

Številka: 018-114/2023-62

Datum: 10. 9. 2025

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 55. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011, s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN), v senatu Igorja Luzarja, kot predsednika senata, ter mag. Zlate Jerman in Marka Medveda, kot članov senata, v zvezi z opravljanjem lekarniške dejavnosti v Občini Benedikt, na podlagi pritožbe, ki jo je vložil gospodarski subjekt Farmacija, d.o.o., Sneberska cesta 128B, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje Občine Benedikt, Čolnikov trg 5, Benedikt (v nadaljevanju: Občina Benedikt), ki jo v pritožbenem postopku zastopa Odvetniška družba Gregorovič, Dobrajc, Mlinarič, o.p., d.o.o., Cesta Valentina Orožna 8, Šentjur, dne 10. 9. 2025

odločila:

Pritožbi se ugodi in se razveljavi sklep o zavrženju zahtevka za revizijo, št. 430-009/2023-2 z dne 15. 9. 2023.

Občina Benedikt mora o zahtevku za revizijo, ob ugotovitvi izpolnjevanja procesnih predpostavk, odločiti v skladu s prvim odstavkom 28. člena ZPVPJN.

Obrazložitev:

Vlagatelj je z vlogo z dne 16. 9. 2023 vložil zahtevek za revizijo, v katerem navaja, da:

- je Občina Benedikt izdala upravno dovoljenje za poslovanje podružnice lekarne subjektu Zdenka Petrač – Lekarna Brezje, Ulica borcev 1B, Maribor (v nadaljevanju: subjekt Zdenka Petrač – Lekarna Brezje), s čimer je podelila koncesijo za izvajanje lekarniške dejavnosti brez izvedbe ustreznega postopka podelitve koncesije oz. brez objave obvestila o naročilu in brez obvestila o oddaji javnega naročila,
- lahko skladno s prakso nacionalnih sodišč koncesionar organizira lekarne oz. podružnice lekarne izključno na svojem koncesijskem območju oz. območju koncedenta, zato je podelitev dovoljenja za poslovanje podružnice subjektu, ki ni v koncesijskem razmerju z Občino Benedikt, v nasprotju s pravom EU, Zakonom o lekarniški dejavnosti (Uradni list RS, št. 85/2016 s sprem.; v nadaljevanju: ZLD-1), Zakonom o javno-zasebnem partnerstvu (Uradni list RS, št. 127/06, s spremembami; v nadaljevanju: ZJZP), Zakonom o nekaterih koncesijskih pogodbah (Uradni list RS, št. 9/2019 s sprem.; v nadaljevanju: ZNKP) in Direktivo 2014/23/EU

Evropskega parlamenta in Sveta o podeljevanju koncesijskih pogodb (v nadaljevanju: Direktiva 2014/23),

- podelitev koncesije za nedoločen čas predstavlja kršitev Direktive 2014/23,
- se zakonodaja v zvezi z lekarniškimi koncesijami v Republiki Sloveniji ne uporablja dosledno, saj več koncesionarjev (in javnih lekarniških zavodov) upravlja podružnice lekarn v občinah, s katerimi niso v koncesijskem razmerju,
- je ravnanje Občine Benedikt v nasprotju s prakso nacionalnih sodišč, ne pa povsem v nasprotju z razlago koncesij, kot jo podaja Sodišče EU,
- je Sodišče EU že večkrat presojalo o sistemu koncesij na drugačen način, kakor se lekarniške koncesije razlagajo v slovenskem pravnem redu,
- da v zvezi z lekarniško dejavnostjo v Republiki Sloveniji obstajajo količinske in ozemeljske omejitve, ki morajo biti skladno s prakso Sodišča EU nediskriminatorne, potrebne in sorazmerne,
- se pogojevanje zahteve po koncesiji za dostop do lekarniške dejavnosti, kakor jo pojasnjuje Vrhovno sodišče, ne zdi docela skladna z določili PDEU, saj se zdi, da ob upoštevanju določil EU določenega izvajalca lekarniške dejavnosti ni mogoče obravnavati manj ugodno samo iz razloga, ker ni pridobil koncesije ali ker dejavnost opravlja v drugi državi članici,
- sodišče še ni presojalo lekarniških koncesij upošteva določbe ZNKP, Direktive 2014/23, 49. ter 53. člen Pogodbe o delovanju Evropske unije (prečiščena različica, Uradni list C 326; v nadaljevanju: PDEU), saj se presoja nacionalnih sodišč osredotoča izključno na določbe ZLD-1 in ZJZP, kar »za predmetno revizijo ne zadošča«,
- so storitve lekarniške dejavnosti gospodarske storitve in predmet konkurenčnih pravil EU, zato za njih ne velja izjema iz 19. člena ZNKP,
- sta pojma koncesije in javno naročanje avtonomna pojma EU in ju je treba presojati izključno glede na pravo EU,
- obstaja upravičen dvom, da se pojem koncesije za dostop do izvajanja lekarniških storitev v slovenskem pravnem redu presoja skladno z določili Direktive 2014/23,
- se Sodišču EU postavi 13 vprašanj o razlagi prava EU v zvezi z izvajanjem lekarniške dejavnosti.

Občina Benedikt je s sklepom št.430-009/2023-2 z dne 15. 9. 2023 zavrgla zahtevek za revizijo kot nedopusten. Občina Benedikt navaja, da:

- je Lekarniška zbornica Slovenije (v nadaljevanju: LZS) dne 19. 2. 2021 izdala mnenje, da je ustanovitev podružnice lekarne na območju Občine Benedikt v skladu z ZLD-1,
- je Ministrstvo za zdravje dne 11. 3. 2021 izdalo soglasje v postopku izdaje dovoljenja v zvezi z ustanovitvijo podružnice lekarne, ki bi jo organizirala Lekarna Brezje, koncesionarke Zdenke Petrač,
- je Občina Benedikt na podlagi 10. člena ZLD-1 dne 11. 3. 2022 subjektu Zdenka Petrač – Lekarna Brezje izdala dovoljenje za poslovanje podružnice lekarne v kraju Benedikt,
- je Ministrstvo za zdravje dne 5. 7. 2023 izdalo odločbo, s katero se je ugotovilo, da lekarniška podružnica Benedikt, koncesionarke Zdenke Petrač, izpolnjuje pogoje za opravljanje lekarniške dejavnosti ter ji izdalo dovoljenje za njeno opravljanje.

Občina Benedikt nadalje navaja, da je skladno s prvim odstavkom 39. člena ZLD-1 koncesija po svoji pravni naravi tisti akt, ki pomeni podelitev pravice do izvajanja javne službe lekarniške dejavnosti pod pogoji, določenimi v ZLD-1. Ta pravica se podeli na podlagi postopka javnega razpisa skladno s koncesijskim aktom občine (43. člen ZLD-1 in nasl.), torej v odprtem in konkurenčnem postopku. V skladu z 10. členom ZLD-1 za izdajo dovoljenja za poslovanje podružnice lekarne ni urejen oz. določno predpisan konkurenčen postopek njegove izdaje oz. postopek javnega naročila. Za poslovanje podružnične lekarne se izda dovoljenje in o njem odloča občina, ki pred tem pridobi vsa potrebna mnenja in soglasja. V primeru ustanovitve podružnice lekarne gre za upravno zadevo in ne za postopek javnega naročanja, kar izhaja že iz tega, da se o zadevi izda dovoljenje (upravni akt) in se ne sklene pogodba, kar je praviloma del

javnega naročila. Tudi iz mnenja LZS z dne 19. 2. 2021, v katerem je navedeno, da je ustanovitev podružnice lekarne na območju Benedikt v skladu z določili ZLD-1, izhaja, da je Občina Benedikt ravnala pravilno. V postopku ustanovitve podružnice lekarne Občina Benedikt ni bila zavezana k izvedbi konkurenčnega postopka oz. postopka javnega naročanja, temveč je izdala upravni akt. Ker v obravnavani zadevi ni bil izveden postopek javnega naročanja in ga po zakonu, ki ureja javno naročanje ni bilo treba izvesti, je zahtevek za revizijo, upošteva 5. člen ZPVPJN, nedopusten, posledično pa za vsebinsko presojo zahtevka za revizijo ni izpolnjen pogoj iz pete alineje prvega odstavka 26. člena ZPVPJN.

Vlagatelj je z vlogo z dne 16. 9. 2023 vložil pritožbo zoper sklep o zavrženju zahtevka za revizijo. Vlagatelj ponavlja revizijske navedbe in dodaja, da:

- je zmotno je stališče Občine Benedikt, da izvedba postopka javnega naročanja v konkretnem primeru ni bila potrebna,
- je o zahtevku za revizijo Občina Benedikt dejansko odločala tudi po vsebini, vendar ni upoštevala bistvenih revizijskih navedb,
- bi Občina Benedikt lahko kvečjemu zavrnila zahtevek za revizijo, ne pa zavrгла,
- je Občina Benedikt podelila koncesijo v obliki upravne odločbe dovoljenja za podružnico lekarne oz. da je s subjektom Zdenka Petrač – Lekarna Brezje vstopila v koncesijsko razmerje na način, ki ni skladen z zakonodajo,
- ravnanja Občine Benedikt pomenijo kršitev konkurenčnega prava in 102. člena PDEU, zaradi česar bi bilo treba obvestiti Javno agencijo za varstvo konkurence oziroma jo zaprositi za mnenje o ureditvi lekarniške dejavnosti na trgu, na katerem obstajajo privilegirani koncesionarji.

Občina Benedikt je Državni revizijski komisiji dne 18. 9. 2023 odstopila pritožbo in dokumentacijo iz predrevizijskega postopka.

Vlagatelj je dne 18. 9. 2023 predložil odločbo Ministrstva za zdravje, št. 1600-91/2018-3 z dne 19. 4. 2019.

Državna revizijska komisija je Občino Benedikt z dopisom št. 018-114/2023-5 z dne 27. 9. 2023 pozvala na pojasnilo, ali ima oz. je imela s subjektom Zdenka Petrač – Lekarna Brezje sklenjeno koncesijsko pogodbo za izvajanje lekarniške dejavnosti.

Občina Benedikt je v vlogi z dne 28. 9. 2023 ponovila stališča iz sklepa o zavrženju zahtevka za revizijo in dodala, da v konkretnem primeru ni bila potrebna sklenitev koncesijske pogodbe za izvajanje lekarniške dejavnosti med Občino Benedikt in subjektom Zdenka Petrač - Lekarna Brezje in da je Občina Benedikt ravnala v skladu z izdanim mnenjem LZS.

Vlagatelj je dne 6. 10. 2023 predložil sodbo Upravnega sodišča X Ips 26/2022, sodbo in sklep Upravnega sodišča I U 1665/2017 in sodbo Upravnega sodišča I U 634/2021, dne 19. 10. 2023 pa je predložil še sodbo Sodišča EU št. C-355/22.

Državna revizijska komisija je z dopisom št. 018-114/2023-11 z dne 2. 11. 2023 seznanila subjekt Zdenka Petrač - Lekarna Brezje z dokumentacijo iz postopka pravnega varstva.

Subjekt Zdenka Petrač - Lekarna Brezje v vlogi z dne 3. 11. 2023 navaja, da vlagatelj ne izkazuje pravnega interesa, ker nima koncesije za izvajanje lekarniške dejavnosti in nobene delujoče lekarne, da bi se lahko potegoval za podružnico lekarne. Subjekt Zdenka Petrač - Lekarna Brezje izpostavlja določbe ZLD-1 in navaja, da je čas trajanja dovoljenja za poslovanje podružnice vezan na čas trajanja dovoljenja lekarne. Koncesija za lekarno pa je časovno omejena.

Državna revizijska komisija je s sklepom št. 018-114/2023-19 z dne 23. 11. 2023 odločila, da se Sodišču EU predlaga sprejem predhodne odločbe glede razlage prava EU.

Vlagatelj je dne 26. 3. 2024 posredoval sodbo Upravnega sodišča I U 556/2022 in sodbo Upravnega sodišča I U 1083/2021, dokument »Soglasje« Ministrstva za zdravje, št. 1600-156/2021-16 z dne 1. 4. 2022 ter dokument »Soglasje« Ministrstva za zdravje, št. 1600-95/2019- z dne 4. 10. 2019, dne 30. 11. 2024 je posredoval sodbo Vrhovnega sodišča X Ips 27/2023 ter odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-089/2024, dne 5. 2. 2025 pa je posredoval dopis Ministrstva za zdravje št. 1600-19/2025-2711-1 z dne 31. 1. 2025, naslednji dan je predlagal, da Državna revizijska komisija s slednjim dopisom seznani Sodišče EU, dne 11. 7. 2025 pa je posredoval še sodbo sodišča EU C-3/17.

Sodišče Evropske unije je s sodbo z dne 10. 7. 2025 (zadeva Farmacija, C-715/23, ECLI:EU:C:2025:548) odgovorilo na zastavljeni vprašanji. Izpostavljeno sodbo Sodišča EU je Državna revizijska komisija z dopisom z dne 18. 7. 2025 posredovala strankama in subjektu Zdenka Petrač - Lekarna Brezje.

Občina Benedikt v vlogi z dne 17. 7. 2025 navaja, da mora Državna revizijska komisija pred vsebinsko odločitvijo o glavni stvari najprej odločiti o pravni naravi izdanega dovoljenja za poslovanje podružnice in vztraja, da dovoljenje za poslovanje podružnice ne predstavlja odločitve, ki bi jo bilo mogoče izpodbijati z zahtevkom za revizijo pred Državno revizijsko komisijo. Izdaja dovoljenja za poslovanje podružnice ne predstavlja podelitve koncesije za izvajanje lekarniške dejavnosti, zato Državna revizijska komisija ni pristojna za odločanje o podelitvi dovoljenja nosilcu podružnice. V konkretnem primeru je bila izdana upravna odločba, zato so pravna sredstva zagotovljena v upravnem postopku in upravnem sporu, kar je tudi potrjeno v ustaljeni sodni praksi. Iz sodne prakse izhaja, da v primeru dovoljenja za delovanje podružnice ne gre za podelitev koncesije, ampak za izdajo dovoljenja. Koncesije za podružnico niti ni mogoče podeliti, kar potrjuje, da podelitve dovoljenja za poslovanje podružnice ni mogoče enačiti s podelitvijo koncesije za lekarno. Občina Benedikt zato predlaga, da se Državna revizijska komisija izreče za nepristojno in pritožbo vlagatelja kot nedopustno in nedovoljeno zavrže. Občina Benedikt nadalje navaja, da vlagatelj ne izkazuje obstoja aktivne legitimacije zaradi umanjkanja pravnega interesa, saj nima podeljene koncesije za izvajanje lekarniške dejavnosti v Republiki Sloveniji – v zvezi s tem Občina Benedikt predlaga, da se vlagatelja pozove, da izkaže obstoj pogojev po drugem odstavku 10. člena ZLD-1. Zahtevek za revizijo je tudi prepozen, saj stališče, da bi bilo mogoče kadarkoli in brez časovne omejitve vložiti zahtevek za revizijo zoper izdajo dovoljenja, nedopustno posega v načelo pravne varnosti in stabilnosti pravnih razmerij. Ker gre v konkretnem primeru za sistemsko vprašanje, ki ga mora urediti država, Občina Benedikt predlaga, da Državna revizijska komisija v ta postopek kot stranskega intervenienta na njegovi strani pozove Republiko Slovenijo.

Vlagatelj v vlogi z dne 21. 7. 2025 predlaga, da Državna revizijska komisija skliče razjasnjevalni sestanek in da Državna revizijska komisija pozove zakonodajalca, da uredi nezakonito stanje, saj Vrhovno sodišče presoja lekarniške koncesije glede na določbe ZJZP, ki ni skladen s pravom EU. Lekarniška koncesija je zgolj pravica do koriščenja in izvajanja storitve. V konkretnem primeru gre za podelitev dovoljenja za poslovanje podružnice, ki ima naravo dodelitve posebne ali izključne pravice. Sporni akt pomeni nezakonito podelitev koncesije in gre za razširitev obstoječe koncesije, ki jo je subjektu Zdenka Petrač - Lekarna Brezje predhodno podelila Občina Maribor. Dovoljenje za poslovanje podružnice lekarne je bilo temu subjektu izdano na podlagi tega, ker je ta že v koncesijskem razmerju. Občina Benedikt je s spornim dovoljenjem posegla v obstoječo koncesijo in jo ozemeljsko razširila na svoje območje, s čimer je zožila zmožnost drugih izvajalcev pri dostopu do izvajanja istih storitev na območju Občine Benedikt. Vlagatelj navaja, da med Občino Benedikt in subjektom Zdenka Petrač - Lekarna Brezje obstoji tudi najemno razmerje (glede prostora, v katerem se izvaja lekarniška dejavnost) in predlaga, da Državna revizijska

komisija presodi, ali subjekt Zdenka Petrač - Lekarna Brezje plačuje tržno najemnino ali pa gre za netržni najem brez izvedbe javnega naročila. V obravnavanem primeru gre za nedovoljeno spremembo koncesije med njeno veljavnostjo. Vlagatelj navaja, da razlikovanje med javnimi lekarniškimi zavodi in koncesionarji ni skladno s pravom EU in da je Občina Benedikt dolžna izdati upravno dovoljenje za poslovanje podružnice vsakemu subjektu, ki izkaže, da so izpolnjena objektivna merila za poslovanje podružnice. Vlagatelj predlaga, da se kot stranska udeleženca v postopek vključita družba Lekarna Kosobrin, d.o.o., Grosuplje in gospodarski subjekt Petra Flašker. Vlagatelj ni koncesionar, v smislu določb Zakona o zdravstveni dejavnosti (uradni list RS, št. 9/1992 s sprem.; v nadaljevanju: ZZDej), ZLD-1 in Direktive 2014/23 sta koncesionarja družba Lekarna Kosobrin, d.o.o., Grosuplje in Petra Flašker. Vlagatelj predlaga, da Državna revizijska komisija ugotovi, (1) da je pritožba utemeljena, (2) da je Občina Benedikt nezakonito spremenila koncesijsko pogodbo, (3) da je pogojevanje izdaje dovoljenja s koncesijskim statusom pomeni neupravičeno omejevanje dostopa do lekarniške dejavnosti, (4) da prihaja do neutemeljene diskriminacije vlagatelja, in da Državna revizijska komisija (5) zahtevku za revizijo ugotovi in odpravi sporno dovoljenje, (6) izreče, da ima vlagatelj možnost pridobiti dovoljenje za poslovanje podružnice lekarne na območju Občine Benedikt, če so izpolnjena objektivna merila, (7) naloži Občini Benedikt, da se izogne vsem omejevalnim ukrepom in (7) izreče, da je potrebno ZJZP uporabljati skladno z Direktivo 2014/23 in Direktivo 2014/24. Podredno vlagatelj predlaga, da se postavi 10 vprašanj sodišču EU.

Državna revizijska komisija je vso dokumentacijo, ki jo je vlagatelj posredoval Državni revizijski komisiji, posredovala Občini Benedikt in subjektu Zdenka Petrač - Lekarna Brezje v seznanitev in morebitno opredelitev. Subjekt Zdenka Petrač - Lekarna Brezje se do posredovane dokumentacije ni opredelil, Občina Benedikt pa v vlogi z dne 13. 8. 2025 vztraja pri navedbah.

Vlagatelj v vlogi z dne 17. 8. 2025 vztraja pri podanih navedbah in se sklicuje na pravovarstveno direktivo in 367.a člen Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/99 s sprem.; v nadaljevanju: ZPP). Vlagatelj vztraja, da razlikovanje med koncesionarji in javnimi lekarniškimi zavodi ni skladno s pravom EU in izraža nestrinjanje z odločitvijo Državne revizijske komisije v zadevi 018-089/2024 ter predlaga postavitev še treh dodatnih vprašanj sodišču EU.

Po preučitvi spisovne dokumentacije in navedb vlagatelja, Občine Benedikt in subjekta Zdenka Petrač - Lekarna Brezje, ter sodbe Sodišča EU C-715/23, je Državna revizijska komisija odločila tako, kot izhaja iz izreka tega sklepa, iz razlogov, ki so navedeni v nadaljevanju.

Med vlagateljem in Občino Benedikt je sporno ravnanje Občine Benedikt, ko je vlagatelj zahtevke za revizijo brez vsebinske obravnave zavrgla.

Zavrženje zahtevka za revizijo je odločitev, s katero se odloči o postopkovnih (procesnih) vprašanjih, medtem ko do vsebinske (meritorne) obravnave zahtevka za revizijo ne pride. V skladu s prvim odstavkom 26. člena ZPVPJN naročnik pred vsebinsko (meritorno) obravnavo zahtevka za revizijo opravi predhodni preizkus zahtevka za revizijo, v okviru katerega preveri, ali so izpolnjeni pogoji iz prvega odstavka 26. člena ZPVPJN, in sicer, ali

- je bil vložen pravočasno,
- vsebuje vse obvezne sestavine iz 15. člena ZPVPJN,
- ga je vložila aktivno legitimirana oseba iz 14. člena ZPVPJN,
- ne obstajajo omejitve iz 16. člena ZPVPJN in
- je dopusten.

Če naročnik ugotovi, da procesni pogoji iz zgoraj navedene prve, tretje, četrte ali pete alineje niso izpolnjeni, skladno s tretjim odstavkom 26. člena ZPVPJN, zahtevke za revizijo s sklepom zavrne.

Zoper sklep o zavrženju zahtevka za revizijo lahko vlagatelj vloži pritožbo (prim. peti odstavek 26. člena ZPVPJN), o kateri odloča Državna revizijska komisija v pritožbenem postopku, ki je urejen v šestem poglavju ZPVPJN (členi 50–55).

V obravnavanem primeru je vlagatelj vložil zahtevek za revizijo, ki ga je Občina Benedikt zavrgla, vlagatelj pa je zoper odločitev o zavrženju zahtevka za revizijo vložil pritožbo, ki jo je Občina Benedikt odstopila v reševanje Državni revizijski komisiji. Pred Državno revizijsko komisijo tako poteka pritožbeni postopek. V pritožbenem postopku se ne obravnava vsebine zahtevka za revizijo in se ne ugotavlja, ali so očitki o zatrjevanih kršitvah naročnika v postopku oddaje javnega naročila utemeljeni ali ne; vsebinsko se zahtevek za revizijo obravnava v predrevizijskem in revizijskem postopku. Pritožbeni postopek tako ni namenjen vsebinskemu opredeljevanju do zahtevka za revizijo, saj naročnik s sklepom, s katerim ugotovi neobstoj ene ali več procesnih predpostavk, ne sprejme meritorne odločitve, ampak je namenjen obravnavi obstoja procesnih pogojev za zavrženje zahtevka za revizijo oz. presoji naročnikovega ravnanja pri predhodnem preizkusu zahtevka za revizijo v postopku pravnega varstva.

V zvezi z zavzemanjem Občine Benedikt, da Državna revizijska komisija iz razloga nepristojnosti zavrne pritožbo vlagatelja, gre najprej pojasniti, da je treba razlikovati med pristojnostjo za vsebinsko presojo pritožbe, ki jo je vložil vlagatelj, in pristojnostjo za vsebinsko presojo zahtevka za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj. Pristojnost za (vsebinsko) presojo zahtevka za revizijo je (med drugim) odvisna od vprašanja, ali je bil zahtevek za revizijo vložen v postopku, v katerem je pravno varstvo zagotovljeno po določbah ZPVPJN, medtem ko je pristojnost za (vsebinsko) presojo pritožbe odvisna od vprašanja, ali je bila pritožba vložena zoper odločitev naročnika v predrevizijskem postopku. V obravnavanem primeru je vlagatelj vložil pritožbo zoper odločitev Občine Benedikt v predrevizijskem postopku, zato je skladno z določbami ZPVPJN (50. člen do 55. člen ZPVPJN) Državna revizijska komisija pristojna za reševanje spora med vlagateljem in Občino Benedikt, ki se nanaša na zavrženje zahtevka za revizijo. Občina Benedikt odreja Državni revizijski komisiji pristojnost za vsebinsko reševanje pritožbe, ker po navedbah Občine Benedikt Državna revizijska komisija ni pristojna za presojo ravnanja Občine Benedikt, ki ga v zahtevku za revizijo kot nezakonitega izpostavlja vlagatelj. Vendar četudi zahtevek za revizijo ni bil vložen v postopku, v katerem je pravno varstvo zagotovljeno po določbah ZPVPJN, kot to zatrjuje Občina Benedikt, je Državna revizijska komisija pristojna za vsebinsko presojo pritožbe, saj je bila slednja vložena zoper naročnikovo odločitev v predrevizijskem postopku. Morebitna ugotovitev, da je bil zahtevek za revizijo vložen v postopku, v katerem pravno varstvo ni zagotovljeno po določbah ZPVPJN, kot to zatrjuje Občina Benedikt, ne bi narekovala zavrženja pritožbe vlagatelja, pač pa zavrnitev pritožbe kot neutemeljene. Če je vlagatelj vložil zahtevek za revizijo v postopku, v katerem je pravno varstvo zagotovljeno po določbah ZPVPJN, kot to smiselno zatrjuje vlagatelj, potem je pritožba utemeljena, če pa je vlagatelj vložil zahtevek za revizijo v postopku, v katerem pravno varstvo ni zagotovljeno po določbah ZPVPJN, kot to smiselno zatrjuje Občina Benedikt, potem pritožba ni utemeljena, ker Občini Benedikt ni mogoče očitati kršitev, ko je zavrgla zahtevek za revizijo.

Državna revizijska komisija je vlagateljev predlog za izvedbo ustne obravnave zavrnila. Skladno s prvim odstavkom 35. člena ZPVPJN lahko Državna revizijska komisija na pobudo vlagatelja ali naročnika ali na lastno pobudo izvede ustno obravnavo z namenom pridobitve natančnejših pojasnil o dejanskih okoliščinah, od katerih je odvisna odločitev *v revizijskem postopku*. Iz izpostavljene določbe (kot tudi iz 34. člena ZPVPJN) izhaja, da je izvedba ustne obravnave predvidena (le) v revizijskem postopku. Če bi bilo treba šteti, da se določba 35. člena ZPVPJN smiselno uporablja tudi v pritožbenem postopku, gre ugotoviti, da Občina Benedikt ni predlagala izvedbe ustne obravnave, zaradi česar pogoj za njeno obvezno izvedbo ni podan. Izvedba ustne obravnave je namreč obvezna le, če njeno izvedbo predlagata tako vlagatelj kot naročnik, torej oba (gl. tretjo poved iz prvega odstavka 35. člena ZPVPJN v povezavi z drugo povedjo iz prvega

odstavka 35. člena ZPVPJN). Čeprav lahko Državna revizijska komisija, skladno s prvo povedjo 35. člena ZPVPJN, na pobudo vlagatelja (ali na lastno pobudo) izvede ustno obravnavo z namenom pridobitve natančnejših pojasnil o dejanskih okoliščinah, od katerih je odvisna odločitev, pa Državna revizijska komisija ugotavlja, da je dejanske okoliščine, relevantna za sprejem odločitve v obravnavani zadevi, mogoče pravilno in popolno ugotoviti na podlagi spisovne dokumentacije, ne da bi bilo treba izvesti še ustno obravnavo.

Glede predloga Občine Benedikt, da Državna revizijska komisija pozove Republiko Slovenijo, da kot stranski intervenient na njeni strani vstopi v postopek, in glede predloga vlagatelja, da Državna revizijska komisija kot stranska intervenienta na njegovi strani vključi Lekarno Kosobrin, d.o.o., Grosuplje, in gospodarski subjekt Petro Flašker, gre pojasniti, da ZPVPJN ureja vprašanje, kdo so stranke postopka (gl. 3. člen ZPVPJN) in kdo so subjekti, ki morajo biti seznanjeni z zahtevkom za revizijo, naročnikovo odločitvijo o zahtevku za revizijo in pritožbo ter imajo možnost izjasnitve o zahtevku za revizijo, naročnikovi odločitvi o zahtevku za revizijo in o pritožbi (gl. prvi odstavek 27. člena ZPVPJN, peti odstavek 26. člena ZPVPJN, šesti odstavek 29. člena ZPVPJN in drugi odstavek 51. člena ZPVPJN). Ob izhodišču, da ZPVPJN celovito ureja vprašanje določitve kroga subjektov, ki morajo biti seznanjeni z zahtevkom za revizijo, naročnikovo odločitvijo o zahtevku za revizijo in pritožbo, in se zato v postopku s pritožbo na podlagi prvega odstavka 13. člena ZPVPJN (ki napotuje na uporabo pravil ZPP) ne uporabljajo določbe ZPP glede stranske intervencije (199. do 202. člen ZPP), Občina Benedikt in vlagatelj že iz tega razloga ne moreta uspeti s svojima predlogoma. Tudi ob nasprotnem izhodišču (tj. da ZPVPJN ne ureja celovito vprašanja določitve kroga subjektov, ki morajo biti seznanjeni z zahtevkom za revizijo, naročnikovo odločitvijo o zahtevku za revizijo in pritožbo ter da se posledično v pritožbenem postopku upošteva prvi odstavek 13. člena uporabljajo določbe ZPP glede stranske intervencije), občina Benedikt in vlagatelj ne moreta uspeti s predlogom za dopustitev stranske intervencije, saj skladno s 199. členom ZPP poda predlog za stransko intervencijo tisti, ki ima pravni interes, da stranka kateri se v pravdi pridruži, v pravdi zmaga, in ne stranka. Poleg tega iz dejstev, ki jih navajata Občina Benedikt in vlagatelj, ne izhaja, da bi bil izkazan pravni interes, ki ga ZPP določa za dopustitev stranske intervencije (gl. prvi odstavek 199. člena ZPP). Predpostavka stranske intervencije je namreč poseben intervencijski interes, ki je podan, če je intervenient do stranke, ki se ji hoče pridružiti, v takšnem pravnem razmerju, da bi neugodna odločba vplivala na razmerje med njima. Obstajati mora vsebinska zveza med konkretnim razmerjem stranskega intervenienta s stranko, ki se ji hoče pridružiti in konkretnim razmerjem pravnih strank, ki se obravnava v pravdi. Ti dve razmerji morata biti po vsebini soodvisni (prim. VDSS sklep Pdp 226/2013, VSL sklep I Cpg 714/2012, VDSS sklep Pdp 638/2016). Občina Benedikt takšnega razmerja med njo in Republiko Slovenijo ni zatrjevala, še manj pa dokazala, prav tako takšnega razmerja med njim in Lekarno Kosobrin, d.o.o., Grosuplje, in gospodarskim subjektom Petro Flašker, ni zatrjeval (še manj pa dokazal) vlagatelj. Takšnega razmerja vlagatelj ne more utemeljiti s sklicevanjem na pravovarstveno direktivo in povzemanjem sodbe Sodišča EU C-452/23, ki se nanaša na aktivno legitimacijo vlagatelja zahtevka za revizijo, kot tudi ne s sklicevanjem na 367.a člen ZPP, ki v postopku s pritožbo ni uporabljen, saj se nanaša na dopustitev revizije (kot izrednega pravnega sredstva) pred Vrhovnim sodiščem. Ob tem Državna revizijska komisija še dodaja, da je zoper ravnanje Občine Benedikt, ki ga kot nezakonitega izpostavlja vlagatelj v zahtevku za revizijo, Lekarna Kosobrin, d.o.o., Grosuplje, že vložila zahtevek za revizijo, ki ga je Občina Benedikt zavrgla, in da je Lekarna Kosobrin, d.o.o., Grosuplje, vloženo pritožbo zoper odločitev Občine Benedikt glede zavrženja zahtevka za revizijo, v pritožbenem postopku umaknila (gl. odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-101/2023).

V obravnavanem primeru je Občina Benedikt s sklicevanjem na 5. člen ZPVPJN zahtevek za revizijo brez vsebinske obravnave zavrgla kot nedopustnega. ZPVPJN v prvem odstavku 5. člena določa, da se zahteva za pravno varstvo v postopkih javnega naročanja lahko vloži zoper vsako

ravnanje naročnika v postopku javnega naročanja, razen če zakon, ki ureja javno naročanje, ali ta zakon določa drugače, drugi odstavki 5. člena ZPVPJN pa določa, da je, kadar naročnik sklene pogodbo brez izvedbe postopka javnega naročanja, čeprav bi ga po zakonu, ki ureja javno naročanje, moral izvesti, pravno varstvo zagotovljeno v predrevizijskem, revizijskem in sodnem postopku.

V izpodbijanem sklepu o zavrženju zahtevka za revizijo je Občina Benedikt navedla, da v zvezi z dovoljenjem za poslovanje podružnice lekarne, ki ga v zahtevku za revizijo izpodbija vlagatelj, ni bil izveden postopek javnega naročanja in da ga Občina Benedikt tudi ni bila dolžna izvesti. Občina Benedikt tako (smiselno) zatrjuje, da je vlagatelj vložil zahtevek za revizijo v zvezi s postopkom, v katerem pravno varstvo ni zagotovljeno po določbah ZPVPJN, čemur vlagatelj (smiselno) nasprotuje. V predmetnem pritožbenem postopku je tako treba ugotoviti, ali je postopek, v zvezi s katerim je vlagatelj vložil zahtevek za revizijo, mogoče opredeliti kot postopek, v katerem je pravno varstvo zagotovljeno po določbah ZPVPJN.

ZPVPJN ureja pravno varstvo zoper kršitve v postopkih javnega naročanja, in sicer je zagotovljeno v predrevizijskem postopku, v revizijskem postopku, ki poteka pred Državno revizijsko komisijo, in v sodnem postopku (2. člen ZPVPJN). Pravno varstvo v predrevizijskem in revizijskem postopku, ki ju ureja ZPVPJN, je skladno z ZJZP predvideno tudi za tiste primere, ko se za sklenitev javno-zasebnega partnerstva uporabljajo pravila o javnih naročilih ali koncesijah gradenj (prim. 62. člen ZJZP). Pravno varstvo v predrevizijskem in revizijskem postopku, ki ju ureja ZPVPJN, pa je zagotovljeno tudi v postopkih izbire koncesionarja po določbah ZNKP (gl. prvi in drugi odstavek 54. člena ZNKP). To pomeni, da je pravno varstvo v (pred)revizijskem postopku, kot ga ureja ZPVPJN, zagotovljeno v postopkih oddaje javnih naročil in v postopkih sklepanja javno-zasebnega partnerstva, v katerih se za sklenitev javno-zasebnega partnerstva uporabljajo pravila o javnih naročilih ali koncesijah gradnje, ter v postopkih oddaje koncesij, v primerih, ki jih določa ZNKP.

ZNKP se uporablja za koncesijske pogodbe, katerih ocenjena vrednost je enaka ali večja od mejne vrednosti, določene v 9. členu ZNKP, če pri tem ni podana katera od izrecno navedenih izjem v zakonu, ki koncesijo izključujejo iz področja uporabe tega zakona. Koncesija po ZNKP pomeni koncesijo za gradnje in koncesijo za storitve (1. točka 2. člena ZNKP). Koncesija za storitve skladno s 3. točko 2. člena ZNKP pomeni pisno sklenjeno odplačno pogodbo, s katero eden ali več koncedentov opravljanje in upravljanje storitev (razen izvajanja gradenj iz 2. točke 2. člena ZNKP) zaupa enemu ali več gospodarskim subjektom, pri čemer je nadomestilo le pravica do uporabe storitev, ki so predmet pogodbe, ali ta pravica skupaj s plačilom, operativno tveganje pri izvajanju koncesije pa se prenese na koncesionarja, pri čemer se šteje, da koncesionar prevzame operativno tveganje, če pod običajnimi pogoji delovanja ni zagotovljeno, da se mu bodo povrnila naložbe ali stroški, ki nastanejo pri izvajanju storitev, ki so predmet koncesije. Ta definicija je vsebinsko enaka definiciji koncesije (za storitve) iz (alineje b) 1. točke 5. člena Direktive 2014/23.

Za opredelitev razmerja kot koncesijskega je značilno, da javni subjekt (koncedent) prenese pravico zgraditi javni objekt in/ali opravljati storitev na izbranega izvajalca (koncesionarja), pri čemer izvajalec ni poplačan neposredno s strani naročnika, temveč s tem, da pridobi pravico ekonomsko koristiti gradnjo oziroma storitev, ki je predmet koncesije. Za koncesijo za storitve gre takrat, ko dogovorjeni način plačila izhaja iz pravice ponudnika, da izkorišča svojo storitev (prim. sodbi Sodišča EU C-206/08 in C-225/15). Ob tem je za opredelitev razmerja kot koncesijskega ključno, da so operativna tveganja, ki so povezana z izvajanjem koncesije, ves čas izvajanja koncesije na strani izvajalca (koncesionarja). Operativno tveganje vključuje tveganja, povezana s povpraševanjem, ali tveganja, povezana z dobavo, ali oboje ter vključuje dejansko izpostavljenost tržnim nepredvidljivostim, kar pomeni, da ocenjena morebitna izguba za

koncesionarja ni le nominalna ali zanemarljiva (4. točka 2. člena ZNKP). Pri koncesiji za storitve koncesionar prevzame celotno ali vsaj znaten del tveganja, povezanega z opravljanjem zadevnih storitev. Iz sodne prakse Sodišča je razvidno, da takrat, ko dogovorjeni način plačila izhaja iz pravice ponudnika, da izkorišča svojo storitev, ta način plačila pomeni, da ponudnik prevzame tveganje, povezano z opravljanjem zadevnih storitev (prim. sodba Sodišča EU C-206/08).

Vlagatelj v zahtevku za revizijo (med drugim) zatrjuje, da je Občina Benedikt z izdajo dovoljenja za poslovanje podružnice lekarne v kraju Benedikt subjektu Zdenka Petrač – Lekarna Brezje podelila koncesijo za izvajanje storitev lekarniške dejavnosti brez izvedbe ustreznega postopka po določbah ZNKP. Občina Benedikt na drugi strani zatrjuje, da za izdajo dovoljenja za poslovanje podružnice lekarne ni predviden postopek javnega naročanja, da izdaja dovoljenja za poslovanje podružnice lekarne ne predstavlja podelitve koncesije in da je pravno varstvo zoper dovoljenje za poslovanje podružnice zagotovljeno na podlagi 67. člena Zakona o lokalni samoupravi (Uradni list, RS, št. 72/1993 s sprem.), ki določa, da o upravnih stvareh iz občinske pristojnosti odloča na prvi stopnji občinska uprava, na drugi stopnji pa župan; zoper zakonitost dokončnih posameznih aktov je mogoč upravni spor.

V obravnavani zadevi dejanske okoliščine zadeve med strankama niso sporne. Občina Benedikt je (potem ko LZS dne 19. 2. 2021 izdala mnenje, da je ustanovitev podružnice lekarne na območju Občine Benedikt, ki bi jo organizirala Lekarna Brezje, koncesionarke Zdenke Petrač, v skladu z določili ZLD-1, ki urejajo ustanovitev podružnice, in potem ko je Ministrstvo za zdravje z Odločbo z dne 11. 3. 2021 izdalo soglasje v postopku izdaje dovoljenja v zvezi z ustanovitvijo podružnice lekarne, ki bi jo organizirala Lekarna Brezje, koncesionarke Zdenke Petrač) sprejela dokument »Dovoljenje« z dne 11. 3. 2022, s katerim je subjektu Zdenka Petrač – Lekarna Brezje za nedoločen čas izdala dovoljenje za poslovanje podružnice lekarne v kraju Benedikt. Ministrstvo za zdravje je dne 5. 7. 2023 izdalo odločbo, s katero se je ugotovilo, da lekarniška podružnica Benedikt, koncesionarke Zdenke Petrač, izpolnjuje pogoje za opravljanje lekarniške dejavnosti ter ji izdalo dovoljenje za njeno opravljanje. Kot je razvidno iz poslovnega registra pri AJPES (razdelek »datum vpisa pri registrskem organu«) je bil subjekt Zdenka Petrač - Lekarna Brezje, Lekarniška podružnica Benedikt, dne 5. 7. 2023 vpisan pri registrskem organu.

Med strankama je nesporno, da se na območju Občine Benedikt izvaja lekarniška dejavnost v podružnici lekarne in da lekarniško dejavnost izvaja subjekt Zdenka Petrač – Lekarna Brezje, ki ni javni lekarniški zavod.

Upošteva se predstavljeno trditveno podlago strank in upošteva se predstavljeno dejansko stanje gre ugotoviti, da je vlagatelj vložil zahtevek za revizijo v zvezi s postopkom, ki se nanaša na opravljanje lekarniške dejavnosti v Občini Benedikt.

Lekarniška dejavnost je del zdravstvene dejavnosti (1. člen ZZDej-1) in je urejena v ZLD-1, ki lekarniško dejavnost opredeljuje kot javno zdravstveno službo, s katero se zagotavlja trajna in nemotena oskrba prebivalstva in izvajalcev zdravstvene dejavnosti z zdravili ter farmacevtska obravnava pacientov (prvi odstavek 5. člena ZLD-1). V 6. členu ZLD-1 je opredeljen obseg lekarniške dejavnosti, del lekarniške dejavnosti je tudi izdajanje zdravil za uporabo v humani in veterinarski medicini na recept in brez recepta ter farmacevtska obravnava pacientov. Lekarniška dejavnost se izvaja na primarni, sekundarni in terciarni ravni zdravstvene dejavnosti (drugi odstavek 5. člena ZLD-1). Mrežo lekarniške dejavnosti na primarni ravni zagotavlja občina ali več sosednjih občin skupaj, na sekundarni in terciarni ravni pa država (tretji odstavek 5. člena ZLD-1). Lekarniška dejavnost na primarni ravni se izvaja v lekarni, v podružnici lekarne ali s priročno zalogo zdravil (prvi odstavek 8. člena ZLD-1). Drugi odstavek 8. člena ZLD-1 določa merila za določitev mreže lekarniške dejavnosti na primarni ravni (potrebe prebivalstva po dostopu do zdravil in drugih izdelkov za podporo zdravljenja in ohranitve zdravja, število prebivalcev na

gravitacijskem območju lekarne, cestne razdalje med lekarnami in prisotnost zdravstvene dejavnosti na primarni ravni).

Lekarniško dejavnost izvajajo izvajalci lekarniške dejavnosti na podlagi dovoljenja iz prvega odstavka 67. člena ZLD-1 (prvi odstavek 25. člena ZLD-1). Izvajalec lekarniške dejavnosti je fizična ali pravna oseba s koncesijo za izvajanje lekarniške dejavnosti v skladu z ZLD-1, javni lekarniški zavod, bolnišnica ali drugi izvajalci v skladu ZLD-1 (8. točka prvega odstavka 4. člena ZLD-1). Izvajanje lekarniške dejavnosti v javnem lekarniške zavodu urejajo 27. do 38. člen ZLD-1, izvajanje lekarniške dejavnosti v koncesijskem razmerju pa urejajo 39. do 61. člen ZLD-1. Koncesija se podeli na podlagi javnega razpisa, ki se objavi na podlagi koncesijskega akta (prvi odstavek 43. člena ZLD-1), katerega vsebino določa prvi odstavek 42. člena ZLD-1. Koncesionar organizira lekarne oziroma podružnice lekarn kot svoje organizacijske enote za izvajanje lekarniške dejavnosti na območjih, za katera ima koncesijo oziroma dovoljenje za poslovanje podružnice lekarne, v skladu z mrežo lekarniške dejavnosti na primarni ravni po predhodnem mnenju pristojne zbornice in s soglasjem ministrstva (drugi odstavek 39. člena ZLD-1). Izvajanje lekarniške dejavnosti se lahko začne z dnem pridobitve dovoljenja za izvajanje lekarniške dejavnosti, ki ga izda Ministrstvo (prvi odstavek 67. člena ZLD-1).

Iz opisane zakonske ureditve lekarniške dejavnosti izhaja, da na primarni ravni zagotavlja izvajanje lekarniške dejavnosti občina, in sicer ali z ustanavljanjem javnih zavodov ali s podelitvijo koncesije za izvajanje lekarniške dejavnosti fizični ali pravni osebi. Iz določb ZLD-1 izhaja, da občina (če ne ustanovi javnega zavoda) pravico do izvajanja lekarniške dejavnosti podeli s koncesijo. Državna revizijska komisija ugotavlja, da gre razmerje, ko občina kot organ samoupravne lokalne skupnosti izvajanje storitev lekarniške dejavnosti zaupa pravni ali fizični osebi (ki ni javni lekarniški zavod), šteti tudi za koncesijo storitev v smislu ZNKP. Občina oz. organ lokalne samouprave (koncedent) namreč prenese pravico izvajanja lekarniške dejavnosti na izvajalca lekarniške dejavnosti (koncesionar), za slednjo pa ni poplačan (za izvajanje storitev lekarniške dejavnosti) s strani občine, temveč s tem, da pridobi pravico izvajanja lekarniške dejavnosti na določenem območju. Ob tem je operativno tveganje oz. poslovna tveganja, ki so povezana z izvajanjem lekarniške dejavnosti, na izvajalcu lekarniške dejavnosti, saj ni zagotovljeno, da se mu bodo povrnili naložbe ali stroški, ki nastanejo pri izvajanju storitev lekarniške dejavnosti. Posledično gre ugotoviti, da občina s tem, ko kot organ samouprave podeli subjektu (ki ni javni lekarniški zavod) pravico do izvajanja lekarniške dejavnosti na določenem območju, podeli koncesijo za storitve v smislu ZNKP.

V obravnavanem primeru vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da je Občina Benedikt z izdajo dokumenta »Dovoljenje« z dne 11. 3. 2022 nezakonito podelila koncesijo za izvajanje lekarniške dejavnosti in predlaga razveljavitev omenjenega dovoljenja. Državna revizijska komisija ugotavlja, da je z dokumentom »Dovoljenje« z dne 11. 3. 2022 Občina Benedikt na podlagi 10. člena ZLD-1 subjektu Zdenka Petrač – Lekarna Brezje za nedoločen čas izdala dovoljenje za poslovanje podružnice v kraju Benedikt. Ustanovitev podružnice lekarne (tako v primeru ustanovitve javnega lekarniškega zavoda kot tudi v primeru podelitve koncesije za izvajanje lekarniške dejavnosti) pomeni način notranje organizacije lekarne (prim. 28. člen ZLD-1 in drugi odstavek 39. člena ZLD-1). Dovoljenje za poslovanje podružnice lekarne izda občina, na območju katere se podružnica lekarne ustanovi, na podlagi predhodnega mnenja Lekarniške zbornice Slovenije in soglasja ministrstva (tretji odstavek 10. člena ZLD-1). Podružnica lekarne začne izvajati lekarniško dejavnost, ko ji je izdano dovoljenje v skladu s prvim odstavkom 67. člena tega zakona. Upošteva se navedeno Državna revizijska komisija pritruje navedbam Občine Benedikt, da postopek izdaje dovoljenja za poslovanje podružnice lekarne ni postopek, v katerem je pravno varstvo zagotovljeno po določbah ZPVPJN, saj ta postopek predstavlja upravni postopek, v katerem je pravno varstvo zagotovljeno skladno z Zakonom o splošnem upravnem postopku (Uradni list RS, št. 80/99 s sprem.) in pred Upravnim sodiščem. V postopku pravnega varstva po

ZPVPJN se tako ne more odpreti vprašanje, ali je posamezna občina izdala dovoljenje za poslovanje podružnice v skladu z določbami ZLD-1.

Vendar četudi vlagatelj v zahtevku za revizijo kot (domnevno) nezakonitega izpostavlja dokument »Dovoljenje« z dne 11. 3. 2022, v zvezi s katerim ni zagotovljeno pravno varstvo po določbah ZPVPJN, to ne omogoča že zaključka o nedopustnosti zahtevka za revizijo. Ne gre namreč spregledati, da vlagatelj v zahtevku za revizijo Občini Benedikt očita, da izvajalca lekarniške dejavnosti v Občini Benedikt ni izbrala skladno z določbami ZNKP. Da v Občini Benedikt lekarniško dejavnost izvaja subjekt Zdenka Petrač – Lekarna Brezje (ki ni javni lekarniški zavod), med strankama ni sporno. Ker je občina tisti subjekt, ki na primarni ravni zagotavlja izvajanje lekarniške dejavnosti, gre na podlagi (nespornega) dejstva, da v Občini Benedikt lekarniško dejavnost izvaja subjekt Zdenka Petrač – Lekarna Brezje (ki ni javni lekarniški zavod), ugotoviti, da je Občina Benedikt subjektu Zdenka Petrač – Lekarna Brezje podelila pravico izvajanja lekarniške dejavnosti na tem območju, saj v nasprotnem primeru subjekt Zdenka Petrač – Lekarna Brezje (ki ni javni lekarniški zavod) v kraju Benedikt ne bi mogel izvajati lekarniške dejavnosti. Ker je Občina Benedikt zaupala izvajanje lekarniške dejavnosti v kraju Benedikt subjektu Zdenka Petrač – Lekarna Brezje (ki ni javni lekarniški zavod), glede na revizijske navedbe, da Občina Benedikt izvajalca lekarniške dejavnosti v občini Benedikt ni izbrala v skladu z določbami ZNKP, ni relevantno, ali je Občina Benedikt izvajalca lekarniške dejavnosti izbrala z dokumentom »Dovoljenje« z dne 11. 3. 2022 (ki ga v zahtevku izrecno izpostavlja vlagatelj) ali s katerim drugim aktom ali pa v zvezi s tem sploh ni sprejela nobenega formalnega akta. Kot pojasnjeno, že samo dejstvo, da v Občini Benedikt lekarniško dejavnost izvaja subjekt Zdenka Petrač – Lekarna Brezje, namreč narekuje zaključek, da je Občina Benedikt temu subjektu podelila pravico izvajanja lekarniške dejavnosti oz. da mu je podelila koncesijo za izvajanje lekarniške dejavnosti.

V zvezi z navedbami Občine Benedikt, da ni mogoče podeliti koncesije za podružnico lekarne in da zato podelitve dovoljenja za poslovanje podružnice ni mogoče enačiti s podelitvijo koncesije za lekarno, gre pojasniti, da ni mogoče govoriti o »*koncesiji za lekarno*« ali »*koncesiji za podružnico lekarne*«, ampak je mogoče govoriti izključno o koncesiji za izvajanje lekarniške dejavnosti. S koncesijo za lekarniško dejavnost se podeli pravica izvajanja lekarniške dejavnosti na določenem območju, pri tem pa ni ključno, v kateri izmed predvidenih oblik (lekarna, podružnica lekarne, priročna zaloga zdravil) se izvaja lekarniška dejavnost. Ni tako relevantno, ali se v obravnavanem primeru v kraju Benedikt izvaja lekarniška dejavnost v lekarni ali pa se izvaja lekarniška dejavnost v podružnici lekarne, ampak je ključno, da se lekarniška dejavnost v kraju Benedikt izvaja. Četudi je namreč Občina Benedikt subjektu Zdenka Petrač – Lekarna Brezje zaupala izvajanje lekarniške dejavnosti v podružnici lekarne, to ne spreminja dejstva, da v Občini Benedikt izvaja lekarniško dejavnosti omenjeni subjekt.

Občina Benedikt ne more uspeti z navedbami, da je izdala dovoljenje za poslovanje podružnice lekarne skladno z določbami ZLD-1 in da sta LZS in Ministrstvo za zdravje podali zahtevana soglasja. Kot že pojasnjeno, v postopku pravnega varstva, zagotovljenem po določbah ZPVPJN, se vprašanje skladnosti dovoljenja za poslovanje podružnice z določbami ZLD-1 ne more odpreti. Tudi če je Občina Benedikt dovoljenje za poslovanje podružnice lekarne izdala skladno z ZLD-1, to ne spreminja dejstva, da je Občina Benedikt točno določenemu subjektu zaupala izvajanje lekarniške dejavnosti. Občina Benedikt tudi ne more uspeti z navedbami, da ZLD-1 za primer izdaje dovoljenja za poslovanje podružnice lekarne ne določa izvedbe transparentnega in konkurenčnega postopek, saj 10. člen ZNKP določa, da se za koncesije, ki jih urejajo ZNKP in tudi posebni zakoni, uporabljajo ZNKP in določbe posebnih zakonov, kolikor niso v nasprotju z ZNKP. Zato četudi določbe posebnega zakona (tj. ZLD-1) izrecno ne nalagajo izbire izvajalca lekarniške dejavnosti upoštevaje določbe ZNKP, takšna obveznost izhaja iz določb ZNKP. V zvezi z navedbami Občine Benedikt, da z izdajo dovoljenja za poslovanje podružnice lekarne ni podelila

koncesije (ampak zgolj dovoljenje) in da (skladno s sodno prakso) v primeru izdaje dovoljenja za poslovanje podružnice ne gre za podelitev koncesije, gre ponoviti, da je Občina Benedikt točno določenemu subjektu podelila pravico izvajanja lekarniške dejavnosti v Občini Benedikt, pri tem pa ni relevantno niti s katerim konkretnim dokumentom oz. aktom je Občina Benedikt zaupala izvajanje lekarniške dejavnosti točno določenemu subjektu niti v kateri izmed predvidenih oblik (lekarna, podružnica lekarne ali priročna zaloga zdravil) je Občina Benedikt omogočila izvajanje lekarniške dejavnosti. Sodbe Upravnega sodišča in sodbi Vrhovnega sodišča, ki jih izpostavlja Občina Benedikt, se nanašajo na zahtevo za izdajo dovoljenja za poslovanje podružnice z vidika določb ZLD-1. Postopek izdaje dovoljenja za poslovanje podružnice, kot že pojasnjeno, ni postopek, v katerem je pravno varstvo zagotovljeno po določbah ZPVPJN. V pravnem varstvu, zagotovljenem po določbah ZPVPJN, se lahko odpre le vprašanje, ali je Občina Benedikt izvajalca lekarniške dejavnosti, kateremu je izdala dovoljenje za poslovanje podružnice lekarne, izbrala po postopku, določenem v ZNKP. Ob tem gre še dodati, da je Vrhovno sodišče v sodbi X Ips 26/2022 in sodbi X Ips 33/2022 pojasnilo, da izdaja dovoljenja za poslovanje podružnice ne more nadomestiti podelitve koncesije, ker se pravica do izvajanja lekarniške dejavnosti podeli na podlagi postopka javnega razpisa, za izdajo dovoljenja za poslovanje podružnice pa ni predviden konkurenčni postopek njegove izdaje. Vrhovno sodišče je nadalje pojasnilo, da je pridobitev pravice za izvajanje lekarniške dejavnosti dopustna le na podlagi konkurenčnega postopka, kar je urejeno z ZLD-1 zgolj za koncesijo, ne pa tudi za izdajo dovoljenja za podružnico lekarne - če bi torej nekdo, ki te pravice ni pridobil s podelitvijo koncesije v določeni občini, lahko lekarniško dejavnost izvajal zgolj na podlagi odločitve o njegovi vlogi za izdajo dovoljenja v (običajnem) upravnem postopku, bi to lahko pomenilo nedopustno ravnanje z vidika prava EU.

Državna revizijska komisija zato ugotavlja, da je Občina Benedikt (upoštevaje, da občina na primarni ravni zagotavlja izvajanje lekarniške dejavnosti in da v kraju Benedikt lekarniško dejavnost izvaja subjekt Zdenka Petrač – Lekarna Brezje, Podružnica Benedikt) subjektu Zdenka Petrač – Lekarna Brezje podelila pravico izvajanja lekarniške dejavnosti oz. koncesijo za izvajanje lekarniške dejavnosti in da gre koncesijo za izvajanje lekarniške dejavnosti šteti za koncesijo za storitve v smislu ZNKP. Vendar pa ZNKP, kot že pojasnjeno, določa več izjem za katere se ZNKP ne uporablja, posledično pa za te koncesije ni zagotovljeno pravno varstvo po ZPVPJN. Le v primeru postopkov podeljevanja tistih koncesij, za katere se ZNKP uporablja, se v skladu s prvim odstavkom 54. člena navedenega zakona za pravno varstvo kandidatov, ponudnikov in javnega interesa uporablja ZPVPJN.

ZNKP v 11. členu določa izjeme, za katere se ZNKP ne uporablja, in sicer se ne uporablja za koncesije za negospodarske storitve splošnega pomena. Ta izjema je povzeta po Direktivi 2014/23, ki določa, da negospodarske storitve splošnega pomena ne spadajo na področje uporabe te direktive (drugi odstavek 4. člena Direktive 2014/23). Skladno z 18. točko 2. člena ZNKP »negospodarske storitve splošnega pomena« pomenijo tiste negospodarske storitve, ki se na podlagi zakona izvajajo kot storitve splošnega pomena in se ne ponujajo na trgu proti plačilu, zato zanje veljajo posebne obveznosti javne službe.

Upošteva se, da je ZZdej-1, veljaven do dne 21. 4. 2025, zdravstvene storitve, katerih del so tudi lekarniške storitve, opredeljeval kot negospodarske storitve splošnega pomena, in upošteva se, da je pojem »negospodarske storitve splošnega pomena« pojem evropskega prava, je Državna revizijska komisija Sodišču EU v predhodno odločanje predložila vprašanje:

»Ali je mogoče storitev izvajanja lekarniške dejavnosti, katere bistveni predmet je izdaja zdravil za uporabo v humani medicini na recept in brez recepta uporabniku, vključno s svetovanjem uporabniku za pravilno in varno uporabo teh zdravil, opredeliti kot »negospodarsko storitev splošnega pomena« v smislu člena 4(2) Direktive 2014/23«.

Sodišče EU je v zadevi C-715/23 pojasnilo, da pojem »negospodarske storitve splošnega pomena« ni opredeljen niti v PDEU niti v sekundarni zakonodaji (vključno z Direktivo 2014/23), člen 4(2) Direktive 2014/23 pa tudi ne napotuje na pravo držav članic za opredelitev pomena in obsega tega pojma (točka 45 in 46). Ta pojem spada na področje prava EU, zato morebitna opredelitev države članice dejavnosti lekarne za negospodarske storitve splošnega pomena ne more biti odločilna (sodba C-715/23, točka 48). Pojem »negospodarske storitve splošnega pomena« je sestavljen iz dveh kumulativnih elementov; storitev mora biti, prvič, splošnega pomena in, drugič, negospodarske narave (sodba C-715/23, točka 51). Pojem »storitve« v smislu člena 4(2) Direktive 2014/23 je treba razlagati ob upoštevanju svobode opravljanja storitev iz člena 56 PDEU, katere področje uporabe je omejeno na gospodarske dejavnosti (sodba C-715/23, točka 52). Storitve, ki se opravlja za plačilo, je »gospodarska dejavnost«, saj je bistvena značilnost plačila to, da pomeni ekonomsko protivrednost zadevne storitve, pri čemer pa ni nujno, da to plačilo opravi prejemnik te storitve (sodbe C-715/23, točka 53). Sodišče EU je že v zadevi C-465/18 pojasnilo, da dejavnost lekarn pomeni opravljanje gospodarske dejavnosti, ki spada na področje uporabe člena 49 PDEU, v zadevi C-171/07 in C-172/07 pa, da lekarnar uresničuje cilj ustvarjanja dobička, čeprav naj bi lekarno vodil ob upoštevanju svoje izobrazbe, poklicnih izkušenj in odgovornosti, ki jo ima na podlagi zakonskih ali deontoloških pravil (sodba C-715/23, točka 55). Ob upoštevanju predstavljenih poudarkov je Sodišče EU zaključilo, da storitve, ki jih zagotavljajo lekarne, niso negospodarske storitve (sodba C-715/23, točka 57) in da dejavnost poslovanja lekarne, katere bistveni del je izdajanje zdravil za uporabo v humani medicini za plačilo, in sicer na recept ali brez njega, ter svetovanje glede pravilne in varne uporabe teh zdravil, ne spada pod pojem »negospodarske storitve splošnega pomena« iz drugega odstavka 4. člena Direktive 2014/23.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je bistveni del lekarniške dejavnosti izdajanje zdravil za uporabo v humani medicini na recept in brez recepta ter svetovanje glede pravilne in varne uporabe teh zdravil. Izvajanje lekarniške dejavnosti je financirano iz javnih in zasebnih sredstev (gl. 15. člen ZLD-1), iz javnih sredstev oz. obveznega zdravstvenega zavarovanja se financira izdaja zdravil na recept, tako samih zdravil na recept, kot tudi lekarniška storitev, vezana na izdajo zdravila na recept in podaje ustreznega navodila za uporabo ter svetovanje za pravilno in varno uporabo zdravila na recept, medtem ko so zdravila brez recepta v celoti plačljiva z zasebnimi sredstvi oz. s sredstvi uporabnikov. Glede na navedeno gre ugotoviti, da se lekarniška dejavnost izvaja proti plačilu, posledično pa, upoštevaje sodbo Sodišča EU C-715/23, lekarniške dejavnosti ni mogoče šteti za »negospodarsko storitev«. Državna revizijska komisija zato ugotavlja, da lekarniška dejavnost, katere bistveni del je izdajanje zdravil za uporabo v humani medicini za plačilo, in sicer na recept ali brez njega, ter svetovanje glede pravilne in varne uporabe teh zdravil, ne spada pod pojem »negospodarske storitve splošnega pomena« in posledično ni izvzeta iz področja uporabe Direktive 2014/23 in področja uporabe ZNKP.

Tudi če bi bilo treba šteti, da pojem »negospodarske storitve splošnega pomena« iz 18. točke 2. člena ZNKP ni identičen pojmu »negospodarske storitve splošnega pomena« evropskega prava, in torej nekatere koncesijske pogodbe, ki sicer spadajo na področje uporabe Direktive 2014/23, ne spadajo na področje uporabe ZNKP (in so urejene v nekem drugem zakonu), gre ugotoviti, da je pojem »negospodarske storitve splošnega pomena« iz 18. točke 2. člena ZNKP opredeljen na način, da gre za storitve, ki so negospodarske storitve. Ker je storitev, ki se opravlja za plačilo, »gospodarska dejavnost«, lekarniška dejavnost (katere bistveni del je izdajanje zdravil za uporabo v humani medicini za plačilo, in sicer na recept ali brez njega, ter svetovanje glede pravilne in varne uporabe teh zdravil) pa se izvaja proti plačilu, storitev lekarniške dejavnosti ni mogoče opredeliti za negospodarske storitve, posledično pa tudi ne za negospodarsko storitev splošnega pomena v smislu 18. točke 2. člena ZNKP, ki bi bila skladno s 1. točko prvega odstavka 11. člena ZNKP izvzeta iz področja uporabe ZNKP.

Državna revizijska komisija zato ugotavlja, da koncesija za lekarniško dejavnost spada pod področje uporabe ZNKP in da je izbira izvajalca lekarniške dejavnosti postopek, ki je urejen z določbami ZNKP. Posledično gre ugotoviti, da je pravno varstvo kandidatov, ponudnikov in javnega interesa v zvezi z izbiro izvajalca lekarniške dejavnosti zagotovljeno v predrevizijskem in revizijskem postopku, ki poteka po določbah ZPVPJN. Upošteva se navedeno in upošteva se, da vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da Občina Benedikt izvajalca lekarniške dejavnosti v Občini Benedikt ni izbrala ob upoštevanju določb ZNKP, gre ugotoviti, da je vlagatelj vložil zahtevek za revizijo v zvezi s postopkom, v katerem je pravno varstvo zagotovljeno po določbah ZPVPJN.

Ker je ob upoštevanju navedenega treba ugoditi pritožbi in razveljaviti odločitev Občine Benedikt o zavrženju zahtevka za revizijo, Državna revizijska komisija ni obravnavala ostalih navedb vlagatelja, s katerimi ta utemeljuje pritožbo. Ob tem Državna revizijska komisija še dodaja, da predmet tega pritožbenega postopka (kot tudi ne (pred)revizijskega postopka) ne more biti vprašanje, ali je v Republiki Sloveniji lekarniška dejavnost urejena skladno s pravom EU. Predmet pritožbenega postopka je glede na utemeljitev sklepa o zavrženju zahtevka za revizijo lahko le vprašanje, ali je vlagatelj vložil zahtevek za revizijo v zvezi s postopkom, v katerem je zagotovljeno pravno varstvo po določbah ZPVPJN, predmet (pred)revizijskega postopka pa je lahko le vprašanje ali je koncedent v postopku izbire koncesionarja ravnal skladno z določbami ZNKP. Državna revizijska komisija je zato (že iz tega razloga) zavrnila vlagateljev predlog, da se Sodišču EU predložijo v odločanje dodatna vprašanja.

Državna revizijska komisija tudi ni vsebinsko obravnavala navedb Občine Benedikt, da vlagatelj nima aktivne legitimacije in da zahtevek za revizijo ni pravočasen, saj je Občina Benedikt te navedbe podala šele v pritožbenem postopku. Občina Benedikt je zahtevek za revizijo zavrgla izključno iz razloga nedopustnosti, in ne iz razloga nepravočasnosti ali umanjkanja aktivne legitimacije. Ob tem gre še dodati, da bo Občina Benedikt v posledici ugoditve pritožbi in razveljavitve sklepa o zavrženju zahtevka za revizijo morala ponovno odločiti o zahtevku za revizijo in bo morala skladno s 26. členom ZPVPJN (ponovno) opraviti predhodni preizkus zahtevka za revizijo.

Na podlagi navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da je Občina Benedikt ravnala v nasprotju s 5. členom ZPVPJN, ko je štela, da je zahtevek za revizijo, vloženi v zvezi z izbiro izvajalca lekarniške dejavnosti v Občini Benedikt, nedopusten, posledično pa tudi v nasprotju s četrtem odstavkom 26. člena ZPVPJN, ko je zahtevek za revizijo zavrgla. Državna revizijska komisija je zato pritožbi vlagatelja, na podlagi prvega odstavka 55. člena ZPVPJN, ugodila in razveljavila sklep o zavrženju zahtevka za revizijo, številka 430-009/2023-2 z dne 15. 9. 2023.

Občina Benedikt mora o zahtevku za revizijo, če ugotovi, da so izpolnjene procesne predpostavke, odločiti v skladu s prvim odstavkom 28. člena ZPVPJN (drugi odstavek 55. člena ZPVPJN).

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

Pravni pouk:

Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

Predsednik senata:
Igor Luzar, univ. dipl. prav.,
član Državne revizijske komisije

Vročiti:

- Občina Benedikt,
- Odvetniška družba Gregorovič, Dobrajc, Mlinarič, o.p., d.o.o.,
- vlagatelj,
- subjekt Zdenka Petrač – Lekarna Brezje,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.