in na ravni posamezne ATC skupine zdravil. V zvezi z navedbami vlagatelja, da je »*takšen način postopanja*« v nasprotju z določilom, da se javno naročilo odda ponudniku z ekonomsko najugodnejšo ponudbo, gre še dodati, 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. Zato gre ugotoviti, da je očitno že zakonodajalec pretehtal, da je naročnik (v določenih primerih) upravičen, da posameznega sklopa ne odda ponudniku z dopustno in ekonomsko najugodnejšo ponudbo, pač pa odda ta sklop ponudniku, čigar (dopustna) ponudba ni ekonomsko najugodnejša.

Naročnik je v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določil, da bo sprejel odločitev o oddaji javnega naročila za drugi sklop (manjši sklop) na ravni posameznega naročnika in posamezne ATC skupine zdravil po pravnomočni odločitvi o oddaji javnega naročila za prvi sklop (večji sklop) na ravni posameznega naročnika in posamezne ATC skupine zdravil (glej odgovor naročnika, objavljen na Portalu javnih naročil dne 15. 11. 2022 ob 10:12 uri).

V zvezi z vlagateljevimi navedbami, da predvideni način sprejemanja odločitev o oddaji naročila onemogoča učinkovito pravno varstvo, Državna revizijska komisija pojasnjuje, da ponudnik z zahtevkom za revizijo, vloženim v skladu s prvim odstavkom 14. člena ZPVPJN (ki določa, da se aktivna legitimacija prizna vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za dodelitev javnega naročila in ji je ali bi ji lahko z domnevno kršitvijo nastala škoda), ščiti svoj pravni položaj v postopku oddaje javnega naročila. Kršitev oz. kršitve, ki jih zatrjuje vlagatelj v zahtevku za revizijo, morajo torej imeti za posledico verjeten nastanek škode, ki se kaže kot posledica nezakonitega onemogočanja pri pridobitvi konkretnega javnega naročila.

Iz revizijskih navedb ni mogoče razbrati, zakaj bi predvideni način sprejemanja odločitev o oddaji javnega naročila vlagatelju onemogočal oz. oteževal sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila. Upošteva se navedeno in upošteva se, da tudi po presoji Državne revizijske komisije vlagatelju zaradi načina sprejemanja odločitev o oddaji javnega naročila ni onemogočeno oz. oteženo sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila, vlagatelju za presojo očitkov, povezanih s predvidenim načinom sprejemanja odločitev o oddaji javnega naročila, ni mogoče priznati aktivne legitimacije.

Ne glede na navedeno Državna revizijska komisija še dodaja, da upošteva se, da je sklop del javnega naročila, ki tvori zaključeno celoto in ga je mogoče oddati ločeno, naročnik ni dolžan sprejeti odločitev o oddaji javnega naročila za posamezne sklope sočasno, pač pa jih lahko

sprejme v različnem časovnem obdobju, ki se lahko razlikujejo glede na trenutek nastopa pravnomočnosti in zoper katere lahko aktivno legitimirane osebe sprožijo ločene postopke pravnega varstva (prim. odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-096/2021-89, 018-061/2022-12 in 018-139/2022-28). Vlagatelj sicer pravilno navaja, da imajo gospodarski subjekti pravico do učinkovitega pravnega varstva in da v pravnomočno odločitev ni mogoče posegati, vendar vlagatelju zaradi predvidenega načina sprejema odločitev o oddaji javnega naročila ne bo onemogočeno učinkovito pravno varstvo, saj bo zoper odločitev o oddaji javnega naročila imel možnost uveljavljanja pravnega varstva pred nastopom njene pravnomočnosti.

10. Glede razmerja 60:40

Kot že pojasnjeno, znotraj vsake ATC skupine zdravil posameznega naročnika sta oblikovana dva sklopa za dobavo različne količine zdravil (razmerje 60:40) istih zdravil. Upošteva se navedeno in upošteva se naročnikovo omejitev števila sklopov, ki se lahko oddajo posameznemu ponudniku, bo imel vsak posamezen naročnik za ista zdravila sklenjeni dve pogodbi o sukcesivni dobavi zdravil za ista zdravila. Iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja, da bo naročnik v izvedbeni fazi naročal zdravila na način, da bo sledil ohranjanju razmerja med sklopoma. Naročnik je na vprašanje zainteresiranega gospodarskega subjekta, na kakšen način bo v praksi izvajal delitev 60/40, na Portalu javnih naročil dne 3. 11. 2022 ob 13:24 uri pojasnil, da se bo spoštovanje razmerja 60:40 izvajalo na ravni posameznega naročnika in posledično na ravni celotnega javnega naročila, da si bo prizadeval naročiti blago v razmerju 60:40, in sicer glede na strukturo zdravil, ki jih v obdobju odpiranja konkurence naroča in da »V kolikor zaradi objektivnih razlogov (posamezna naročila so namreč odvisna od potreb pacientov in ne posameznega naročnika) ne bo mogoče pri določenih zdravilih spoštovati razmerja 60:40, posamezni naročnik odgovornosti ne prevzema«. Navedeno je naročnik v okviru odgovorov na Portalu javnih naročil še večkrat ponovil (glej odgovore, objavljene dne 15. 11. 2022 in dne 22. 11. 2022).

V zvezi z vlagateljevimi očitki, da »naročnik ni pojasnil, kaj so objektivni razlogi, zaradi katerih razmerju 60:40 ne bo sledil«, gre na podlagi vpogleda v dosje zadevnega javnega naročila pritrditi naročniku, da preko Portala javnih naročil ni prejel opozorila, povezanega z izpostavljenimi revizijskimi očitki. Naročnik je s citiranim odgovorom, objavljenim dne 3. 11. 2022, seznanil zainteresirane gospodarske subjekte, da ne prevzema odgovornosti, če iz »objektivnih razlogov« ne bo mogoče spoštovati razmerja. Ker je rok za postavljanje vprašanj potekel dne 7. 11. 2022 (torej po objavi citiranega odgovora), je imel vlagatelj (ali drug zainteresiran gospodarski subjekt) možnost preko Portala javnih naročil opozoriti naročnika na umajkanje razlage pojma »objektivni razlogi«. Ker vlagatelj te možnosti ni uporabil, gre pritrditi naročniku, da v obravnavanem primeru obstaja omejitev iz tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN za vsebinsko presojo izpostavljenih revizijskih očitkov.

Ne glede na navedeno pa gre še dodati, da naročniku zaradi umajkanja razlage pojma »objektivni razlogi«, 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 objektivno razlog, vnaprej niti ni mogoče predvideti. Ob tem gre še dodati, da bodo lahko v izvedbeni fazi dobavitelji zahtevali izpis iz elektronskega sistema naročanja, s katerim bodo lahko preverili spoštovanje strukture naročanja v razmerju 60:40 (odgovor, objavljen na Portalu javnih naročil dne 15. 11. 2022 ob 10:14 uri). To pomeni, da bo lahko vlagatelj, če mu bo oddan kateri izmed sklopov in če bo v izvedbeni fazi ocenjeval, da naročnik v njegovo škodo ni spoštoval razmerja 60:40 na ravni skupine sklopov in da za nespoštovanje razmerja ne obstajajo objektivni razlogi, v izvedbeni fazi kot pogodbeni stranka pred pristojnim sodiščem uveljavljal (morebitno) naročnikovo kršitev pogodbenih obveznosti.

11. Glede finančnega zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti

Vlagatelj očitke o nejasnosti določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila v delu, ki se nanaša na meničnega upnika, utemeljuje na zatrjevanju, da je naročnik najprej zavrnil možnost spremembe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila v tem delu, naknadno pa je dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila v tem delu spremenil.

Pritrditi gre vlagatelju, da je naročnik na podlagi opozorila potencialnega ponudnika, da vzorec menične izjave za resnost ponudbe (Priloga št. 9) vsebuje napako, ker je kot menični upnik naveden Javni lekarniški zavod Gorenjske lekarnice, vztrajal pri določbah dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (glej vprašanje in odgovor, objavljena na Portalu javnih naročil dne 15. 11. 2022 ob 10:35 uri). Vendar pa vpogled v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ne potrjuje vlagateljevih navedb, da je naročnik naknadno v tem delu spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila. Navedenega vlagatelj ne more utemeljiti s sklicevanjem na spremembo oz. objavo novega obrazca Priloge št. 10 – Izjava ponudnika o predložitvi finančnega zavarovanja za dobro izvedbo. Predstavljeno vprašanje se je nanašalo na Prilogo št. 9, torej na vzorec menične izjave za resnost ponudbe, medtem ko se Priloga št. 10 nanaša na finančno zavarovanje za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti.

Upošteva se navedeno gre revizijske navedbe o nejasnosti določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila v delu, ki se nanaša na vprašanje, kdo je menični upnik, zavrniti že iz razloga, ker jih vlagatelj utemeljuje na nepravilnem dejanskem stanju (tj. da je naročnik najprej zavrnil možnost spremembe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila v delu, ki se nanaša na meničnega upnika, naknadno pa dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila v tem delu spremenil).

12. Sklepno

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

Ugotovljene naročnikove kršitve, upošteva se, da je rok za prejem ponudb že potekel in da so bile prejete ponudbe že odprte, narekuje razveljavitev celotnega postopka oddaje javnega naročila. Ker je Državna revizijska komisija postopek oddaje predmetnega javnega naročila razveljavila že na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložila družba Salus, d.o.o., Ljubljana (sklep Državne revizijske komisije, št. 018-003/2023-28), Državna revizijska komisija v predmetnem postopku pravnega varstva zgolj ugotavlja, da je zahtevek za revizijo utemeljen, ne da bi razveljavila celoten postopek oddaje javnega naročila (že razveljavljenega postopka), kot je to predlagal vlagatelj.

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

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

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

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

- strošek dolžne vplačane takse za revizijski zahtevek v višini 4.000,00 EUR,
- strošek odvetniške storitve za zahtevek za revizijo v višini 9.000 točk (prva točka tar. št. 44 OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22% DDV, znaša 6.588,00 EUR,
- strošek udeležbe na ustni obravnavi v višini 500 točk (druga alineja prve točke tar. št. 43 OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22% DDV znaša 366,00 EUR,
- izdatke v pavšalnem znesku v višini 40 točk, ki jih je Državna revizijska komisija izračunala ob upoštevanju tretjega odstavka 11. člena OT in ob upoštevanju višine stroška, kot ga je v zahtevku za revizijo (navzgor) zamejil vlagatelj; kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22% DDV znaša 29,28 EUR.

Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala priglašene stroška za odvetniške storitve za pripravo vlog z dne 6. 1. 2023, saj ti v konkretnem primeru nista bili potrebni (peti odstavek 70. člena ZPVPJN v povezavi z osmim odstavkom istega člena, pa tudi drugi odstavek 2. člena OT). Vlagateljeve navedbe v vlogah z dne 6. 1. 2023 niso bile bistvene in niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve. Državna revizijska komisija vlagatelju tudi ni priznala priglašene presežka nad priznanimi stroški udeležbe na ustni obravnavi, ki jih je vlagatelj priglasil sklicujoč se na »točko 44/1 v povezavi s 1. točko tarifne številke 19«. Poglavje XXII »Postopki v zvezi z javnimi naročili« oziroma tar. št. 44 OT, ki ureja stroške v postopkih v zvezi z javnimi naročili, ne določa stroškov za udeležbo na ustni obravnavi in glede teh stroškov tudi ne napotuje na (smiselno) uporabo poglavja VIII »Pravdni postopek« oziroma na uporabo tar. št. 19 OT, v kateri so določeni stroški za sestavo vlog, ali na tar. št. 21 OT, v kateri so določeni stroški za zastopanje na prvem naroku za glavno obravnavo. Ustne obravnave po 35. členu ZPVPJN ni mogoče enačiti s prvim narokom za glavno obravnavo, saj je namen ustne obravnave po 35. členu ZPVPJN (četudi je ta izvedena na zahtevo strank) pridobivanje dodatnih pojasnil o predhodno predstavljenih dejanskih okoliščinah. Državna revizijska komisija je strošek udeležbe na ustni obravnavi obračunala upoštevaje drugo alinejo prve točke tar. št. 43 OT, kar je skladno tudi s Pojasnilom Upravnega odbora Odvetniške zbornice Slovenije (<https://www.odv-zb.si/odvetniska-zbornica/predpisi/tarifa/>).

Državna revizijska komisija je tako vlagatelju kot potrebne priznala stroške v višini 10.983,28 EUR. Ker je vlagatelj z zahtevkom za revizijo uspel delno, je Državna revizijska komisija odločila, da se mu, v sorazmerju z doseženim uspehom v postopku, ki ga glede na sklope revizijskih očitkov ocenjuje na 1/10, povrne le 1/10 potrebnih stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva, tj. 1.098,33 EUR (drugi odstavek 154. člena ZPP v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN).

Naročnik je vlagatelju priznane stroške dolžan povrniti v roku 15 dni od prejema tega sklepa, ki skladno s 313. členom ZPP v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN teče od dneva vročitve tega sklepa. Ker je naročnik v zamudi s povračilom stroškov postopka šele s potekom 15-dnevnega paricijskega roka, je mogoče zakonske zamudne obresti vlagatelju priznati šele od poteka roka za prostovoljno izpolnitev dalje (in ne že od dneva odločitve naročnika o zahtevku za revizijo dalje, kot je to zahteval vlagatelj).

Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 1.098,33 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 3. točke izreka tega sklepa.

Pravni pouk: Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

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

Vročiti:

- naročnik,
- pooblaščenec vlagatelja,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.