

Številka: 018-083/2022-10

Datum: 23. 8. 2022

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN), v senatu Sama Červeka, kot predsednika senata, Marka Medveda in Nine Velkavrh, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Dobava zdravil na recept*«, na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je kot zagovornik javnega interesa vložil vlagatelj Javna agencija Republike Slovenije za varstvo konkurence, Dunajska cesta 58, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje pooblaščenega naročnika Lekarniška zbornica Slovenije, Vojkova cesta 48, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), dne 23. 8. 2022

odločila:

Zahtevku za revizijo se ugotovi in se v celoti razveljavi postopek oddaje javnega naročila »*Dobava zdravil na recept*«, ki ga je naročnik dne 24. 3. 2022 objavil na portalu javnih naročil pod številko objave JN001891/2022-B01.

Obrazložitev:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu je bilo objavljeno na Portalu javnih naročil dne 24. 3. 2022, pod št. objave JN001891/2022-B01, in v Uradnem listu EU dne 25. 3. 2022, pod št. objave 2022/S 060-155218. Naročnik, Lekarniška zbornica Slovenije, izvaja javno naročanje v imenu in za račun štirinajstih (14) posameznih naročnikov, navedenih v 1. točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Naročnik predmetno javno naročilo, katerega je razdelil na 35 sklopov, oddaja po odprtem postopku z namenom sklenitve okvirnih sporazum za sukcesivno dobavo zdravil na recept po sklopih z več gospodarskimi subjekti za obdobje 48 mesecev.

Vlagatelj je z vlogo z dne 22. 6. 2022 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga razveljavitev celotnega postopka oddaje javnega naročila. Vlagatelj naročniku očita kršitev prvega odstavka 73. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3), načela zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-3) in načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti (4. člen ZJN-3). Vlagatelj navaja, da je naročnik oblikoval velike sklope ATC zdravil za vse udeležene posamezne naročnike, posledično pa lahko v postopku sodeluje le

omejeno število ponudnikov oz. obstoječi večji trgovci z zdravili, saj le ti lahko ponudijo celotni zahtevani asortiman zdravil in izpolnijo zahtevo glede dobave geografsko razpršenim zavodom na ozemlju celotne države. Trg zdravil je skoncentriran oligopolni trg, kjer se majhno število podjetij pozna in utegne prihajati do prepovedanega dogovarjanja med podjetji z namenom zmanjšanja (še obstoječe) konkurence. Naročnik bi moral javno naročilo razdeliti po posameznih naročnikih in po posameznih zdravilih, kar predmet javnega naročila omogoča, saj bi to omogočalo sodelovanje v postopku širšemu krogu ponudnikov – sodelovali bi lahko tudi ponudniki, ki ne morejo ponuditi celotnega asortimana zdravil (oz. vseh zdravil v posamezne ATC skupine), in ponudniki, ki geografsko gledano ne morejo zagotoviti dobave na ravni celotne države oz. ponudniki, ki jim je dobava zdravil na geografsko zaokroženih delih države še finančno vzdržna. Z oblikovanjem manjših sklopov bi naročnik prejel večje število ponudb, tudi specializiranih ponudnikov, ki bi z nižjimi cenami vplivali na konkurenčnost izvedbe javnega naročila. Zavajajoči so argumenti naročnika, da bi lahko v primeru razdelitve javnega naročila po posameznih zavodih prejel 14 različnih popustov (in s tem cen posameznega zdravila), saj bo v vsakem primeru prejel dva različna popusta (in s tem dve različni ceni), poleg tega se naročnik ne more sklicevati na razloge, ki jih je sam ustvaril, tj. izvedba skupnega javnega naročila z več naročniki. Vlagatelj nadalje navaja, da očitno nižja cena zdravil ni glavni cilj tega javnega naročila. Naročnik je kot merilo za oddajo javnega naročila določil skupni popust na dobavo zdravil, ki ga je razdelil in utežil tako, da 5% odpade na popust na ceno zdravila, 85 do 95% odpade na ugodnost na obseg dobave, 3 do 15 % pa odpade na ugodnost na predčasno plačilo. Z navedenim naročnik ne zasleduje nižjih cen zdravil, ki se financirajo iz javnih sredstev, temveč teži k pridobivanju bonusov – ugodnosti na obseg dobav. Nizka utež na ceno zdravila povzroča, da se del veletrgovske marže namenja za poslovanje javnih zavodov (katerih cilj ni pridobivanje dobičkov) namesto za znižanje cen zdravil, kar bi predstavljalo gospodarno rabo sredstev. Cilj gospodarne rabe sredstev se kaže v dostopnosti zdravil po enaki, najugodnejši ceni vsem prebivalcem, ki se plačujejo iz davkoplačevalskega denarja.

Naročnik je dne 11. 7. 2022 zavrnil vlagateljev zahtevek za revizijo. Naročnik navaja, da zahtevek za revizijo ni pravočasen in da ni izpolnjen pogoj za varstvo javnega interesa iz prvega odstavka 6. člena ZPVPJN. V zvezi z očitki, vezanimi na oblikovanje sklopov, ki jih naročnik označuje za pavšalne in hipotetične, naročnik navaja, da je Državna revizijska komisija vsebinsko enake očitke zavrnila v sklepu, št. 018-061/2021. Čeprav predmet javnega naročila omogoča predlagano delitev, bi delitev naročila na posamezna zdravila predstavljala nemogoče administrativno breme. Trenutno je na trgu 3.000 zdravil (število se spreminja, saj se nekatera zdravila ukinjajo, nekatera pojavljajo na novo), kar pomeni 3.000 sklopov oz. 6.000 sklopov, če bi se vsako zdravilo oddalo dvema dobaviteljema, dodatna razdelitev naročila na posamezne zavode pa bi pomenila približno 84.000 sklopov. Že objava obvestila o naročilu bi bila prezamudna, v izvedbeni fazi pa bi to pomenilo enormno število pogodb in dobaviteljev. Takšnega administrativnega bremena noben naročnik ne bi zmoget – moral bi imeti veliko nabavno službo in povečati število zaposlenih, saj bi moral imeti ločeno zaposlen kader, ki bi se ukvarjal le z naročili in s prevzemi naročil. Razdelitev naročila po posameznih zavodih bi lahko povzročila 14 različnih cen zdravila, kar bi pomenilo težave pri ugotavljanju veljavne cene in bi onemogočala spoštovanje Zakona o zdravilih (Uradni list RS, št. 17/14 s sprem., v nadaljevanju: ZZdr-2). Naročnik je predvidel rešitev za primer prejema dveh različnih popustov, ki je mogoča ob nespremenjeni razdelitvi javnega naročila; pri različnih zavodih bi rešitev odpadla in bi si dobavitelji spiralno zniževali cene. Naročnik ni dolžan oblikovati več sklopov zgolj zato, da bi omogočil večjo konkurenčnost, saj je sklope upravičen oblikovati glede na cilj javnega naročila; poleg tega načelo zagotavljanja konkurence ni neomejeno in naročnik nima dolžnosti, da na račun gospodarnosti in učinkovitosti omogoči sodelovanje vsem subjektom, ki so registrirani za opravljanje dejavnosti. Čeprav razdelitev javnega naročila na manjše sklope lahko zagotovi večjo konkurenco, pa lahko nabava več vrst zdravil od istega ponudnika privede do ugodnejše ponudbe in s tem do večje gospodarnosti izvedbe javnega naročila. Pri preveliki razdelitvi bi gospodarski

subjekti izgubili možnost upoštevanja obsega predmeta (npr. količinski popusti). Če obstoječa konkurenca ni takšna, kot si želi vlagatelj, to ne pomeni, da je naročnik kršil načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki. Večina izmed 82 imetnikov dovoljenj, ki jih kot potencialne konkurente navaja vlagatelj, prodaja le prehranska dopolnila in zdravila brez recepta. Naročnik je kontaktiral dobavitelja Medis, d.o.o., ki je pojasnil, da oskrbo lekarn zagotavlja prek ostalih veletrgovcev, kar pomeni, da njegovega sodelovanja ne omejuje razdelitev javnega naročila, pač pa utečen način poslovanja. Naročnik nadalje navaja, da preko Portala javnih naročil ni bil opozorjen na kršitev, vezano na oblikovanje merila za oddajo javnega naročila, v nadaljevanju pa opisuje način financiranja lekarniške dejavnosti in zatrjuje, da mora v primeru negativnega poslovanja javnega lekarniškega zavoda sredstva pokriti proračun občine, pozitivno poslovanje javnega lekarniškega zavoda pa pozitivno vpliva na proračun, saj bodisi bo presežek prihodkov vrnjen ustanovitelju bodisi bo iz proračuna treba zagotoviti manj sredstev za poslovanje in investicije javnega lekarniškega zavoda. Neutemeljene so zato navedbe vlagatelja, da se največja korist za naročnika ne sklada z največjo koristjo za javna sredstva, posledično pa je nepomembno, kako so popusti notranje razporejeni, saj bo proračun na koncu imel korist od celotnega popusta in ne le od popusta na ceno. Večja utež za popust na ceno za zdravila bi lahko na ponudnike delovala odvračilno, saj ne bi želeli preveč znižati veljavne cene, ki bi veljala tudi pri drugih naročnikih. Če je v interesu Zavoda za zdravstveno zavarovanje (v nadaljevanju: ZZZS), ki ni naročnik tega javnega naročila, višja utež na popust na ceno zdravil (oz. nižja cena zdravil), lahko v lastnem postopku zasleduje svoje koristi, dokler pa izvedba javnih naročil za dobavo zdravil odpade na lekarniške zavode, pa je jasno, da ti z izvedbo javnega naročila zasledujejo lastne interese, tj. solventno in likvidno poslovanje.

Vlagatelj v vlogi z dne 14. 7. 2022, s katero se je opredelil do navedb naročnika, vztraja pri revizijskih navedbah.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 30. 5. 2022 odstopil dokumentacijo v postopku oddaje predmetnega javnega naročila ter dokumentacijo predrevizijskega postopka.

Z namenom razjasnitve dejanskega stanja, vezanega na pravočasnost zahtevka za revizijo, je Državna revizijska komisija vlagatelja z dopisom z dne 1. 8. 2022 pozvala na predložitev dodatne dokumentacije, ki jo je vlagatelj predložil dne 3. 8. 2022.

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.

V zvezi z naročnikovimi navedbami, da vlagatelj v zahtevku za revizijo ni izkazal, da bi zaradi domnevno nezakonitega naročnikovega ravnanja obstajala nevarnost za življenje in zdravje ljudi, javno varnost ali oškodovanje premoženja večje vrednosti oz. da v konkretnem primeru *»ni izpolnjen pogoj za varstvo javnega interesa«* iz prvega odstavka 6. člena ZPVPJN, gre pojasniti, da, v nasprotju z mnenjem naročnika, omenjena določba ne določa dodatnega (procesnega) pogoja, ki bi moral biti izpolnjen v primeru pravnega varstva javnega interesa. Prvi odstavek 6. člena ZPVPJN določa:

»Pravno varstvo javnega interesa lahko uveljavljajo zagovorniki javnega interesa iz drugega odstavka tega člena pod pogoji, določenimi v tem členu, pri čemer se za namen tega zakona šteje, da gre za javni interes, če obstaja nevarnost za življenje in zdravje ljudi, javno varnost ali oškodovanje premoženja večje vrednosti«.

Državna revizijska komisija je že v odločitvi, št. 018-62/2018, zavzela stališče, da opredelitev pojma javni interes zagovornikom javnega interesa služi kot vodilo pri presoji, ali bodo vložili zahtevek za revizijo. Na zagovornikih javnega interesa je tako presoja, ali zaradi naročnikovih

ravnanj, ki jih ocenjujejo za nezakonita, obstaja nevarnost za življenje in zdravje ljudi, javno varnost ali oškodovanje premoženja večje vrednosti, v to presojo zagovornikov javnega interesa pa Državna revizijska komisija ne more posegati. Državna revizijska komisija zato tudi ni presojala, ali zaradi naročnikovih ravnanj, ki jih vlagatelj v zahtevku za revizijo izpostavlja kot nezakonita, obstaja nevarnost za življenje in zdravje ljudi, javno varnost ali oškodovanje premoženja večje vrednosti. Pri tem pa gre še dodati, da ne more biti nobenega dvoma, da se s predmetnim zahtevkom za revizijo varuje javni interes (in ne morebiti interes posameznega ponudnika), saj je v javnem interesu tako spoštovanje načela zagotavljanja konkurence med ponudniki in spoštovanje načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, katerih kršitev vlagatelj zatrjuje v zahtevku za revizijo.

Naročnikove pomisleke o nepravočasnosti zahtevka za revizijo je treba presojati na podlagi pravil iz 25. člena ZPVPJN (Roki za vložitev zahtevka za revizijo). V obravnavanem primeru je zahtevek za revizijo vložil zagovornik javnega interesa, zato je pravočasnost zahtevka za revizijo treba ugotavljati v mejah osmega odstavka 25. člena ZPVPJN, ki določa: *»Ne glede na določbe prvega do sedmega odstavka tega člena lahko zagovornik javnega interesa zahtevek za revizijo vloži v kateri koli fazi postopka oddaje javnega naročila v 45 delovnih dneh od dneva, ko je izvedel za kršitev, vendar najpozneje v 12 mesecih od začetka izvajanja pogodbe ali posameznega naročila, oddanega na podlagi okvirnega sporazuma ali v dinamičnem nabavnem sistemu«*.

Kot je razvidno iz osmega odstavka 25. člena ZPVPJN, sta določena dva roka, ki ju mora upoštevati zagovornik javnega interesa za vložitev zahtevka za revizijo, in sicer sta to *»45 delovnih dn[ij] od dneva, ko je [zagovornik javnega interesa] izvedel za kršitev«* in *»12 mesec[ev] od začetka izvajanja pogodbe ali posameznega naročila, oddanega na podlagi okvirnega sporazuma ali v dinamičnem nabavnem sistemu«*. V obravnavanem primeru ni sporno, da rok *»12 mesec[ev] od začetka izvajanja pogodbe ali posameznega naročila, oddanega na podlagi okvirnega sporazuma ali v dinamičnem nabavnem sistemu«* ob vložitvi zahtevka za revizijo še ni potekel, sporno pa je, ali je zagovornik javnega interesa ob vložitvi zahtevka za revizijo prekoračil rok *»45 delovnih dn[ij] od dneva, ko je izvedel za kršitev«*. Vlagatelj se v utemeljitev pravočasnosti zahtevka za revizijo sklicuje na dopis odvetniške družbe z dne 15. 4. 2022 (prvo stran omenjenega dopisa je vlagatelj priložil zahtevku za revizijo) in zatrjuje, da se je z omenjenim dopisom seznanil s kršitvijo, zato je predmetni zahtevek za revizijo, ki je vложен 45 delovnih dni po 15. 4. 2022, pravočasen. Naročnik na drugi strani zatrjuje, da je bila dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila objavljena dne 24. 3. 2022, zato je treba šteti, da se je vlagatelj, tako kot vsi drugi potencialni ponudniki, seznanil z njeno vsebino, in s tem z očitanimi kršitvami, že z dnem objave.

Državna revizijska komisija je že v zadevi, št. 018-040/2022-34 in 018-040/2022-35, obe z dne 13. 7. 2022, pojasnila, da ob odsotnosti drugačne zakonske podlage od zagovornika javnega interesa ni mogoče utemeljeno zahtevati, da za vložitev zahtevka za revizijo upošteva položaje, ki so primerljivi položajem iz prvega, drugega ali četrtega odstavka 25. člena ZPVPJN, ki so pravne podlage, ki vlagateljem, ki so gospodarski subjekti (npr. ponudniki ali kandidati), določajo roke za vložitev zahtevka za revizijo. Osmi odstavek 25. člena ZPVPJN, ki predstavlja pravno podlago, ki zagovorniku javnega interesa določa rok za vložitev zahtevka za revizijo, začetek teka roka za vložitev zahtevka za revizijo ne veže na objavo obvestila o javnem naročilu ali na objavo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, pač pa na trenutek, ko je zagovornik javnega interesa izvedel za kršitev. Državna revizijska komisija ne more pritrditi naročniku, da je v primeru vložitve zahtevka za revizijo zagovornika javnega interesa treba šteti, da se je zagovornik javnega naročila seznanil z vsebino dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila že z njeno objavo. Čeprav se lahko vsakdo na portalu javnih naročil prosto in brezplačno seznani z obvestilom o javnem naročilu (gl. prvo poved iz drugega odstavka 52. člena ZJN-3) in dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila (gl. prvo poved iz prvega odstavka 67. člena ZJN-3), kar pomeni, da bi

se lahko tudi konkretni vlagatelj seznanil z vsebino objav na portalu javnih naročil že s trenutkom njihove objave, pa hkrati ne obstaja dolžnost, na podlagi katere bi moral zagovornik javnega interesa spremljati objave na portalu javnih naročil. ZPVPJN, ki je matični zakon, ki ureja vložitev zahtevka za revizijo (v javnem interesu), ne določa, da bi moral zagovornik javnega interesa ažurno spremljati objave na portalu javnih naročil in nanje reagirati z vložitvijo zahtevka za revizijo (v javnem interesu), takšne obveznosti pa konkretnemu vlagatelju tudi ne nalaga Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence (Uradni list RS, št. 36/2008 s sprem.), ki ureja njegove pristojnosti, zato od njega ni mogoče pričakovati, da bo redno pregledoval vse objave javnih naročil in v zvezi z vsakim javnim naročilom ugotavljal, ali je podana podlaga za njegovo ukrepanje.

Čeprav Državna revizijska komisija lahko razume stališča naročnika, s katerimi opozarja na možnosti, zaradi katerih bi zagovornik javnega interesa s svojimi ravnanji lahko prilagajal štetje roka za vložitev zahtevka za revizijo (v javnem interesu), pa Državna revizijska komisija niti na podlagi navedb naročnika niti na podlagi spisovne dokumentacije ni mogla ugotoviti, da je vlagatelj izvedel za kršitve že pred prejemom dopisa odvetniške družbe dne 15. 4. 2022 (kar je 45 delovnih dni pred vložitvijo zahtevka za revizijo). Upošteva, da je bilo iz vlagateljevih navedb razvidno, da je v zvezi s predmetnim postopkom javnega naročanja prejel več obvestil različnih subjektov, in upošteva naročnikove pomisleke, je Državna revizijska komisija pozvala vlagatelja na predložitev vseh prejetih obvestil, na popis zadeve, v katero je bil vložen dopis odvetniške družbe z dne 15. 4. 2022, ter popise zadev, v katera so bila vložena ostala prejeta obvestila. Vlagatelj je pravočasno posredoval zahtevano dokumentacijo, med drugim je posredoval popis zadeve, v katero je bil vložen dopis odvetniške družbe z dne 15. 4. 2022, in iz katerega je razvidno, da je bil dopis odvetniške družbe z dne 15. 4. 2022 podlaga za odprtje zadeve (št. 3060-12/2022) in da so bila ostala prejeta obvestila v zvezi s predmetnim postopkom javnega naročanja, ki so datirana s kasnejšim datumom od 15. 4. 2022, vložena v to že odprto zadevo (št. 3060-12/2022). Glede na odstopljeno dokumentacijo tako ni najti razlogov, ki bi kazali na to, da dopis odvetniške družbe z dne 15. 4. 2022 ne bi bil prvi dopis, s katerim se je vlagatelj seznanil z očitanimi kršitvami naročnika. Upošteva navedeno in upošteva, da je bil zahtevek za revizijo vložen dne 22. 6. 2022, kar je 45 delovni dan po 15. 4. 2022, ni podlage za zaključek o nepravočasnosti zahtevka za revizijo.

Glede oblikovanja sklopov

Pritrditi gre naročniku, da je v obravnavanem postopku oddaje javnega naročila že potekal postopek pravnega varstva, ki ga je Državna revizijska komisija na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil takratni vlagatelj (tj. ponudnik Farmadent, d.o.o., Maribor), vodila pod opr. št. 018-061/2022. Takratni vlagatelj je vložil zahtevek za revizijo zoper določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, v katerem je naročniku med drugim očitil kršitev pri oblikovanju sklopov javnega naročila in katerega je Državna revizijska komisija s sklepom, št. 018-061/2022-12 z dne 23. 6. 2022, zavrnila. V zvezi z naročnikovim sklicevanjem na ugotovitve Državne revizijske komisije iz predhodnega postopka pravnega varstva, gre pojasniti, da postane pravnomočen zgolj izrek odločitve, medtem ko razlogi dejanske in pravne narave, ki so navedeni v obrazložitvi odločitve, ne postanejo pravnomočni. Poleg tega, Državna revizijska komisija odloča v mejah (vsakokratnega) zahtevka za revizijo (prvi odstavek 38. člena ZPVPJN), kar pomeni, da je bila izpostavljena odločitev Državne revizijske komisije sprejeta na podlagi takrat ugotovljenega dejanskega stanja, ki ga je Državna revizijska komisija ugotovila na podlagi dokumentacije iz postopka javnega naročanja in dokumentacije iz takratnega predrevizijskega in revizijskega postopka – torej ob upoštevanju trditvene in dokazne podlage strank takratnega revizijskega postopka. V predmetnem postopku pravnega varstva pa je za ugotovitev dejanskega stanja, poleg dokumentacije iz postopka javnega naročanja, relevantna dokumentacija iz tokratnega predrevizijskega in revizijskega postopka. V tokratnem postopku pravnega varstva pa lahko

vlagatelj navaja tudi nove trditve o dejstvih, ki so pravno odločilna oziroma pravno relevantna za presojo naročnikovega ravnanja in ki v okviru prvotnega pravnega varstva niso bila upoštevana, posledično pa lahko Državna revizijska komisija v okviru predmetnega postopka ugotovi druga in drugačna pravno relevantna dejstva, kot izhajajo iz sklepa, št. 018-061/2022-12 z dne 23. 6. 2022. Poleg tega je v predhodnem postopku pravnega varstva kot vlagatelj nastopal ponudnik, ki z vložitvijo zahtevka za revizijo varuje svoj položaj (prim. prvo alinejo prvega odstavka 14. člena ZPVPJN), medtem ko v konkretnem postopku pravnega varstva kot vlagatelj nastopa zagovornik javnega interesa, ki varuje javni interes, zato se že po naravi stvari lahko njuna utemeljitev zatrjevanih (sicer istovrstnih) naročnikovih kršitev bistveno razlikuje. Upoštevanje navedeno naročnik zgolj s sklicevanjem na sklep, št. 018-061/2022-12 z dne 23. 6. 2022, v tem postopku pravnega varstva ne more uspeti.

Enako pa tudi vlagatelj ne more uspeti zgolj s sklicevanjem na odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-195/2019-3 z dne 16. 12. 2019. Pojasniti gre, da je predmetni postopek oddaje javnega naročila (že) tretji postopek, v okviru katerega naročnik, Lekarniška zbornica Slovenije, naroča zdravila za potrebe javnih lekarniških zavodov (tj. posameznih javnih naročnikov). V (prvem) postopku oddaje javnega naročila (za katerega je bilo objavljeno obvestilo na Portalu javnih naročil dne 27. 7. 2019, pod št. objave JN005403/2019) je naročnik zoper določbe takratne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila prejel več zahtevkov za revizijo, Državna revizijska komisija pa je z omenjenim sklepom ugotovila utemeljenost zahtevka za revizijo, ki ga je kot zagovornik javnega interesa vložil tokratni vlagatelj. Četudi je v predhodnem postopku pravnega varstva Državna revizijska komisija ugotovila naročnikove kršitve pri oblikovanju predmeta javnega naročila v takratnem postopku, pa, kot že pojasnjeno, pravnomočen postane zgolj izrek odločitve, medtem ko razlogi dejanske in pravne narave, ki so navedeni v obrazložitvi odločitve, ne postanejo pravnomočni, poleg tega Državna revizijska komisija odloča v mejah (vsakokratnega) zahtevka za revizijo (prvi odstavek 38. člena ZPVPJN). Pri tem gre poudariti, da je bila omenjena odločitev sprejeta na podlagi takrat ugotovljenega dejanskega stanja, ki ga je Državna revizijska komisija ugotovila na podlagi dokumentacije iz takratnega postopka javnega naročanja. Naročnik v takratnem postopku javnega naročanja sklopov ni oblikoval na enak način kot v tem postopku, saj naročnik v takratnem postopku javnega naročanja predmeta javnega naročila ni razdelil glede na ATC klasifikacijo zdravil (posamezen sklop je tako predstavljal vsa zdravila, ki jih posamezni zavod naroča), je pa predmet javnega naročila razdelil glede na posamezne javne naročnike.

Predmet javnega naročila je (sukcesivna) dobava zdravil na recept (za katere je določen način/režim predpisovanja oziroma izdaje zdravil: Rp, Rp/Spec, H/Rp in ZZ), ki so uvrščena v Centralno bazo zdravil (v nadaljevanju: CBZ), imajo eno izmed dovoljenj, na podlagi katerega je zdravilo v prometu v Republiki Sloveniji, in katerih cena je skladno z ZZdr-2 regulirana s strani Javne agencije za zdravila in medicinske pripomočke (5. točka dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila).

Predmet javnega naročila (tj. zdravila) je 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 dobave različnih količin (razmerje 60:40) enakih zdravil; v te sklope so uvrščena vsa zdravila, razen zdravil, za katera ima posamezni dobavitelj na slovenskem trgu ekskluzivno pravico (sklopi od 29 do 34) in zdravila z začasnim dovoljenjem za uvoz v RS (sklop 35),
- sklope od 29 do 34 (tj. sklopi z ekskluzivnimi pravicami), v katere so uvrščena zdravila, za katera ima posamezen dobavitelj na slovenskem trgu ekskluzivno pravico in
- sklop 35, v katerega so uvrščena zdravila, ki nimajo rednega dovoljenja za promet z zdravilom v Republiki Sloveniji.

Naročnik predmeta javnega naročila ni razdelil glede na posamezne javne naročnike.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da naročnik z oblikovanjem velikih sklopov ATC zdravil za vse v javnem naročilu udeležene lekarniške zavode ne omogoča sodelovanja ponudnikom, ki ne morejo ponuditi vseh zdravil oz. ne morejo zagotoviti njihove dobave na ravni celotne države, kar se bo odražalo kot krepitev oligopolne oz. duopolne strukture na relevantnem upoštevem trgu in bo še okrepilo položaj obstoječih podjetij na trgu. Razdelitev javnega naročila na ravni posameznega zdravila bi omogočala sodelovanje ponudnikom, ki ne morejo ponuditi vseh zdravil iz posameznega sklopa, razdelitev javnega naročila na ravni posameznega zavoda pa bi omogočala sodelovanje ponudnikom, ki ne morejo zagotavljati dobave na ravni celotne države.

Naročnik na drugi strani zatrjuje, da bi razdelitev javnega naročila na način, da bi vsako zdravilo predstavljalo svoj sklop, zanj predstavljalo nemogoče administrativno breme; razdelitev javnega naročila glede na posamezne javne naročnike pa bi lahko vodila v različne veljavne cene zdravil.

Revizijske navedbe, povezane z razdelitvijo javnega naročila, je treba presojati z vidika prvega odstavka 73. člena ZJN-3, ki določa, da mora naročnik v primeru, če predmet javnega naročila to dopušča in če to prispeva k večji gospodarnosti in učinkovitosti izvedbe javnega naročila, javno naročilo oddati po ločenih sklopih ter določiti velikost in predmet takšnih sklopov. Pri tem mora zagotoviti nediskriminatorno obravnavo in s tem večjo dostopnost javnega naročila gospodarskim subjektom.

Državna revizijska komisija je že večkrat pojasnila (prim. npr. odločitve v zadevah, št. 018-230/2017, 164/2019, 018-171/2019), da razdelitev javnega naročila na sklope (oziroma posamezne sklope na še manjše sklope) ni povsem stvar proste presoje naročnika, pač pa morajo naročniki v skladu s prvim odstavkom 73. člena ZJN-3 in ob upoštevanju določb Direktive 2014/14/EU predmet javnega naročila razdeliti na sklope (le), če to omogoča predmet naročila, če to prispeva k gospodarni in učinkoviti izvedbi naročila in če ne obstajajo utemeljeni razlogi, na podlagi katerih je naročilo bolj smiselno oddati kot celoto, ker bi npr. razdelitev naročila na sklope lahko povzročila omejevanje konkurence, ker bi pomenila tehnično prezahtevno ali predrago izvedbo javnega naročila ali pa bi potreba po usklajevanju različnih izvajalcev za sklope lahko resno ogrozila pravilno izvedbo javnega naročila (v tem smislu prim. 78. uvodno izjavo Direktive 2014/24). Odločitev o tem, ali se bo posamezno javno naročilo oddalo po sklopih, je torej treba presojati glede na okoliščine konkretnega primera.

V predmetnem postopku pravnega varstva je zato treba, ob upoštevanju navedb vlagatelja in naročnika, odgovoriti na vprašanje, ali je predmet naročila tak, da omogoča razdelitev na manjše zaključene celote, ali bi delitev lahko vplivala na gospodarnost izvedbe naročila ter ali ima naročnik utemeljene razloge, da predmeta naročila ni razdelil na manjše enote. Za rešitev zadeve zato ni bistveno, s katerim vprašanjem se naj bi naročnik »ukvarjal« pri pripravi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (vlagatelj namreč zatrjuje, da se je naročnik »ukvarjal« z vprašanjem »kdo zdravila dobavlja« in ne »kateri ponudniki bi lahko dobavljali zdravila«), kot tudi ne, ali je naročnik izvedel »resno analizo trga«, temveč je ključno, ali je obstoječa razdelitev javnega naročila na sklope skladna z določbami ZJN-3. Naročnikovo ravnanje, povezano s preverjanjem trga pa upošteva, da se lahko zahteva za pravno varstvo v postopkih javnega naročanja vloži zoper vsako ravnanje naročnika v postopku javnega naročanja (prim. 5. člen ZPVPJN) in da naročnik *lahko* izvede preverjanje trga pred začetkom postopka javnega naročanja (prim. prvi odstavek 64. člena ZJN-3), tudi ne more biti predmet postopka pravnega varstva.

Glede vprašanja, ali predmetno javno naročilo omogoča delitev, med strankama ni spora, saj sta si obe stranki enotni, da predmet javnega naročila omogoča razdelitev tudi na manjše zaključene

celote, in sicer tako razdelitev na posamezna zdravila kot tudi razdelitev na posamezne javne naročnike oz. lekarniške zavode.

Državna revizijska komisija ne zanika, da bi razdelitev javnega naročila po posameznih zdravilih lahko vplivala na večjo dostopnost javnega naročila gospodarskim subjektom, posledično pa bi morebitna vključitev več gospodarskih subjektov v postopek javnega naročanja lahko zagotavljala večjo konkurenco. Ta vidik je na eni strani povezan z vprašanjem zagotavljanja konkurence, ki je element iz druge povedi iz prvega odstavka 73. člena ZJN-3, hkrati pa je povezan z vprašanjem gospodarnosti, saj zaradi konkurence, in torej možnosti sodelovanja več gospodarskih subjektov, to lahko vpliva na oblikovanje cene in s tem na (večjo) gospodarnost. Slednje še ne pomeni nujno večje gospodarnosti v smislu pogoja iz prve povedi iz prvega odstavka 73. člena ZJN-3, saj lahko namreč izvedba javnega naročila v večjem številu sklopov za naročnike pomeni tudi več opravil in več stroškov. Ob tem pa je treba poudariti, da od naročnikov ni mogoče zahtevati, da predmet javnega naročila razdelijo na nepregledno število majhnih sklopov, saj bi bila taka razdrobitev negospodarna in neučinkovita (prim. odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-230/2017-5).

V obravnavanem primeru naročnik navaja, da je na trgu okrog 3.000 zdravil, čemur vlagatelj ne nasprotuje, kar pomeni, da bi razdelitev javnega naročila po posameznih zdravilih pomenila razdelitev javnega naročila na 3.000 sklopov oz. upošteva, da naročnik želi za vsako zdravilo dva dobavitelja (vlagatelj s to zahtevo povezanimi določbami dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ne nasprotuje), na 6.000 sklopov (z dodatno razdelitvijo po posameznih javnih naročnikih pa na 84.000 sklopov). Državna revizijska komisija zato sledi navedbam naročnika, da bi lahko bila razdelitev javnega naročila na posamezna zdravila za naročnika že v izvedbeni fazi postopka javnega naročila (nemogoče) administrativno breme, ki bi naročnika ovirala pri učinkoviti izvedbi javnega naročila. Navedenega ne spreminja vlagateljevo sklicevanje na predhodni postopek javnega naročila (št. objave na Portalu javnih naročil JN002961/2021-B01), v katerem je naročnik oblikoval 756 sklopov. Ni namreč mogoče pritrditi vlagatelju, da pri izvedbi postopka javnega naročanja ni bistvene razlike med 756 in 6.000 sklopov (za vsako zdravilo dva dobavitelja), sploh upošteva, da je bilo v predhodni postopek javnega naročanja vključenih 25 posameznih javnih naročnikov, kar pomeni, da je 25 javnih naročnikov skupaj oblikovalo 756 sklopov, v konkretnem primeru pa se vlagatelj zavzema, da se za vsakega posameznega naročnika oblikuje 6.000 sklopov (oz. da 14 posameznih naročnikov skupaj oblikuje 84.000 sklopov). Vlagatelj sicer pravilno navaja, da *»naročila danes potekajo v elektronski obliki«*, vendar četudi ponudniki elektronsko oddajo ponudbe, pa pregled ponudb in odpiranja konkurence vsakih 24 mesecev ne poteka *»avtomatično«* oz. na način, ki od naročnika ne zahteva nobenih dodatnih opravil. Prav tako bi delitev javnega naročila na posamezna zdravila za (posameznega) naročnika v izvedbeni fazi pomenila veliko administrativno breme, saj bi moral vsak posamezni naročnik za naročanje in prevzem zdravil zagotoviti močno nabavno službo – večje število dobaviteljev povečuje ne le število sklenjenih pogodb, temveč tudi število subjektov, ki naročniku dobavljajo blago. Upošteva navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik uspel utemeljiti, da bi razdelitev javnega naročila na posamezna zdravila lahko vplivala na učinkovito izvedbo javnega naročila, zato Državna revizijska komisija ni ugotovila kršitve prvega odstavka 73. člena ZJN-3, ko naročnik ni razdelil javnega naročila na posamezna zdravila.

Presoditi je še treba, ali je mogoče naročniku zaradi nerazdelitve javnega naročila po posameznih javnih zavodih očitati kršitev ZJN-3. Po presoji Državne revizijske komisije gre pritrditi vlagatelju, da bi razdelitev javnega naročila na posamezne javne naročnike omogočila možnost sodelovanja ponudnikom (oz. bi jim bil omogočen dostop na trg ponudnikom), ki sicer niso sposobni zagotavljati dobave zdravil na ravni celotnega ozemlja države, sposobni pa so zagotavljati dobavo na manjšem *»geografskem ozemlju«*. V zvezi z navedbami naročnika, da vlagatelj ni navedel niti enega specializiranega ponudnika, ki bi ob drugačni razdelitvi javnega naročila lahko sodeloval v postopku, gre pojasniti, da vlagatelj kot zagovornik javnega interesa ne vlaga zahtevka za revizijo

v interesu posameznih konkretnih ponudnikov oz. dobaviteljev. Zato četudi večina imetnikov dovoljenja za opravljanje dejavnosti prometa z zdravili na debelo v postopku ne bi mogla sodelovati, ker prodajajo prehranska dopolnila in zdravila na recept (ne pa zdravil na recept), in četudi dobavitelj Medis nima interesa za sodelovanje v predmetnem postopku javnega naročanja (ker naj bi oskrbo lekarn zagotavljal preko ostalih veletrgovcev), kot to zatrjuje naročnik, to še ne omogoča zaključka, da na trgu ni subjektov, ki bi ob drugačni razdelitvi javnega naročila lahko sodelovali v predmetnem postopku oddaje javnega naročila.

Naročnik v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo zatrjuje, da (dodatna) razdelitev javnega naročila lahko vpliva na gospodarnost izvedbe javnega naročila, saj, čeprav lahko naročniki praviloma z razdelitvijo javnega naročila na več zaokroženih enot pridobijo več ponudb (ki so posledično tudi cenovno ugodnejše), je treba na drugi strani tudi upoštevati, da lahko prav naročilo večje količine različnega blaga ali storitev od istega ponudnika privede do ugodnejših ponudbenih cen in s tem do večje gospodarnosti izvedbe javnega naročila. Pri preveliki razdelitvi bi gospodarski subjekti pri oblikovanju cen izgubili možnost upoštevanja obsega predmeta (npr. količinski popusti), lahko pa to tudi vpliva na drugačno odločanje gospodarskih subjektov, ki bi bili zainteresirani za celotno javno naročilo in za pridobitev le posameznih sklopov nimajo interesa (*»premalo«* zanimivo javno naročilo).

V zvezi z izpostavljenimi navedbami Državna revizijska komisija najprej pojasnjuje, da ZJN-3 (kot tudi Direktiva 2014/24) daje podlago, da se najmanj dva naročnika dogovorita za skupno izvedbo oddaje določenih javnih naročil (prim. 33. člen ZJN-3). Naročniki imajo torej podlago, da v postopku javnega naročanja združujejo potrebe oz. naročila. Tudi iz 56. uvodne izjave Direktive 2014/24 izhaja, da se na trgih javnega naročanja v Uniji pojavlja močna težnja po združevanju povpraševanja javnih naročnikov za doseganje ekonomije obsega, vključno z nižjimi cenami in transakcijskimi stroški, ter za izboljšanje in profesionalizacijo vodenja postopkov javnega naročanja. To se lahko doseže z združevanjem javnih naročil večjega števila vključenih javnih naročnikov ali pa z združevanjem naročil v smislu obsega in vrednosti v daljšem obdobju. Vendar bi bilo treba združevanje in centralizacijo naročil skrbno spremljati, da se preprečita čezmerna koncentracija kupne moči in nedovoljeno dogovarjanje ter ohranijo transparentnost, konkurenca in možnosti MSP za dostop do trga.

Zato četudi ni mogoče zanikati smiselnosti naročnikovih navedb, da bi lahko prav nabava več (vrst) zdravil od istega ponudnika privedla do ugodnejše ponudbe oz. do višjih ponujenih popustov, kar nenazadnje priznava tudi vlagatelj, ko zatrjuje, da je naročnik *»kumuliral predmet naročila in oblikoval sklope z namenom doseganja čim večjega obsega dobav, [...] kar bi naročniku omogočilo čim večje pridobivanje bonusov – ugodnosti na obseg dobav«* (slednja je seveda odvisna od višine ponujenega popusta na dobavo zdravil), pa združevanje potreb naročnikov z namenom doseganja ekonomije obsega ne sme preprečiti učinkovite konkurence in možnosti MSP za dostop do trga. V tem smislu ne gre spregledati navedb vlagatelja (ki je kot državni organ, pristojen za varstvo konkurence), da je zadevni trg močno skoncentriran oligopolni trg, na katerem delujejo trije večji dobavitelji oz. dva večja dobavitelja. Razdelitev javnega naročila po posameznih naročnikih bi omogočala sodelovanje gospodarskim subjektom, ki ne morejo zagotavljati dobave geografsko razpršenim javnim zavodom na ozemlju celotne države, lahko pa bi zagotavljali dobavo na geografsko zaokroženem območju. Z vlagateljem se je treba tudi strinjati, da večje število ponudnikov predstavlja večjo konkurenco in oddajo ponudb pod ugodnejšimi pogoji, kar lahko zlasti v primeru obstoja oligopolne strukture trga preprečuje morebitno dogovarjanje med podjetji.

Naročnik v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo tudi (smiselno) navaja razloge, povezane s tehnično izvedbo javnega naročila, saj navaja, da bi razdelitev po posameznih naročnikih onemogočala spoštovanje ZZdr-2, ker bi lahko prejel 14 različnih popustov na posamezno

zdravilo, kar bi se pri obračunavanju dobavljenih zdravil odražalo v 14 različnih cenah in posledično težave pri ugotavljanju veljavnih cen. Naročnik izpostavljenih navedb sicer ne konkretizira in ne pojasni, zakaj bi različni popusti in različne cene zdravil »povzročali težave« z vidika določb ZZdr-2. V kolikor pa naročnik s temi navedbami zatrjuje, da bi se v postopku oblikovalo 14 veljavnih cen, ki bi jih bili vsi dobavitelji dolžni spoštovati pri poslovanju z lekarniškimi zavodi, pa gre pritrditi vlagatelju, da lahko tudi ob obstoječi razdelitvi javnega naročila pride do situacije, ko bosta za posamezno zdravilo ponujena dva različna popusta, posledično pa bosta za posamezno zdravilo dve različni (veljavni) ceni, saj je vsaka ATC skupina zdravil količinsko razdeljena na dva sklopa (naročnik pa bo imel za vsako ATC skupino oz. vsako zdravilo dva dobavitelja). Naročnik sicer navaja, da je takšno situacijo predvidel in preprečil z določbo, da če bo veljavna cena v trenutku oddaje posameznega naročila, nižja od veljavne cene iz CBZ v trenutku oddaje ponudbe, z upoštevanim odstotkom ponujenega popusta na ceno zdravil, bo izbrani ponudnik oz. dobavitelj dobavljal zdravilo po veljavni ceni iz CBZ, ne da bi pri tem obračunal še popust na ceno zdravila. Vendar pa naročnik, v kolikor ocenjuje, da omenjena določba odpravlja »problematiko« veljavnih cen, ne pojasni, zakaj takšne določbe ne bi mogel vključiti tudi v primeru razdelitve javnega naročila po posameznih zavodih.

Upošteva se navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik v konkretnem postopku pravnega varstva ni uspel utemeljiti razlogov, zaradi katerih predmetnega javnega naročila ni razdelil po posameznih naročnikih oz. po posameznih javnih lekarniških zavodih. V posledici navedenega gre tako zaključiti, da je naročnik s tem, ko predmeta javnega naročila ni razdelil na manjše sklope, kršil prvi odstavek 73. člena ZJN-3.

Glede cilja zadevnega postopka oddaje javnega naročila

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da ni potrebna presoja, ali je tudi v primeru zahtevka za revizijo v javnem interesu eden izmed procesnih pogojev neobstoj omejitve iz tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN. Ne držijo namreč navedbe naročnika, da preko Portala javnih naročil ni bil opozorjen na kršitve, ki jih vlagatelj zatrjuje v tem delu zahtevka za revizijo, saj je bilo na Portalu javnih naročil dne 20. 4. 2022 ob 13:14 objavljeno vprašanje: »Naročnika prosimo za pojasnilo, po katerem ključu je namenil/določil zgolj 5% skupnega popusta za ZZZS in zase obdržal 95% skupnega popusta?«. Iz izpostavljenega vprašanja (kot tudi iz vprašanj, objavljenih na Portalu javnih naročil dne 19. 4. 2022 ob 14:03 in dne 14. 4. 2022 ob 12:00) izhaja, da se zastavljavec vprašanja ne strinja s predvideno razdelitvijo ponujenih popustov, kar je tudi bistvo revizijskih očitkov v tem delu zahtevka za revizijo. Pri tem pa gre zgolj še dodati, da v predhodnem postopku pravnega varstva takratni vlagatelj naročniku ni očital »neustrezne razdelitve popustov«, zato naročnik že iz tega razloga ne more uspeti s sklicevanjem na odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-061/2022.

Naročnik je kot merilo za izbor strank okvirnega sporazuma v posameznem sklopu določil skupni popust (%) na dobavo zdravil, prav tako je naročnik skupni popust na dobavo zdravil (v %) določil kot merilo za oddajo posameznega naročila na podlagi okvirnega sporazuma (5.3. in 12. točka dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila). Ugotoviti gre, da vlagatelj ne zatrjuje, da bi naročnik oblikoval merilo za oddajo javnega naročila (tj. skupni popust na dobavo zdravil) v nasprotju z določbami ZJN-3. Ne strinja pa se vlagatelj s predvidenim načinom »razdelitve« popusta, ki bo pridobljen v predmetnem postopku oddaje javnega naročila.

Naročnik je predvidel, da od skupnega ponujenega popusta na dobavo zdravil odpade 5 % na popust na ceno zdravil iz CBZ, določen odstotek odpade na ugodnost na obseg dobav, in sicer od 80 do 95% (odstotki so različni pri posameznih naročnikih), določen odstotek pa odpade na popust na predčasno plačilo, in sicer od 0% do 15% (odstotki so različni pri posameznih naročnikih). Upošteva se predstavljeni del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila gre

pritrlditi vlagatelju, da je le 5% skupnega ponujenega popusta namenjenih znižanju cen zdravil, ki se financirajo iz javnih sredstev oz. »*davkoplačevalskega denarja*« - zdravila na recept namreč v končni fazi plača ZZZS. Prav tako gre pritrlditi vlagatelju, da se ostanek ponujenega popusta (tj. 95%) namenja za poslovanje javnih zavodov, saj bo namreč skladno z 20. členom vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi posamezni naročnik v predvidenih obdobjih ugotovil vrednost dobav blaga in obračunal ugodnost na obseg dobav, dobavitelj pa bo moral posameznemu naročniku izplačati vrednost ugodnosti na obseg dobav, skladno z 21. členom vzorca pogodbe o sukcesivni dobavi pa je dobavitelj dolžan obračunati popust na predčasno plačilo ob posamezni izdani fakturi oziroma mesečno.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da z navedeno razdelitvijo skupnega ponujenega popusta na dobavo naročnik ne zasleduje nižjih cen zdravil, kar bi moral biti cilj tega postopka, pač pa lastne interese.

Državna revizijska komisija, ki po svoji funkciji predstavlja organ pravnega varstva, ki odloča o zakonitosti oddaje javnih naročil v vseh stopnjah postopka javnega naročanja (prvi odstavek 60. člena ZPVPJN), v revizijskem postopku, v katerem je zagotovljeno pravno varstvo le zoper kršitve v postopkih javnega naročanja (2. člen ZPVPJN), lahko ugotavlja (zgolj) skladnost ravnanja naročnika s pravili javnega naročanja (prim. npr. odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-81/2014, 018-8/2015, 018-65/2015, 018-73/2016). To pomeni, da je Državna revizijska komisija pristojna zgolj za presojo, ali je naročnik pri oblikovanju določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ravnal v skladu s predpisi, ki urejajo oddajo javnih naročil. Upošteva navedeno in upošteva, da predpisi s področja javnega naročanja ne določajo na kakšen način oz. po kakšnem ključu se v postopku javnega naročanja »*deli*« pridobljeni popust med različnimi subjekti oz. različnimi (javnimi) blagajnami, Državna revizijska komisija ni pristojna ocenjevati pravilnosti oziroma zakonitosti predvidene »*delitve pridobljenega popusta*«. V zvezi z vlagateljevimi očitki o kršitvi načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti (4. člen ZJN-3), ki določa, da mora naročnik izvesti javno naročanje tako, da z njim zagotovi gospodarno in učinkovito porabo javnih sredstev in uspešno doseže cilje svojega delovanja, določene skladno s predpisi, ki urejajo porabo proračunskih in drugih javnih sredstev, gre poudariti, da so z vidika omenjene določbe javna sredstva tako sredstva posameznih javnih naročnikov oz. posameznih javnih lekarniških zavodov kot tudi sredstva oz. blagajna ZZZS. Zato ne more, v nasprotju z mnenjem vlagatelja, predstavljati kršitve omenjenega načela, če se oseba s statusom javnega naročnika v postopku oddaje javnega naročila zavzema za pridobitev čim večje lastne koristi oz. za pridobitev čim večjega dela popusta, ki bo namenjen njegovemu poslovanju. Vprašanje razdelitve pridobljenega popusta je lahko sistemsko vprašanje organizacije oz. izvajanja javnega naročanja zdravil (kar smiselno zatrjuje tudi naročnik, ko navaja, da lahko ZZZS sam izvaja postopek oddaje javnega naročila za nakup zdravil na recept, kar bi mu omogočalo znižanje cen zdravil), ki ga Državna revizijska komisija ne more razreševati v okviru pravnega varstva. Državna revizijska komisija zato navedb vlagatelja, vezanih na razdelitev skupnega ponujenega popusta na dobavo, ni vsebinsko presojala.

Sklepno

V posledici navedenega je zato Državna revizijska komisija na podlagi druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN zahtevku za revizijo ugodila in v celoti razveljavila postopek oddaje javnega naročila »*Dobava zdravil na recept*«, ki ga je naročnik dne 24. 3. 2022 objavil na portalu javnih naročil pod številko objave JN001891/2022-B01. Ugotovljene kršitve naročnika so namreč takšne narave, da jih ni mogoče odpraviti zgolj z delno razveljavitvijo postopka o oddaji naročila, poleg tega je v konkretnem primeru rok za prejem ponudb že potekel (po poteku roka za prejem ponudb pa naročnik, glede na prvo poved iz drugega odstavka 67. člena ZJN-3, ne sme več

spreminjati in dopolnjevati dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila), naročnik pa je prejete ponudbe tudi že odprl.

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. Pri tem Državna revizijska komisija še ponavlja, da se naročnik sicer lahko razbremeni obveznosti razdelitve javnega naročila, če obstajajo utemeljeni razlogi, ki pa jih mora biti naročnik (v primeru spora) sposoben ustrezno utemeljiti.

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

Pravni pouk:

Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

Predsednik senata:
Samo Červek, univ. dipl. prav.,
predsednik Državne revizijske komisije

Vročiti (po e-Reviziji):

- naročnik,
- vlagatelj,
- pooblaščenec vlagatelja,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.