

Številka: 018-104/2022-5

Datum: 4. 10. 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 Nine Velkavrh, kot predsednice senata, ter dr. Mateje Škabar in Andraža Žvana, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Skupno javno naročilo dobave zdravil za potrebe 11 javnih zavodov*«, 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 naročnika in pooblaščenega naročnika Koroška lekarna, Ob Suhi 9, Ravne na Koroškem (v nadaljevanju: naročnik), dne 4. 10. 2022

odločila:

Zahtevku za revizijo se ugotovi tako, da se razveljavi postopek oddaje javnega naročila v sklopih 02B1, 02B2 03B1, 03B2, 11B1, 11B2, 01L1,01L2, 02L1, 02L2, 04L1, 04L2, 06L1,06L2, 09L1 in 09L2.

V preostalem delu se zahtevki za revizijo zavrne kot neutemeljeni.

Obrazložitev:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu je bilo objavljeno na Portalu javnih naročil dne 28. 4. 2022, pod št. objave JN002821/2022-B01, in v Uradnem listu EU dne 29. 4. 2022, pod št. objave 2022/S 084-224290. Naročnik izvaja postopek javnega naročanja v svojem imenu in za svoj račun in v imenu in za račun desetih (10) posameznih naročnikov, navedenih v I.1 točki obvestila o javnem naročilu.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo, vloženi dne 24. 8. 2022, predlaga razveljavitev celotnega postopka oddaje javnega naročila. Vlagatelj naročniku očita kršitev načela zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen Zakona o javnem naročanju – Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3) in načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti (4. člen ZJN-3), kar utemeljuje z navedbami, da naročnik pri oblikovanju nekaterih zahtev dokumentacije v zvezi z

oddajo javnega naročila in pri oblikovanju sklopov ni upošteval obstoja ekskluzivnih pravic distribucije zdravil. S sporazumom o izključni (ekskluzivni) distribuciji se dobavitelj strinja, da bo svoje izdelke prodajal samo enemu distributerju za nadaljnjo prodajo na določenem ozemlju, pri čemer je distributer po navadi omejen pri prodaji na drugih (izključno dodeljenih) ozemljih. Sam obstoj ekskluzivnih pravic ni problematičen, pač pa je problematična zahteva, da mora ponudnik ponuditi vsa zdravila, tudi tista, ki so predmet ekskluzivnih pravic, saj nekateri ponudniki do teh zdravil zaradi obstoja ekskluzivnih pravic nimajo dostopa in zato ne morejo oddati ponudbe. Znotraj posamezne ATC skupine so tudi zdravila, za katere ponudnik brez ekskluzivnih pravic, ne more oddati ponudbe. Zdravil, za katere je vzpostavljena izključna distribucija na območju posamezne države, končni distributer (veletrgovec z zdravili) ne more ponuditi, ker mu jih proizvajalec, zaradi obstoja ekskluzivnega razmerja z izključnim distributerjem, ne bo prodal. Ekskluzivna pravica imetniku te pravice omogoča, da druge veletrgovce izključi ali izključuje pri distribuiranju zdravila, zato ni konkurence glede zdravil z ekskluzivno pravico. Da bi naročnik zagotovil konkurenco, bi moral zdravila, ki so predmet ekskluzivnih pravic, ločiti od zdravil, ki niso predmet ekskluzivnih pravic oz. oblikovati ločene sklope. Vseh zdravil iz popisa zdravil najverjetneje nima noben veletrgovec v Republiki Sloveniji, morda z izjemo enega ali dveh veletrgovcev. Uradnega ali javno dostopnega seznama zdravil z ekskluzivnimi pravicami v Republiki Sloveniji ni, zato vlagatelju ni znan celoten obseg teh pravic ter nanje sklepa iz svoje prakse (kot organa za varstvo konkurence) in na podlagi navedb strank v konkretnem in drugih postopkih. Specifike ekskluzivnih pravic so se zavedeli drugi javni lekarniški zavodi, ki so v postopku JN001891/2022 oblikovali ločene sklope za zdravila z ekskluzivnimi pravicami. Vlagatelj pojasnjuje, da je (pred vložitvijo zahtevka za revizijo) od naročnika zahteval dodatna pojasnila, vezana na preverjanje obstoja in imetništvo ekskluzivnih pravic, vendar je naročnikov odgovor sam s seboj v nasprotju, neprepričljiv, nekonkretiziran in nedokazan. Naročnik je posredoval seznam zdravil, ki so po vedenju naročnika vezana na imetništvo ekskluzivnih pravic. Na podlagi naključnega preverjanja nekaterih zdravil iz posredovanega seznama je vlagatelj ugotovil, da se ta nahajajo tudi v popisu, in sicer zdravila Trepostinil amomed 5 mg/ml (sklopa 02B1 in 02B2), Vitalipid (sklopi 03B1, 03B2, 11B1 in 11B2) in Lenalidomide accord 5 mg (sklopi 01L1,01L2, 02L1, 02L2, 04L1, 04L2, 06L1,06L2, 09L1 in 09L2), zato ne držijo naročnikove navedbe, da so iz popisa zdravil izločena zdravila, ki so vezana na imetništvo ekskluzivnih pravic.

Naročnik je dne 5. 9. 2022 zavrnil vlagateljev zahtevek za revizijo. Naročnik uvodoma navaja, da vlagatelj ni aktivno legitimiran za vložitev zahtevka za revizijo, ker ga ne uveljavlja v javnem interesu. V nadaljevanju navaja, da v popisu zdravil ni zdravil z ekskluzivnimi pravicami, torej zdravil, ki zaradi obstoja ekskluzivnih pravic distribucije ne bi bila na voljo vsem ponudnikom. Takšna zdravila so bila izključena iz popisa zdravil, kar potrjuje tudi dejstvo, da je naročnik za vsak sklop prejel vsaj dve ponudbi, za nekatere sklope pa tri ponudbe. Uradni seznam zdravil, ki zaradi obstoja ekskluzivnih pravic distribucije ne bi bila na voljo vsem ponudnikom, ne obstoji. Na podlagi vlagateljevega poziva je naročnik, upošteva dostopne informacije, sestavil informativni seznam zdravil, ki so vezana na imetnike ekskluzivnih pravic, pri čemer ta seznam ne predstavlja seznama zdravil, ki zaradi obstoja ekskluzivnih pravic niso na voljo vsem ponudnikom, ampak gre za zdravila, ki so po vedenju naročnika predmet ekskluzivnih dogovorov, kar pa ne pomeni, da niso na voljo drugim ponudnikom. Četudi je lahko za določeno zdravilo določenemu distributerju ekskluzivno dodeljeno določeno ozemlje, to še ne pomeni, da bi tak distributer moral prodajati izključno določenim kupcem na tem ozemlju (npr. lekarnam, ne pa tudi drugim veletrgovcem). Poleg tega bi lahko kupci z določenega ozemlja, za katerega je dogovorjena izključna distribucija, kupili zdravilo od distributerja z drugega izključno dodeljenega ozemlja. Ne držijo zato navedbe vlagatelja, da ekskluzivna pravica imetniku te pravice omogoča, da druge veletrgovce izključi pri distribuiranju tega zdravila. Naročnik nadalje navaja, da iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ne izhaja zahteva, da imajo ponudniki na zalogi vsa zdravila iz posamezne ATC skupine, ampak da imajo zdravila iz popisa sklopa, za katerega so izbrani. V popisu pa so upoštewane ekskluzivne pravice na predstavljeni način.

Nerelevantno je vlagateljovo sklicevanje na postopek javnega naročanja, ki ga izvaja Lekarniška zbornica Slovenije. Vlagatelj le pavšalno zatrjuje, da obstajajo ekskluzivne pravice in da zaradi vsebine dogovorov o ekskluzivni distribuciji ponudbe ne more oddati več ponudnikov, česar pa ne dokaže. Dejstvo, da lahko kljub obstoju ekskluzivnih dogovorov, zdravilo ponudi več veletrgovcev, ne izhaja zgolj iz predloženih ponudb v predmetnem postopku, pač pa tudi iz dejstva, da posameznim naročnikom zdravila, navedena na seznamu, poleg imetnika ekskluzivne pravice dobavljajo tudi drugi veletrgovci – kot dokaz za navedeno naročnik predloži račune za (nekatera) zdravila, izstavljena (nekaterim) posameznim naročnikom. Naročnik še izpostavlja, da zahtevke za revizijo ne more biti podlaga za razveljavitev celotnega postopka javnega naročanja, saj vlagatelj naključno izpostavi konkretno tri zdravila, za katera zatrjuje obstoj ekskluzivnih pravic (sicer pavšalno in ne da bi izkazal izključnost v smislu nezmožnosti dobave s strani drugih veletrgovcev), in sklope 02B1, 02B2 03B1, 03B2, 11B1, 01L1,01L2, 02L1, 02L2, 04L1, 04L2, 06L1,06L2, 09L1 in 09L2, kar pa niso vsi sklopi, saj je oblikoval 308 sklopov.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 5. 9. 2022 odstopil dokumentacijo v postopku oddaje predmetnega javnega naročila ter dokumentacijo predrevizijskega postopka.

Vlagatelj v vlogi z dne 8. 9. 2022, s katero se je opredelil do navedb naročnika, navaja, da je obstoj ekskluzivnih pravic pri distribuciji zdravil nesporen in da je ekskluzivna pravica po svoji naravi omejujoča ter lahko omeji dostop do posameznega blaga določenemu krogu subjektov. V popisu zdravil so nedvoumno zdravila, ki so predmet ekskluzivnih pravic, kar potrjuje naročnikov seznam 47 zdravil, pri čemer ta seznam, po navedbah naročnika, ni dokončen. Poleg tega se javno naročilo nanaša na vse ATC sklope zdravil in s tem na veliko večino zdravil, ki so trenutno na trgu. Število prejetih ponudb oz. oddaja ponudbe neobstoja ekskluzivnih pravic ne potrjuje in ni v vzročni zvezi z obstojem omenjenih pravic, vlagatelj pa se do oddanih ponudb ne more opredeliti, saj mu seznam ekskluzivnih pravic ni znan – naročnik je tisti, ki mora poznati materijo javnega naročila in ima dolžnost, da dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila prilagodi tako, da bo postopek javnega naročila konkurenčen in gospodaren. Tudi če seznam zdravil z ekskluzivnimi pravicami ne obstaja, mora to naročnik upoštevati in na trgu preveriti obstoj zdravil z ekskluzivnimi pravicami in v ta namen napraviti analizo trga. Ni dolžnost vlagatelja, da ugotavlja, katera zdravila so predmet ekskluzivnih pravic, zato naročnik na vlagatelja neutemeljeno prelaga dokazno breme. Vlagatelj je v zahtevku za revizijo izpostavil tri zdravila, na seznamu pa je 47 zdravil, ki so vsa najverjetneje predmet javnega naročila. Vlagatelj nadalje navaja, da je lahko več modalitet izključne distribucije. Čeprav je prepovedana prepoved pasivne prodaje, se to nanaša le na določbe sporazuma, ki kot tak učinkuje le inter partes in nima vpliva na razmerje med imetnikom ekskluzivne pravice in morebitnimi drugimi kupci zdravila. Distributer zdravila z ekskluzivno pravico je samostojen pri nadaljnji prodaji končnim kupcem. Vlagatelj je pri svojem dosedanem delu zaznal, da so si konkurenčni veletrgovci med seboj prodajali zdravila, tudi zdravila z ekskluzivno pravico distribucije; v zadnjem času pa je vlagatelj zaznal pojav, da določeni veletrgovci z zdravili ne želijo več sodelovati pri tovrstni medsebojni prodaji zdravil. Imetniki ekskluzivnih pravic distribucije lahko dobavo teh zdravil svojim konkurentom kadarkoli prekinejo. Teoretična možnost paralelnega uvoza je v praksi skorajda nemogoča, in sicer zaradi določanja prodajnih kvot s strani proizvajalca zdravil, poleg tega paralelni uvoz prinaša dodatne stroške uvozniku, saj so potrebne jezikovne prilagoditve napisov embalaže. Znano je, da so marže relativno nizke, zato je takšen uvoz povečini ekonomsko nesmotrn. V zvezi s konkretnimi zdravili, izpostavljenimi v zahtevku za revizijo, vlagatelj zatrjuje, da so navedena zgolj primeroma, zato predloženi računi ne pomenijo, da je glede preostalih zdravil, kjer obstajajo ekskluzivne pravice zagotovljena dobava več ponudnikom. V popisu je navedenih 2158 zdravil, za preostalih 2155 zdravil (še) ne vemo, ali so predmet ekskluzivnih pravic, kot tudi ne, ali jih ponudniki, ki niso imetniki ekskluzivnih pravic, lahko ponudijo.

Naročnik je v vlogi z dne 14. 9. 2022 vztraja, da v popisu zdravil ni zdravil z ekskluzivnimi pravicami, torej zdravil, ki zaradi obstoja ekskluzivnih pravic distribucije ne bi bila na voljo vsem ponudnikom

oz. drugim ponudnikom, razen imetnikom ekskluzivnih pravic. Naročnik še navaja, da vlagatelj priznava v preteklosti izdane račune kot dokaz, da je kljub obstoju ekskluzivnih pravic zagotovljena dobava zdravil več ponudnikom, posledično pa priznava, da dobava zdravil s strani več subjektov daje podlago za zaključek, da lahko več ponudnikov, kljub obstoju ekskluzivne pravice, dobavi ta zdravila; umestitev takšnih zdravil na popis za vlagatelja ni sporna.

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.

Uvodoma gre v zvezi z naročnikovimi navedbami, da vlagatelj ni aktivno legitimiran za vložitev zahtevka za revizijo, ker ga ne uveljavlja v javnem interesu, pojasniti, da je Državna revizijska komisija že večkrat zavzela stališče (npr. v sklepih št. 018-62/2018-6, 018-73/2020-9, 018-040/2022-34, 018-040/2022-35), da se zagovorniku javnega interesa aktivna legitimacija prizna že zgolj na podlagi njegovega statusa zagovornika javnega interesa. ZPVPJN različno ureja aktivno legitimacijo ponudnikov (in kandidatov) ter zagovornikov javnega interesa. Prva alineja prvega odstavka 14. člena ZPVPJN določa pogoje za priznanje aktivne legitimacije ponudnikov, medtem ko druga alineja prvega odstavka 14. člena ZPVPJN določa pogoje za priznanje aktivne legitimacije zagovornika javnega interesa. Iz slednje je razvidno, da je edini pogoj oz. zahteva, ki jo mora za priznanje aktivne legitimacije izpolnjevati zagovornik javnega interesa, ta, da je zagovornik javnega interesa oz. subjekt, naveden v drugem odstavku 6. člena ZPVPJN. Ker je predmetni zahtevek za revizijo vložila Javna agencija Republike Slovenije za varstvo konkurence, torej organ, pristojen za varstvo konkurence, ki je v drugem odstavku 6. člena ZPVPJN naveden kot zagovornik javnega interesa, vlagatelju v obravnavanem primeru ni mogoče odreči aktivne legitimacije.

Glede vprašanja javnega interesa gre pojasniti, da določbe prvega odstavka 6. člena ZPVPJN, v skladu s katero gre za javni interes takrat, kadar obstaja nevarnost za življenje in zdravje ljudi, javno varnost ali oškodovanje premoženja večje vrednosti, ni mogoče razumeti na način, da lahko zagovornik javnega interesa vloži zahtevek za revizijo zgolj v primerih, če zatrjuje (in dokaže), da bi zaradi naročnikovega (domnevno nezakonitega) ravnanja obstajala nevarnost za življenje in zdravje ljudi, javno varnost ali oškodovanje premoženja večje vrednosti. Ni namreč mogoče izključiti, da javni interes ne obstaja tudi v drugih primerih. 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. Presoja, ali zaradi naročnikovih ravnanj, ki jih ocenjujejo za nezakonita, obstaja nevarnost za življenje in zdravje ljudi, javno varnost ali oškodovanje premoženja večje vrednosti, je zato v domeni zagovornikov javnega interesa, Državna revizijska komisija pa vanjo 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. Ob tem je treba 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, kršitev katerih zatrjuje vlagatelj v zahtevku za revizijo.

Tudi sicer ni mogoče utemeljevati neobstoja aktivne legitimacije na vsebinski neutemeljenosti zahtevka za revizijo, kot to počne naročnik z navedbami, da je v vseh sklopih prejel najmanj dve ponudbi, kar po mnenju naročnika dokazuje neutemeljenost revizijskih navedb, da lahko le imetnik ekskluzivne pravice distribuiranja posameznega zdravila dobavi oz. ponudi to zdravilo in da lahko posledično le imetnik ekskluzivne pravice odda ponudbo. Navedeno je namreč predmet vsebinske presoje zahtevka za revizijo in ne vprašanje obstoja procesnih pogojev.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da je naročnik oblikoval sklope na način, da je v posameznih sklopih združil zdravila z ekskluzivnimi pravicami distribucije (ki jih po mnenju vlagatelja ne morejo ponuditi vsi gospodarski subjekti) in zdravila brez ekskluzivnih pravic distribucije (ki jih lahko ponudijo vsi veletrgovci z zdravili), s čimer je naročnik gospodarskim subjektom, ki nimajo ekskluzivnih pravic distribucije, onemogočil sodelovanje v postopku javnega naročanja. Naročnik na drugi strani zavrača revizijske navedbe in zatrjuje, da v sklope oz. popise zdravil ni vključil zdravil, ki zaradi obstoja ekskluzivnih pravic distribucije ne bi bila »dostopna« tudi gospodarskim subjektom, ki niso imetniki ekskluzivne pravice distribucije, saj lahko tudi gospodarski subjekti, ki niso imetniki ekskluzivnih pravic, ponudijo (in dobavijo) zdravila z ekskluzivnimi pravicami distribucije.

Glede na trditveno podlago strank je v predmetnem postopku pravnega varstva treba presoditi, ali je naročnik v sklope oz. v popise zdravil vključil zdravila z ekskluzivnimi pravicami distribucije in če jih je, ali obstoj ekskluzivnih pravic distribucije zdravil vpliva na možnost sodelovanja gospodarskih subjektov v tem postopku javnega naročanja in posledično na konkurenco med ponudniki. Skladno z načelom zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-3) namreč javno naročilo ne sme neupravičeno omejevati konkurence med ponudniki, naročnik pa v postopku javnega naročanja ne sme omejevati možnih ponudnikov z izbiro in izvedbo postopka, ki je v nasprotju z ZJN-3, pri izvajanju javnega naročanja pa mora ravnati v skladu s predpisi o varstvu oziroma preprečevanju omejevanja konkurence. V skladu z omenjenim načelom je naročnik dolžan (ob upoštevanju svojih potreb) oblikovati predmet javnega naročila oz. sklope na način, da je vzpostavljena konkurenca med ponudniki, kar izhaja tudi iz četrtega odstavka 68. člena ZJN-3, ki določa, da morajo tehnične specifikacije, s katerimi naročnik opredeli predmet javnega naročila, vsem gospodarskim subjektom zagotavljati enak dostop do postopka javnega naročanja in neupravičeno ne smejo ovirati odpiranja javnih naročil konkurenci. Prav tako 73. člen ZJN-3, ki se nanaša na razdelitev javnega naročila na sklope, naročniku nalaga, da zagotoviti nediskriminatorno obravnavo in s tem večjo dostopnost javnega naročila gospodarskim subjektom.

Že na tem mestu gre pojasniti, da za presojo zakonitosti naročnikovega ravnanja v tem postopku oddaje javnega naročila ne more biti relevantno ravnanje drugih naročnikov (tj. javnih lekarniških zavodov) v drugem postopku javnega naročanja. Zgolj dejstvo, da so (za razliko od predmetnega naročnika) drugi javni lekarniški zavodi v postopku javnega naročanja za nakup zdravil (JN001891/2022) oblikovali posebne sklope, katerih predmet so bila izključno zdravila z ekskluzivnimi pravicami, ne pomeni že tudi, da bi moral na takšen način ravnati tudi predmetni naročnik v predmetnem postopku javnega naročanja. Tudi če bi bilo oblikovanje ločenih sklopov za zdravila z ekskluzivnimi pravicami skladno z določbami ZJN-3, to ne bi omogočalo že zaključka, da je neoblikovanje posebnih sklopov zdravil z ekskluzivnimi pravicami v nasprotju z določbami ZJN-3, saj ni mogoče izključiti, da sta oba načina (torej oblikovanje ločenih sklopov kot neoblikovanje ločenih sklopov) skladna z določbami ZJN-3.

Za rešitev zadeve prav tako ni ključno, s katerim vprašanjem se naj bi naročnik pretežno »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 pred objavo obvestila o naročilu »preveril obstoj in imetništvo ekskluzivnih pravic iz popisa zdravil« (vlagatelj namreč kot vprašljive označuje navedbe naročnika, da je preveril obstoj in imetništvo ekskluzivnih pravic iz popisa zdravil), temveč je ključno, ali je naročnik v posamezne sklope vključil zdravila z ekskluzivnimi pravicami distribucije in ali obstoj ekskluzivnih pravic vpliva na možnost sodelovanja gospodarskih subjektov v postopku javnega naročanja. Poleg tega naročnikovo ravnanje, povezano s preverjanjem trga oz. povezano s preverjanjem obstoja in imetništva ekskluzivnih pravic, ne more biti predmet postopka pravnega varstva (prim. odločitev št. 018-083/2022-10), saj se lahko zahteva za pravno varstvo v postopkih javnega naročanja vloži zoper vsako ravnanje naročnika v postopku javnega naročanja (prim. 5. člen ZPVPJN), naročnik pa *lahko* izvede preverjanje trga pred začetkom postopka javnega

naročanja (prim. prvi odstavek 64. člena ZJN-3). Državna revizijska komisija tudi ni vsebinsko presojala revizijskih navedb, vezanih na naročnikovo pojasnilo, podano na podlagi vlagateljeve zahteve z dne 11. 8. 2022 (torej pred vložitvijo zahtevka za revizijo), ter s tem povezanih naročnikovih navedb, saj komunikacija naročnika in vlagatelja pred vložitvijo zahtevka za revizijo ni naročnikovo ravnanje v postopku oddaje javnega naročila.

Predmet javnega naročila je dobava zdravil na recept, ki so uvrščena v Centralno bazo zdravil (v nadaljevanju: CBZ), ki imajo eno izmed dovoljenj na podlagi katerega je zdravilo v prometu v Republiki Sloveniji in katerih cena je skladno z Zakonom o zdravilih (Uradni list RS, št. 17/14 s sprem.) določena s strani Javne agencije za zdravila in medicinske pripomočke. Naročnik je predmet javnega naročila razdelil na 308 sklopov, in sicer je predmet javnega naročila je najprej razdeljen na posamezne naročnike oz. posamezne javne zavode (oznake od 01 do 11), nadalje je na ravni vsakega posameznega naročnika oz. javnega zavoda razdeljen na (štirinajst) ATC skupin zdravil, kot so določene v CBZ (oznake A, B, C..., ki sledijo oznaki posameznega naročnika), na ravni posameznega javnega zavoda (oz. posameznega naročnika) in posamezne ATC skupine zdravil je predmet nadalje razdeljen (še količinsko) na dva sklopa (zadnja numerična oznaka sklopov 1 ali 2).

Del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je Excelova tabela Priloga 5 – Popis zdravil, v kateri je naročnik pripravil popis zdravil, ki jih naročajo posamezni javni lekarniški zavodi, z ocenjenimi količinami zdravil za obdobje enega leta.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo kot sporno izpostavlja tudi naročnikovo zahtevo, da je ponudnik sposoben dobaviti vse artikle, navedene v sklopu, za katerega oddaja ponudbo, in da mora imeti ponudnik na zalogi vse artikle, navedene v sklopu, za katerega je oddal ponudbo, in bodo v času povpraševanja posameznega naročnika dobavljivi na trgu, pri čemer se šteje, da je zdravilo dobavljivo na trgu, če ga lahko dobavi vsaj en veletrgovec z zdravili, ki deluje na območju Republike Slovenije. Vendar pa gre ugotoviti, da je naročnik z odgovorom, objavljenim na Portalu javnih naročil dne 26. 5. 2022 ob 20:40 (ki skladno s 67. členom ZJN-3 šteje kot del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila), spremenil omenjeno zahtevo, in sicer tako, da se omenjena zahteva nanaša na dobavitelja (in ne ponudnika), pri čemer iz naročnikovega odgovora tudi izhaja, da naročnik ne zahteva, da so dobavitelji sposobni dobaviti vsa zdravila, ki spadajo v posamezno ATC skupino, kot tudi ne, da imajo dobavitelji na zalogi vsa zdravila, ki spadajo v posamezno ATC skupino, pač pa, da so sposobni dobaviti tista zdravila iz posamezne ATC skupine, ki so za relevanten sklop (torej za sklop, za katerega je dobavitelj sklenil okvirni sporazum) navedena v Prilogi 5 – Popis zdravil, in da imajo dobavitelji na zalogi tista zdravila iz posamezne ATC skupine, ki so za relevanten sklop (torej za sklop, za katerega je dobavitelj sklenil okvirni sporazum) navedena v Prilogi 5 – Popis zdravil.

V kolikor vlagatelj z navedbami, da je naročnikov odgovor, objavljen na Portalu javnih naročil dne 26. 5. 2022 ob 20:40, *»nerazumljiv(o) oz. je takšne narave, da ne pojasni ničesar, hkrati pa ohranja vse prvotne dvome potencialnega ponudnika«*, naročniku očita kršitve, gre ugotoviti, da je iz naročnikovega odgovora jasno razvidno, da naročnik zahteva, da je dobavitelj (in ne ponudnik) sposoben dobaviti tista zdravila, ki so za relevanten sklop navedena v Prilogi 5 – Popis zdravil, in da ima na zalogi tista zdravila, ki so za relevanten sklop navedena v Prilogi 5 – Popis zdravil. Ob tem gre še dodati, da vlagatelj niti ne pojasni, zakaj oz. v čem naj bi bil naročnikov odgovor *»nerazumljiv«*, prav tako iz vprašanja potencialnega ponudnika niso razvidni nobeni dvomi (slednji se z vprašanjem zavzema izključno za spremembo zahtev), vlagatelj pa niti ne pojasni, katere *»prvotne dvome potencialnega ponudnika«* z odgovorom *»ohranja«* naročnik. Tudi navedbe vlagatelja, da naročnik ni vsebinsko odgovoril na vprašanja, objavljeni na Portalu javnih naročil dne 26. 5. 2022 ob 21:23, ne držijo. V okviru spornih vprašanj se je zainteresirani gospodarski subjekt zavzemal za spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila oz. za spremembo sestave sklopov, ker naročnik pri oblikovanju sklopov naj ne bi upošteval specifik ekskluzivnih pravic

distribucije zdravil, naročnik pa je vsebinsko odgovoril na omenjeno zavzemanje gospodarskega subjekta, in sicer, da dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ne bo spremenil. Kot je Državna revizijska komisija že večkrat pojasnila (prim. npr. odločitve v zadevah, št. 018-133/2017, 018-20/2019, 018-60/2019, 018-006/2020), je iz četrtega odstavka 61. člena ZJN-3 razviden namen vprašanj, postavljenih preko portala javnih naročil, in odgovorov nanje, ki je 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 določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in torej tudi ne v pojasnjevanju, ali je naročnik pri oblikovanju dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila upošteval specifično ekskluzivnih pravic distribucije zdravil, ali celo v pojasnjevanju razlogov za vztrajanje pri obstoječi dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila in v pojasnjevanju, na kakšen način je upošteval specifično ekskluzivnih pravic distribucije zdravil. Naročnik mora biti sposoben obraniti svoje zahteve iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila šele v postopku pravnega varstva, ko in če vlagatelj konkretizirano zatrjuje domnevne naročnikove kršitve. Na tem mestu gre še dodati, da naročnikovih navedb, da na Portalu javnih naročil ni prejel konkretnega opozorila, ni mogoče označiti za »sprenevedanje«, saj četudi je bil naročnik preko Portala javnih naročil opozorjen na specifično ekskluzivnih pravic distribucije zdravil, naročnik utemeljeno navaja, da ni bil opozorjen glede nobenega konkretnega posameznega zdravila z ekskluzivno pravico.

Med strankama je sporno, na kateri stranki, na vlagatelju ali na naročniku, je trditveno in dokazno breme, da so v Prilogi 5 – Popis zdravil navedena zdravila z ekskluzivnimi pravicami distribucije. Čeprav gre pritrčiti vlagatelju, da naročnik pozna predmet javnega naročila, pa so zmotne navedbe vlagatelja, da je trditveno in dokazno breme na naročniku. Državna revizijska komisija je že v več svojih odločitvah (npr. št. 018-10/2021, 018-62/2020, 018/212/2019, 018-110/2018) pojasnila, da je zahtevek za revizijo namenjen zatrjevanju kršitev, ki naj bi jih v postopku oddaje javnega naročila domnevno storil naročnik, v ta namen pa ZPVPJN od vlagatelja (tudi od zagovornika javnega interesa) zahteva aktivno vlogo pri navajanju (pravno relevantnih) dejstev in predlaganju (pravno relevantnih) dokazov. Iz drugega odstavka 15. člena ZPVPJN (obvezne sestavine zahtevka za revizijo) izhaja dolžnost vlagatelja, da v zahtevku za revizijo navede očitane kršitve ter dejstva in dokaze, s katerimi se kršitve dokazujejo. Iz citirane določbe kot tudi iz 7. in 212. člena Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/1999 s sprem.), v povezavi s 13. členom ZPVPJN, izhaja, da je na vlagatelju trditveno in dokazno breme, in torej breme, da v zahtevku za revizijo konkretizirano zatrjuje kršitve, ki naj bi jih v postopku oddaje javnega naročila domnevno storil naročnik, in da posledično jasno, določno in konkretizirano navede vsa dejstva, ki kažejo na nezakonitost naročnikovega ravnanja, in predlaga dokaze, s katerimi se ta dejstva dokazujejo. Šele, če in ko vlagatelj v postopku zmore trditveno-dokazno breme, se na naročnika prevali trditveno-dokazno breme, in sicer da zatrjuje (in dokaže), da so očitki v zahtevku za revizijo neutemeljeni.

Iz navedenega izhaja, da mora vlagatelj, ki zatrjuje, da so predmet sklopov tudi zdravila z ekskluzivnimi pravicami distribucije, v zahtevku za revizijo navesti in dokazati takšno dejstveno podlago, ki bo omogočala zaključek, da so predmet sklopov tudi zdravila z ekskluzivnimi pravicami distribucije. Zato mora vlagatelj v zahtevku za revizijo najprej izrecno navesti zdravila z ekskluzivnimi pravicami, kot tudi v katerem sklopu v Prilogi 5 – Popis zdravil so navedena ta zdravila, navedeno pa mora tudi dokazati. Ne zadošča tako, da vlagatelj zgolj pavšalno navaja, da glede nekaterih zdravil obstaja ekskluzivna pravica distribucija, ne da bi pri tem konkretno navedel, katera so tista zdravila, za katera obstaja ekskluzivna pravica distribucije. Četudi uradni seznam zdravil z ekskluzivnimi pravicami distribucije ne obstoji (kar med strankama ni sporno) in četudi »izvedba celovite raziskave trga ni delo vlagatelja«, to vlagatelja ne razbremeni dolžnosti, da v okviru trditvene podlage določno in konkretno opredeli zdravila, ki so uvrščena v Prilogo 5 – Popis zdravil in v zvezi s katerimi naj bi obstajala ekskluzivna pravica distribucije, saj je vlagatelj tisti, ki zatrjuje, da so predmet naročila tudi zdravila z ekskluzivnimi pravicami.

Državna revizijska komisija pritrjuje naročniku, da vlagatelj v obravnavani zadevi (razen treh zdravil) povsem pavšalno zatrjuje, da glede zdravil obstajajo ekskluzivne pravice distribucije, ne da bi pri tem konkretiziral posamezna zdravila glede katerih obstajajo ekskluzivne pravice distribucije. Četudi nedvomno obstajajo zdravila z ekskluzivnimi pravicami distribucije in se javno naročilo nanaša na veliko večino zdravil na trgu, pa se Državna revizijska komisija pri odločanju ne more opreti na možnost, da so v Prilogi 5 – popis zdravil navedena tudi zdravila z ekskluzivnimi pravicami, saj mora pri odločanju upoštevati dejstva in dokaze, s katerimi se kršitve dokazujejo (drugi odstavek 15. člena ZPVPJN). Zgolj možnost (da so v Prilogi 5 – popis zdravil navedena tudi zdravila z ekskluzivnimi pravicami) ne zadostuje za zaključek o nezakonitosti naročnikovega ravnanja v tem postopku javnega naročanja. Da vlagatelj zgolj dopušča možnost in ugiba, da so v Prilogi 5 – popis zdravil navedena zdravila z ekskluzivnimi pravicami, potrjujejo tudi njegove navedbe v vlogi z dne 5. 9. 2022, ko (upoštevaje, da je v Prilogi 5 – Popis zdravil navedenih 2158 zdravil) navaja, da »za preostalih 2155 zdravil (še) ne vemo, ali so predmet ekskluzivnih pravic«.

Vlagatelj je v zahtevku za revizijo konkretiziral tri zdravila, v zvezi s katerimi naj bi obstaja ekskluzivna pravica distribucije in ki naj bi bila navedena v Prilogi 5 – Popis zdravil, in sicer zdravila Trepostinil amomed 5mg/ml, Vitalipid, in Lenalidomide accord 5 mg. Četudi je vlagatelj ta zdravila v zahtevku za revizijo navajal »primeroma« in je omenjena tri zdravila preveril »naključno«, to ne spreminja dejstva, da jih vlagatelj v zahtevku za revizijo izrecno izpostavlja, zato je v tem delu zmožeg trditveno breme. Na tem mestu gre pojasniti, da je naročnik vlagatelju posredoval (lasten) »seznam zdravil, vezana na imetnike ekskluzivnih pravic za distribucijo zdravil«, na katerem je, kot to zatrjuje vlagatelj, navedenih skupno 47 zdravil (poleg zgoraj omenjenih treh zdravil še 44 drugih zdravil). Državna revizijska komisija ne more šteti, da je vlagatelj za preostalih 44 zdravil iz omenjenega seznama podal ustrezno trditveno podlago, saj jih ni povzel v zahtevku za revizijo. Manjkajoče trditvene podlage pa, zaradi načela povezanosti trditvenega in dokaznega bremena, ne more nadomestiti izvedba dokaza z vpogledom v omenjeni seznam, saj izvedba dokazov služi dokazovanju zatrjevanih (konkretnih in določnih) pravno relevantnih dejstev, ne pa dopolnjevanju pomanjkljive trditvene podlage. Poleg tega vlagatelj niti ne zatrjuje, da je omenjenih 44 zdravil navedenih v Prilogi 5 – Popis zdravil, pač pa v vlogi z dne 5. 9. 2022 zatrjuje, da so zdravila iz omenjenega seznama »najverjetneje« vsa predmet javnega naročila – ponoviti gre, da ugibanjem o pravno relevantnih dejstvih, skladno s trditvenim in dokaznim bremenom, v revizijskem postopku ni mogoče slediti.

Na podlagi vpogleda v Prilogo 5 – Popis zdravil gre pritrditi navedbam vlagatelja, da je v Prilogi 5 – Popis zdravil zdravilo Trepostinil amomed 5mg/ml navedeno v sklopu 02B1 in 02B2, Vitalipid v sklopih 03B1, 03B2, 11B1 in 11B2, zdravilo Lenalidomide accord 5 mg pa je navedeno v sklopih 01L1, 01L2, 02L1, 02L2, 04L1, 04L2, 06L1, 06L2, 09L1 in 09L2. Navedenemu naročnik tudi ne ugovarja. Čeprav gre sicer pritrditi naročniku, da vlagatelj glede zdravil Trepostinil amomed 5 mg/ml, Vitalipid in Lenalidomide accord 5 mg ni predložil sporazumov, ki bi dokazovali obstoj ekskluzivne pravice distribucije teh zdravil, pa ne gre spregledati, da je tudi naročnik omenjena zdravila uvrstil na seznam zdravil, katerega je (pred začetkom postopka pravnega varstva) posredoval vlagatelju, kot »seznam zdravil, vezana na imetnike ekskluzivnih pravic za distribucijo zdravil« in katerega je vlagatelj priložil zahtevku za revizijo. Poleg tega naročnik v postopku pravnega varstva ne zatrjuje, da omenjena zdravila niso predmet sporazumov o ekskluzivni distribuciji, nasprotno, naročnik navaja, da so zdravila na omenjenem seznamu zdravila, ki so po njegovem vedenju predmet ekskluzivnih dogovorov. Državna revizijska komisija je zato štela, da je med strankama nesporno, da so zdravila Trepostinil amomed 5 mg/ml, Vitalipid in Lenalidomide accord 5 mg predmet sporazumov o ekskluzivni pravici distribucije zdravil.

V nadaljevanju je treba še presoditi, ali dejstvo, da so v Prilogi 5 – Popis zdravil navedena omenjena zdravila, ki so predmet sporazumov o ekskluzivni pravici distribucije zdravil, vpliva na možnost sodelovanja gospodarskih subjektov v predmetnem postopku javnega naročanja.

Sporazum o izključni (ekskluzivni) distribuciji je vertikalni sporazum, ki pomeni sporazum med dvema ali več podjetij, 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) št. 330/2010 oz. Uredbe Komisije (EU) 2022/720). Pritrditi gre vlagatelju, da so sporazumi o izključni (ekskluzivni) distribuciji različnih modalitet, in se lahko nanašajo na dodelitev ozemlja ali dodelitev skupine odjemalcev izključno omejenemu številu (ali celo enemu) kupcu (v tem smislu glej h) točko 1. člena Uredbe Komisije (EU) 2022/720). Vendar pa se je vlagatelj v zahtevku za revizijo skliceval zgolj na sporazum o izključni distribuciji, s katerim se dobavitelj strinja, da bo svoje izdelke prodajal samo enemu distributerju za nadaljnjo prodajo na določenem ozemlju (v tem smislu glej točko 151 Smernic o vertikalnih omejitvah, UL C 130, 19. 5. 2010), torej na modaliteto, ki se nanaša na dodelitev ozemlja in ne na dodelitev skupine odjemalcev. Poleg tega tudi naročnik, ki priznava obstoj sporazumov o izključni distribuciji, zatrjuje, da v obravnavanem primeru ni onemogočen dostop do zdravil (s čimer naročnik zatrjuje, da ne obstaja omejitev glede skupine odjemalcev, torej da bi bil imetnik ekskluzivne distribucije zdravil omejen na prodajo zdravil izključno, npr. lekarnam, medtem ko ostalim veletrgovcem z zdravili tega zdravila ne bi smel prodajati). Državna revizijska komisija je zato štela, da glede spornih zdravil obstajajo sporazumi o izključni distribuciji, s katerim se dobavitelj strinja, da bo svoje izdelke prodajal samo enemu kupcu (v smislu sporazuma) za nadaljnjo prodajo na določenem ozemlju.

Med strankama je sporno, ali je posledica omenjenih sporazumov o izključni distribuciji ta, da so zaradi obstoja ekskluzivnih pravic distribucije posamezna zdravila na voljo le imetnikom ekskluzivne (izključne) pravice distribucije, medtem ko drugim gospodarskim subjektom niso na voljo. Pritrditi gre naročniku, da obstoj sporazuma o izključni (ekskluzivni) distribuciji ne pomeni že tudi, da subjekt, ki ni stranka omenjenega sporazuma, nima dostopa oz. ne more ponuditi ali dobaviti zdravila, ki je predmet tega sporazuma. Naročnik namreč pravilno navaja, da lahko gospodarski subjekt, ki ni imetnik ekskluzivne pravice distribuiranja, kupi zdravilo od imetnika ekskluzivne pravice distribuiranja in to zdravilo ponudi v tem postopku javnega naročanja ter ga dobavi v fazi izvedbe javnega naročila. Navedenemu pritrjuje tudi vlagatelj, ko v vlogi z dne 8. 9. 2022 navaja, da je pri svojem dosedanem delu zaznal, da so si konkurenčni veletrgovci med seboj prodajali zdravila, med drugim tudi zdravila z ekskluzivno pravico distribucije.

Prav tako gre pritrčiti naročniku, da je neskladna s pravili prepoved pasivne prodaje oz. da bi bil v nasprotju s 101. členom Pogodbe o delovanju Evropske unije vertikalni sporazum oz. sporazum o izključni distribuciji, ki bi kupcu (stranki tega sporazuma) prepovedoval pasivno prodajo na drugem izključnem območju (v tem smislu glej b) točko 4. člena Uredbe Komisije (EU) št. 330/2010 oz. Uredbe Komisije (EU) 2022/720 ter točko 51 Smernic o vertikalnih omejitvah). Izključni distributer lahko torej aktivno prodaja predmet sporazuma na njemu dodeljenem ozemlju ter pasivno prodaja na ozemljih, dodeljenih drugim distributerjem. Pritrditi gre zato naročniku, da bi lahko veletrgovci iz Republike Slovenije kupili zdravilo z ekskluzivno pravico distribucije od distributerja, kateremu je bilo izključno dodeljeno neko drugo ozemlje (npr. Avstrija) oz. da lahko gospodarski subjekt, ki niso imetniki ekskluzivne pravice distribuiranja zdravila, pridobijo (kupijo) zdravila od distributerjev z ekskluzivnimi pravicami zunaj Slovenije in tako ponudijo zadevno zdravilo v tem postopku javnega naročanja ter dobavijo v fazi izvedbe javnega naročila. Navedenemu smiselno pritrjuje tudi vlagatelj, ko v vlogi z dne 8. 9. 2022 navaja, da sicer obstaja teoretična možnost »*paralelnega uvoza*«, vendar je v praksi skorajda nemogoča.

Upošteva je navedeno Državna revizijska komisija ne more pritrditi vlagatelju, da gospodarski subjekti, ki niso imetniki ekskluzivne pravice distribuiranja, nimajo »dostopa« do teh zdravil oz. da ne morejo ponuditi zdravil z ekskluzivnimi pravicami ter sodelovati v postopku javnega naročanja, kot tudi ne navedbam, da konkurence glede zdravil z ekskluzivnimi pravicami ni (ta je zgolj omejena, zmanjšana), pač pa gre pritrditi naročniku, da obstoj sporazuma o izključni distribuciji ne pomeni že, da ponudniki, ki niso imetniki ekskluzivne pravice distribuiranja zdravila, tega zdravila ne morejo ponuditi v tem postopku javnega naročanja oz. ga dobaviti v izvedbeni fazi. Vendar četudi lahko vsi (relevantni) gospodarski subjekti ponudijo zadevna zdravila v tem postopku javnega naročanja (in jih dobavijo v izvedbeni fazi) in tako sodelujejo v predmetnem postopku javnega naročanja, pa gre ugotoviti, da je sodelovanje teh subjektov v primerjavi s subjekti, ki so imetniki ekskluzivnih pravic, bistveno oteženo. Vlagatelj namreč utemeljeno navaja, da je distributer zdravila z ekskluzivno pravico samostojen pri nadaljnji prodaji zdravila in tako ni dolžan prodati zdravila drugemu veletrgovcu z zdravili. Pri tem vlagatelj utemeljeno opozarja, da je lahko tudi imetnik ekskluzivne pravice distribuiranja (tako kot subjekt brez ekskluzivne pravice) zainteresiran za sodelovanje v konkretnem postopku oddaje javnega naročila. V takšnem primeru pa ni mogoče izključiti, da imetniku ekskluzivne pravice distribuiranja ni v interesu, da to zdravilo proda drugemu veletrgovcu oz. potencialnemu konkurentu v tem postopku javnega naročanja, kar pomeni, da bi lahko o položaju (oz. o sodelovanju) posameznega gospodarskega subjekta v postopku javnega naročanja odločal konkurenčni ponudnik. Slediti pa gre tudi vlagateljevim navedbam, da četudi obstaja možnost pasivne prodaje (oz. možnost, da potencialni ponudnik pridobi zdravilo na drugem izključnem ozemlju) oz. možnost »*paralelnega uvoza*«, je lahko to povezano z dodatnimi stroški, saj ni mogoče izključiti, da ne bi bila potrebna prilagoditev embalaže zdravila za slovenski trg.

Državna revizijska komisija zato ugotavlja, da je lahko bistveno oteženo sodelovanje v postopku javnega naročila subjektov, ki nimajo ekskluzivne pravice distribuiranja, v primerjavi s subjekti, ki imajo ekskluzivno pravico distribuiranja. Navedenega ne spreminjajo naročnikove navedbe, da je v vsakem sklopu prejel vsaj dve ponudbi, saj ne le, da ni nujno, da so vse prejete ponudbe tudi dopustne, pa prejem več ponudb ne dokazuje že tudi, da ponudnikom, ki niso imetniki ekskluzivnih pravic, ni oteženo sodelovanje v postopku javnega naročila v primerjavi z imetniki ekskluzivnih pravic. Naročnik tudi ne more uspeti z navedbami, da sporna zdravila posameznim naročnikom dobavlja več gospodarskih subjektov (in ne le imetnik ekskluzivne pravice), kar naročnik tudi dokazuje s predložitvijo računov, saj tudi če je posamezen imetnik ekskluzivnih pravic distribuiranja posameznega zdravila v preteklosti prodajal ta zdravila drugim veletrgovcem (in ne le končnim odjemalcem, npr. lekarnam), imetnik ekskluzivne pravice distribuiranja ni dolžan te prakse (še naprej) vzdrževati in lahko zavrne nadaljnjo prodajo zdravila oz. obstoječo prodajo prekine.

Poudariti gre, da obstoj ekskluzivnih pravic distribucije ni posledica naročnikovega ravnanja in od naročnika se tudi ne zahteva, da v postopku javnega naročanja glede zdravila z ekskluzivno pravico zagotovi enak položaj imetnikom ekskluzivne pravice in subjektom, ki niso imetniki ekskluzivne pravice – njun položaj je namreč zaradi obstoja ekskluzivne pravice distribucije različen. Vendar pa je naročnik pri oblikovanju dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila dolžan upoštevati, da glede ponujanja zdravil z ekskluzivno pravico distribucije gospodarski subjekti niso v enakem položaju.

V obravnavanem primeru je naročnik razdelil predmet javnega naročila oz. oblikoval posamezne sklope na način, da so predmet posameznih sklopov tako zdravila z ekskluzivno pravico distribucije kot tudi zdravila brez ekskluzivne pravice distribucije. Primeroma, naročnik je zdravilo Trepostinil amomed 5 mg/ml, ki je zdravilo z ekskluzivno pravico, umestil v sklopa 02B1 in 02B2, v katerih poleg omenjenega zdravila naroča še 93 drugih zdravil; zdravilo Vitalipid je umestil v sklopa 03B1 in 03B2, v katerih poleg omenjenega zdravila naroča še 86 drugih zdravil, ter sklopa 11B1 in 11B2, v katerih poleg tega zdravila naroča še 125 drugih zdravil (razvidno iz Priloge 5 – Popis Zdravil). Smiselno

enako gre ugotoviti glede zdravila Lenalidomide accord 5 mg, saj naročnik v sklopih, v katere je umeščeno to zdravilo, naroča še mnogo drugih različnih zdravil.

Naročnik je s tem, ko zdravilo z ekskluzivnimi pravicami naroča v istem sklopu kot zdravila brez ekskluzivne pravice, povzročil, da lahko gospodarski subjekti sodelujejo v postopku javnega naročanja le, če ponudijo tudi zdravilo z ekskluzivno pravico. Ker imajo lahko gospodarski subjekti, ki niso imetniki ekskluzivne pravice distribucije, otežen položaj pri ponujanju zdravil z ekskluzivnimi pravicami, imajo zaradi skupnega naročanja zdravila z ekskluzivno pravico in zdravil brez ekskluzivne pravice ti subjekti otežen položaj (ne le pri konkuriranju pri zdravilu z ekskluzivno pravico, pač pa tudi) pri konkuriranju pri zdravilih brez ekskluzivne pravice. Takšno oblikovanje predmeta posameznih sklopov tako ne omogoča dostopa do postopka javnega naročanja vsem gospodarskim subjektom oz. dostop vsaj zmanjšuje, po drugi strani pa neupravičeno ovira odpiranje javnih naročil konkurenci in negativno vpliva na konkurenco med ponudniki glede zdravil brez ekskluzivne pravice. Večja konkurenca med ponudniki glede zdravil brez ekskluzivne pravice pa bi lahko, kot to navaja tudi vlagatelj, rezultirala v nižji ceni zdravil in s tem v spoštovanju načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti.

Državna revizijska komisija zato pritruje vlagatelju, da je naročnik ravnal v nasprotju z načelom zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-3) s tem, ko je zdravila Trepostinil amomed 5 mg/ml, Vitalipid in Lenalidomide accord 5 mg, glede katerih obstoji ekskluzivna pravica distribuiranja, umestil v sklope skupaj z zdravil brez ekskluzivne pravice, saj je s tem omejil konkurenco med ponudniki glede zdravil brez ekskluzivne pravice.

Ker 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, je Državna revizijska komisija na podlagi druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN zahtevku za revizijo ugodila tako, da je razveljavila postopek oddaje javnega naročila v sklopih 02B1, 02B2 03B1, 03B2, 11B1, 11B2, 01L1,01L2, 02L1, 02L2, 04L1, 04L2, 06L1,06L2, 09L1 in 09L2. V preostalem delu (vlagatelj je predlagal razveljavitev celotnega postopka oddaje javnega naročila, torej razveljavitev postopka v vseh sklopih) je Državna revizijska komisija zahtevek za revizijo zavrnila kot neutemeljenega, saj vlagatelj naročnikovih kršitev v ostalih sklopih ni izkazal, za odpravo ugotovljenih naročnikovih kršitev pa tudi ni potrebna razveljavitev postopka javnega naročanja v ostalih sklopih.

Skladno z določili tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN Državna revizijska komisija naročnika napotuje, naj, če se bo odločil izvesti nov postopek oddaje javnega naročila za razveljavljene sklope, 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.

Pravni pouk:

Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

Predsednica senata:
Nina Velkavrh, univ. dipl. prav.,
članica Državne revizijske komisije

Vročiti (po e-Reviziji):

- naročnik,
- vlagatelj,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.