



REPUBLIKA HRVATSKA
DRŽAVNA KOMISIJA ZA KONTROLU
POSTUPAKA JAVNE NABAVE
Zagreb, Koturaška 43/IV

KLASA: UP/II-034-02/18-01/760

URBROJ: 354-01/18-7

Zagreb, 31. listopada 2018.

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave u vijeću sastavljenom od članova: Nelice Vidić, zamjenice predsjednika te Darie Duždević i Alice Brandt, članica, postupajući po žalbi žalitelja GlaxoSmithKline d.o.o., Zagreb, OIB: 10352516987, zastupano po opunomoćeniku, Petri Jurčić Vujičić, odvjetnici u Zajedničkom odvjetničkom uredu Hrvoje Bićan, Petra Jurčić Vujičić i Mario Janković, Zagreb, na dokumentaciju o nabavi, u otvorenom postupku javne nabave s ciljem sklapanja okvirnog sporazuma sa jednim gospodarskim subjektom na tri godine, broj objave: 2018/S 0F2-0023014, predmet nabave: Cjepivo protiv pneumokoka, polisaharidno, konjugirano, adsorbirano, za 2019. -2021. godinu, naručitelja: Hrvatski zavod za javno zdravstvo, Zagreb, OIB: 75297532041, na temelju članka 3. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave („Narodne novine“, broj 18/13., 127/13. i 74/14.), te članka 398. i članka 425. Zakona o javnoj nabavi („Narodne novine“, broj 120/16., dalje: ZJN 2016) donosi sljedeće

R J E Š E N J E

1. Poništava se dokumentacija o nabavi u dijelu zahvaćenom nezakonitošću, sukladno obrazloženju u ovom rješenju, u otvorenom postupku javne nabave s ciljem sklapanja okvirnog sporazuma sa jednim gospodarskim subjektom na tri godine, broj objave: 2018/S 0F2-0023014, predmet nabave: Cjepivo protiv pneumokoka, polisaharidno, konjugirano, adsorbirano, za 2019. -2021. godinu, naručitelja: Hrvatski zavod za javno zdravstvo, Zagreb.
2. Nalaže se naručitelju: Hrvatski zavod za javno zdravstvo, Zagreb, da u roku od 8 dana od dana javne objave rješenja na internetskim stranicama Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave naknadi žalitelju GlaxoSmithKline d.o.o., Zagreb, troškove žalbenog postupka u iznosu od 5.781,25 kuna, dok se u preostalom dijelu zatraženog troška žalbenog postupka u iznosu od 625,00 kuna zahtjev žalitelja odbija kao neosnovan.

O b r a z l o ž e n j e

Naručitelj Hrvatski zavod za javno zdravstvo, Zagreb, objavio je dana 27. kolovoza 2018. godine u Elektroničkom oglasniku javne nabave Republike Hrvatske (dalje: EOJN RH) poziv na nadmetanje s dokumentacijom o nabavi u otvorenom postupku javne nabave s ciljem sklapanja okvirnog sporazuma sa jednim gospodarskim subjektom na tri godine, broj objave: 2018/S 0F2-0023014, predmet nabave: Cjepivo protiv pneumokoka, polisaharidno, konjugirano, adsorbirano, za 2019. -2021. godinu. Kao kriterij odabira određena je ekonomski najpovoljnija ponuda koja se

određuje na temelju relativnih pondera cijene 85 % i broja serotipova pneumokoka sadržanih u cjepivu 15%.

Na sadržaj dokumentacije o nabavi žalbu je 6. rujna 2018. godine ovom tijelu izjavio žalitelj GlaxoSmithKline d.o.o., Zagreb, koju je u žalbenom roku predao i naručitelju. U smislu članka 420. ZJN 2016 žalitelj je žalbu uredio podneskom koji je ovo tijelo zaprimilo dana 21. rujna 2018. godine.

Žalitelj u žalbi u bitnom osporava zakonitost dijela dokumentacije o nabavi, predlaže da poništiti dio dokumentacije o nabavi obuhvaćen nezakonitošću te traži nadoknadu troškova žalbenog postupka u iznosu od 6.406,25 kuna.

Naručitelj u odgovoru na žalbu u bitnome, osporava žalitelju pravni interes za izjavljivanje žalbe te navodi da su žalbeni navodi neosnovani slijedom čega predlaže žalbu odbiti kao neosnovanu.

Vezano za osporavanje žaliteljeva pravnog interesa od strane naručitelja ovo tijelo ističe da je zaključkom KLASA: UP/II-034-02/18-01/760, URBROJ: 354-01/18-3 od 11. rujna 2018. godine upozorilo žalitelja da, sukladno članku 420. ZJN 2016. dostavi izvornik dokaza o pravu na žalbu iz članka 401. stavka 1. ZJN, pod prijetnjom da će ukoliko ne udovolji upozorenju biti postupljeno sukladno odredbama članka 421. stavka 3. ZJN 2016. Odredbom članka 401. stavak 1. ZJN 2016. propisano je da pravo na žalbu ima svaki gospodarski subjekt koji ima ili je imao pravni interes za dobivanje određenog ugovora o javnoj nabavi, okvirnog sporazuma, dinamičkog sustava nabave ili projektnog natječaja i koji je pretrpio ili bi mogao pretrpjeti štetu od navodnoga kršenja subjektivnih prava. Žalitelj je podneskom od 19. rujna 2018. godine, koji je ovo tijelo zaprimilo dana 21. rujna 2018. godine, udovoljio navedenom traženju i dostavio izvadak iz sudskog registra te tako udovoljio traženju iz spomenutog zaključka ovog tijela.

U tijeku postupka izveden je dokaz pregledom i analizom dostavljenog dokaznog materijala koji se sastoji od objave u EOJN RH, dokumentacije o nabavi te ostalih dostavljenih dokaza.

Žalba je dopuštena, pravodobna i uredna te izjavljena od ovlaštene osobe.

Žalba je osnovana.

Osporavajući sadržaj dokumentacije o nabavi žalitelj u bitnome navodi da je dokumentacija o nabavi sačinjena na način da pogoduje jednom ponuditelju, pa smatra da su time povrijeđena načela postupka javne nabave. Žalitelj pojašnjava da osporava necjenovni kriterij bodovanja, u bitnome navodeći da na području Europske unije postoje samo dva registrirana cjepiva, Prevenar 13 i Synflorix koji nudi žalitelj. Navodi da Prevenar 13 ima 13 serotipova dok cjepivo Synflorix ima 10 serotipova. Navodi da je naručitelju u trenutku izrade dokumentacije o nabavi i utvrđenja predmetnog necjenovnog kriterija, nedvojbeno bilo poznato koja cjepiva protiv pneumokoka postoje na tržištu te koliko serotipova navedena cjepiva imaju, stoga žalitelj smatra da se očito pogoduje jednom ponuditelju jer broj serotipova nije jedini i isključivi kriterij na temelju kojeg se može procijeniti učinkovitost cjepiva pa je stoga neopravdano i nerazmjerno bodovanje, odnosno da 10 serotipova nosi 1 bod, a 13 serotipova 15 bodova. Razlika u broju serotipova (10:13) ne opravdava tako veliku razliku u bodovanju (1:15 bodova) pa iz navedenog proizlazi da je ovakvo bodovanje suprotno načelu razmjernosti te je utvrđeno na ovaj način isključivo radi pogodovanja jednom ponuditelju.

U daljnjem dijelu žalitelj svoje navode temelji na naručiteljevom Izvješću s prethodnog savjetovanja sa zainteresiranim gospodarskim subjektima, odnosno osporava razloge koje je naručitelj u spomenutom izvješću naveo glede obrazloženja zašto daje bodovnu prednost određenom cjepivu.

U odnosu na serotip 19a, žalitelj navodi da je naručitelj u Izvješću s prethodnog savjetovanja sa zainteresiranim gospodarskim subjektima naveo da je necjenovni kriterij uveo s ciljem davanja

određene prednosti cjepivu koje je potencijalno učinkovitije te ima prednosti s logističkog i organizacijskog aspekta programa cijepljenja. Žalitelj smatra da, ako je namjera naručitelja bila nabaviti učinkovitije cjepivo, u tom slučaju je trebalo u dokumentaciji o nabavi propisati druge kriterije procjene učinkovitosti cjepiva. Navodi da je Europska agencija za lijekove izmjenom Sažetka opisa svojstva lijeka, potvrdila da Synflorix može zaštititi od pneumokoknih bolesti, uključujući invazivnu bolest, upalu pluća i akutni otitis medija uzrokovan serotipom 19a. Žalitelj smatra da je naručitelj trebao uzeti u obzir i navedenu činjenicu.

U odnosu na serotip 3, žalitelj navodi da predloženi način bodovanja za necjenovni kriterij temeljen na broju serotipova pneumokoka ne uvažava dokaze nedjelotvornosti pneumokoknih konjugiranih cjepiva protiv serotipa 3. Navodi da Prevenar sadrži u sastavu serotip 3, međutim da trenutno dostupni podaci ne pružaju uvjerljive dokaze da takva cjepiva pružaju zaštitu protiv bolesti uzrokovanih serotipom 3. Žalitelj smatra da je naručitelj trebao uzeti u obzir dokaze da se serotip 3 ne može adekvatno kontrolirati pomoću cjepiva s 13 serotipova.

U odnosu na serotip 6A žalitelj navodi da predloženi način bodovanja za necjenovni kriterij temeljen na broju serotipova pneumokoka ne uvažava podatke učinkovitosti Synflorixa protiv serotipa 6A.

U odnosu na ukupni utjecaj predmetnih cjepiva na invazivnu pneumokoknu bolest žalitelj navodi da predloženi način bodovanja za necjenovni kriterij temeljen na broju serotipova pneumokoka ne uvažava mišljenja međunarodnih stručnih savjetodavnih tijela o ukupnom utjecaju cjepiva PCV 10 i PCV 13 na invazivnu pneumokoknu bolest. Navodi da iz Izvješća Svjetske zdravstvene organizacije o zaključcima i preporukama (...) proizlazi da oba pneumokokna konjugirana cjepiva značajno smanjuju pojavnost upale pluća (...) te trenutno nema dokaza o razlici između ova dva cjepiva u utjecaju na sveukupni teret bolesti u zajednici.

Žalitelj potom ističe činjenicu dobi djece pa navodi da je naručitelj u svom Izvješću objavljenom nakon postupka prethodnog savjetovanja naveo da je prednost cjepiva s 13 serotipova (PCV13) u tome što isto omogućuje cijepljenje djece starije od 5 godina, dok se cjepivo s 10 serotipova (PCV10) ne može primjenjivati za cijepljenje djece starije od 5 godina. Navodi da je iz predmetne dokumentacije vidljivo da je predmet nabave određen prema Trogodišnjem programu obveznog cijepljenja u RH 2019-2021, (...) te da je uvidom u navedeni program vidljivo da se pneumokokno cjepivo namjerava koristiti za cijepljenje djece od 2, 4 i 12 mjeseci starosti. Stoga smatra da obrazloženje naručitelja iz predmetnog izvješća nije relevantno s obzirom da iz gore navedenog proizlazi da cjepivom koje se nabavlja niti neće cijepiti djeca starija od 5 godina. Osim toga, navodi da sažetci opisa svojstva lijeka Prevenar i Synflorix preporučuju raspored imunizacije djece u dobi do dvije godine s 3 doze cjepiva, dok se u starije djece predmetna cjepiva primjenjuju (docijepljivanje) u jednoj ili dvije doze, ovisno o preporuci proizvođača. Stoga smatra da se predmet nabave prema Trogodišnjem programu obveznog cijepljenja u RH odnosi na cijepljenje djece s predviđene 3 doze cjepiva od kojih se zadnje daje u dobi od 12 mjeseci. Navodi da se cjepivo Prevenar i cjepivo Synflorix primaju u jednakom broju doza u vrlo sličnim intervalima pa je stoga očito da je predmetni necjenovni kriterij u omjeru 1:15 utvrđen isključivo radi pogodovanja jednom ponuditelju.

Gore navedene dijelove žalbenog navoda žalitelj potkrepljuje opširnom dokumentacijom.

Na kraju, s obzirom na sve gore navedeno žalitelj smatra da je utvrđenje necjenovnog kriterija isključivo na broju pneumokoknih serotipova u cjepivu, bez uvažavanja ocjene učinkovitosti cjepiva nakon uvođenja u programe imunizacije, protivno članku 285. ZJN 2016. Također smatra da se ovakvim definiranjem necjenovnog kriterija pogoduje isključivo jednom ponuditelju te s obzirom da se učinkovitost cjepiva ne procjenjuje objektivno, već na temelju samo određenih kriterija, time je naručitelj postupio protivno odredbama ZJN 2016 te načelima javne nabave iz članka 4. ZJN 2016 (zabrana diskriminacije, načelo razmjernosti i načelo jednakog postupanja).

Naručitelj u svom odgovoru na žalbu u bitnome navodi da je nesporna činjenica da su u Republici Hrvatskoj registrirana dva cjepiva, Synflorix žalitelja i Prevenar, odnosno PCV13 proizvođača Pfizer. Navodi u bitnome da je ispoštovao zakonske odredbe te cjenovnom kriteriju

namijenio 85%, odnosno maksimalno 85 bodova, a necjenovnom 15%, odnosno maksimalno 15 bodova. Navodi da je necjenovni kriterij definiran i određen kroz broj serotipova pneumokoka sadržanih u cjepivu. Navodi dalje da je upravo serotip 19a (kao i 3 i 6A) onaj koji čini razliku između Prevenar cjepiva i cjepiva Synflorix. Smatra da je navedena činjenica važna radi velikog ekonomsko kliničkog tereta rezistencije navedenog soja na makrolide i čini dodatnu prednost Prevenara u odnosu na cjepivo Synflorix. Navodi da 13-valentno pneumokokno konjugirano cjepivo pokriva znatno širi dijapazon potencijalnih pneumokoknih infekcija. U nastavku izlaže rezultate studije te nabroja rezultate koji ukazuju na prednosti PCV-13 cjepiva te novčane uštede. Navodi da se u stručnoj literaturi mogu pronaći članci koji govore u prilog jednom ili drugom cjepivu, kao i oni koji ne nalaze razlike u djelotvornosti i učinkovitosti ta dva cjepiva, no smatra da jedini službeni podaci o djelotvornosti i učinkovitosti jednog i drugog cjepiva su oni koji su objavljeni u službeno odobrenim Sažecima opisa svojstava lijeka službeno odobrenim od regulatornih tijela (Halmed i Europska agencija za lijekove). U nastavku citira dijelove analize Ive Butić, dr. med. s Klinike za infektivne bolesti "dr. Fran Mihaljević" koji govore u prilog prednosti cjepiva PCV13. Potom navodi logističke i organizacijske aspekte, odnosno prednosti PCV13 u odnosu na PCV 10, primjerice da je u dobi od 2-5 godina potrebna 1 doza cjepiva PCV13, a dvije doze cjepiva PCV10, kojeg k tome nije moguće upotrijebiti za djecu stariju od 5 god, a iako je rutinsko cijepljenje predviđeno u dobi od 2,4, i 12 mjeseci, dugogodišnja praksa pokazuje da se djeca cjepe s kašnjenjem. Osim toga, navodi da u slučaju nestašice cjepiva za starije dobne skupine naručitelj (ako ima PCV13) može primijeniti cjepivo nabavljeno za dojenčad, a što su onda logističke i organizacijske prednosti nekog cjepiva. Navodi da je Prevenar 13 jedino cjepivo koje je indicirano za aktivnu imunizaciju svih starosnih kategorija stanovništva. Potom navodi izvore prava EU i praksu Suda Europske unije navodeći da navedeno ukazuje na to da države članice imaju ovlast i diskreciju pri određivanju stupnja zaštite koji žele priuštiti zdravlju ljudi i način na koji bi se trebao postići stupanj zaštite. Navodi odluku 2090/C8/2538/ Nacionalnog vijeća za rješavanje žalbi u postupcima javne nabave gdje je odlučeno da cjepivo Synflorix nije identično cjepivu Prevenar 13 pa se ne može provesti analiza oko superiornosti/inferiornosti ta dva proizvoda te da nema loše vjere, kao ni diskriminacije niti narušavanja tržišnog natjecanja. Navodi da je Upravni sud za javnu nabavu Navarre (Španjolska), u predmetu R-24/2016, odlučio je da je sastav cjepiva drugačiji, jedno uključuje 10 serotipova, drugo 13, te stoga cjepivo s 10 serotipova ne osigurava neposrednu zaštitu za sprečavanje bolesti koje prouzrokuju serotipovi koji nisu uključeni (3, 6a i 19a). Naručitelj navodi da je način bodovanja i definiranja necjenovnog kriterija opravdan posebice ako se uvaži činjenica da je 13-valentno cjepivo jedino koje štiti od ukupno 13 serotipova te je ujedno jedino koje neposredno štiti od serotipova 3, 6A i 19a, ali i jedino koje nije primjereno samo za djecu već i za odrasle, pa slijedom toga navedenom cjepivu pripada pravo na veći broj bodova. Nadalje navodi da je naručitelj dužan nabaviti ono cjepivo koje temeljem načela predostrožnosti nudi najvišu moguću zaštitu. Navodi da je načelo predostrožnosti opisno člankom 191. Ugovora o funkcioniranju EU, dok se kroz praksu Suda EU raširilo područje primjene tog načela. Navodi da se navedeno načelo odnosi i na zaštitu zdravlja ljudi.

Ocjenjujući ovaj žalbeni navod utvrđeno je da je točkom 7.7. dokumentacije o nabavi, između ostaloga propisano da je kriterij odabira ekonomski najpovoljnija ponuda koja se određuje temeljem relativnih pondera, cijene 85% i necjenovnog kriterija, odnosno broj serotipova pneumokoka sadržanih u cjepivu 15%. Maksimalni broj bodova cjenovnog kriterija (85) dodijelit će se ponudi s najnižom cijenom. Ovisno o najnižoj cijeni ponude ostale ponude će dobiti manji broj bodova sukladno formuli propisanoj dokumentacijom o nabavi. U odnosu na necjenovni kriterij propisano je da se bodovi za broj serotipova pneumokoka sadržanih u cjepivu dodjeljuje na način da 10 serotipova donosi 1 bod, a 13 serotipova nosi 15 bodova.

Odredbom članka 203. ZJN 2016 propisano je da javni naručitelj određuje predmet nabave na način da predstavlja tehničku, tehnološku, oblikovnu, funkcionalnu ili drugu objektivno odredivu cjelinu.

Odredbom članka 285. stavak 1. ZJN 2016 propisano je da kriteriji za odabir ponude ne smiju biti diskriminirajući, moraju biti povezani s predmetom nabave te moraju omogućiti učinkovito nadmetanje.

Člankom 284. stavak 1. ZJN 2016 propisano je da se ekonomski najpovoljnija ponuda utvrđuje na temelju cijene ili troška, primjenom pristupa isplativosti, kao što je trošak životnog vijeka, u skladu s Pododjeljkom 2. ovoga odjeljka, te može uključivati najbolji omjer između cijene i kvalitete, koji se ocjenjuje na temelju kriterija, uključujući kvalitativne, okolišne ili društvene značajke, povezanih s predmetom nabave. Nadalje, stavkom 2. propisano je da kriteriji iz stavka 1. mogu obuhvaćati na primjer: 1. kvalitetu, uključujući tehničku vrijednost, estetske i funkcionalne značajke, pristupačnost, rješenje za sve korisnike, društvene, okolišne i inovativne značajke te trgovanje i uvjete trgovanja; 2. organizaciju, kvalifikacije i iskustvo osoblja angažiranog na izvršenju određenog ugovora, ako kvaliteta angažiranog osoblja može značajno utjecati na razinu uspješnosti izvršenja ugovora, ili 3. usluge nakon prodaje i tehničku pomoć, uvjete isporuke kao što su datum isporuke, proces isporuke i rok isporuke ili rok izvršenja.

Kod ocjene ovog žalbenog navoda prije svega je bitno za istaknuti da prema članku 87. stavku 1. ZJN 2016 otvoreni postupak javne nabave započinje od dana slanja poziva na nadmetanje. Uvidom u obavijest o nadmetanju utvrđeno je da je poziv na nadmetanje u predmetnom postupku javne nabave poslan na objavu 23. kolovoza 2018. godine. Utvrđeno je dalje da je naručitelj sukladno članku 198. ZJN 2016 proveo savjetovanje sa zainteresiranim gospodarskim subjektima (točka 1.9. dokumentacije o nabavi) te da naručitelj provodi otvoreni postupak javne nabave (točka 1.4. dokumentacije o nabavi). Slijedom navedenog, a imajući u vidu gore utvrđene činjenice unutar izloženog pravnog okvira, proizlazi da je Državna komisija nadležna za kontrolu postupanja naručitelja od trenutka početka postupka javne nabave. Stoga, glede postupka savjetovanja s gospodarskim subjektima, u odnosu na koje žalitelj osporava valjanost tamo danih obrazloženja, ističe se da Državna komisija nema ovlasti kontrolirati zakonitost postupanja naručitelja prije početka postupka javne nabave. Slijedom navedenog, predmetni dijelovi žalbenog navoda u kojima se žalitelj referira na Izvješće o provedenom prethodnom savjetovanju sa zainteresiranim gospodarskim subjektima te u odnosu na koje dostavlja dokaze, nije u nadležnosti razmatranja ovog žalbenog tijela.

Među strankama je nesporno da na tržištu postoje dva cjepiva, žaliteljevo sa 10 serotipova te drugo cjepivo sa 13 serotipova. Žalitelj žalbenim navodom ne osporava cjenovni kriterij koji nosi 85 bodova, već samo necjenovni kriterij koji nosi maksimalno 15 bodova. Žalitelj smatra u bitnome da se kršenje načela javne nabave ogleda u svezi s necjenovnim kriterijem za odabir ponude te smatra da ukoliko samo jedan ponuditelj može osigurati cjepivo sa 13 serootipova, da je taj ponuditelj stavljen u povoljniji položaj u odnosu na druge ponuditelje te da je narušeno načelo tržišnog natjecanja i zabrane diskriminacije u odnosu na druge ponuditelje, odnosno žalitelja.

Sukladno odredbi članka 284. stavka 2. ZJN 2016 kriteriji u toj odredbi su propisani primjerice, pa je slijedom takvog pravnog okvira naručitelj slobodan propisati kriterij (pridržavajući se uvjeta iz članka 285. ZJN 2016) koji može obuhvaćati, primjerice i broj serotipova. Stoga je ocjena ovog tijela da je naručitelj mogao sukladno navedenome kao jedan od kriterija ekonomski najpovoljnije ponude u predmetnoj dokumentaciji o nabavi, odrediti broj serotipova pneumokoka sadržanih u cjepivu. Naime, smisao je odabranih kriterija kod ekonomski najpovoljnije ponude da isti moraju imati za cilj prepoznavanje ponude koja nudi najbolju vrijednost za novac. U konkretnom slučaju, s obzirom na to da naručitelj sam određuje predmet nabave koji najbolje odgovara njegovim potrebama, potom s obzirom da navedeni osporavani kriterij iznosi 15%, a kriterij cijene 85% te s obzirom na svrhu i smisao ekonomski najpovoljnije ponude, ovo tijelo ocjenjuje da tako postavljeni kriterij ne predstavlja kršenje načela javne nabave, diskriminaciju te pogodovanje određenom gospodarskom subjektu, a kako to žalitelj smatra. Nadalje, s obzirom na to da žalitelj ne osporava kriterij cijene koji čini 85% ekonomski najpovoljnije ponude, žalitelj po ocjeni ovog tijela nije dokazao sukladno članku 403. ZJN 2016 da raspon bodovanja unutar necjenovnog kriterija može imati presudnu ulogu

u određivanju ekonomski najpovoljnije ponude. Slijedom navedenog, žalbeni navod žalitelja je u cijelosti ocijenjen kao neosnovan.

Nadalje žalitelj narednim žalbenim navodom u bitnome navodi da su ponuditelji stavljeni u nepovoljan položaj i diskriminirani te da je povrijeđeno načelo tržišnog natjecanja. Pojašnjava da je točkom 7.5 dokumentacije o nabavi cijena ponude utvrđena kao nepromjenjiva te određena kao bitan uvjet okvirnog sporazuma (točka 8.9.1.), dok je u točki 2.2. dokumentacije o nabavi količina nabave utvrđena kao predviđena. Navodi da je u ranijim postupcima nabave (u kojima je žalitelj sudjelovao kao odabrani ponuditelj) u kojima je također cijena utvrđena kao nepromjenjiva, a količina predviđena, došlo do smanjenja naručenih količina te je žalitelj bio obavezan isporučiti po istoj cijeni iako su se količine promijenile. Navodi da je primjerice u postupku nabave EVV 23/15 naručitelj odustao od 17% ukupne količine predviđenog cjepiva za period 2016-2018, što za posljednju godinu (kada nije naručena predviđena količina) iznosi 50% manje količina od onih koje su bile predviđene za tu godinu na temelju dokumentacije o nabavi. Navodi da se ovakvom praksom žalitelj stavlja u nepovoljan financijski položaj jer, prije nego što naručitelj doista naruči količine cjepiva, isporučitelj je obavezan planirati isporuku predviđenih količina cjepiva te proizvesti predviđenu količinu cjepiva prema predviđenim količinama iz okvirnog sporazuma. Smatra da se naručitelj time stavlja u povlašteni položaj jer ima pravo odustati od predviđenih količina bez ikakvih obveza korigiranja cijene, a s druge strane ponuditelj se stavlja u nepovoljan financijski položaj te takva praksa utječe na njegove financijske rezultate. Gospodarski subjekt je obavezan proizvesti predviđenu količinu cjepiva, neovisno o tome koja će količina na kraju biti naručena. Navodi da Pravilnik o dokumentaciji o nabavi u članku 6. propisuje mogućnost da se cijena odredi kao promjenjiva ili nepromjenjiva. Stoga smatra, da ako je cijena određena kao nepromjenjiva, naručitelj mora u dokumentaciji o nabavi odrediti način i uvjete izmjene cijene. Navodi da članak 315. ZJN 2016 propisuje da javni naručitelj smije izmijeniti ugovor o javnoj nabavi tijekom trajanja bez provođenja novog postupka ako su izmjene, neovisno o njihovoj novčanoj vrijednosti, bile na jasan, precizan i nedvosmislen način predviđene u dokumentaciji o nabavi u obliku odredaba o izmjenama ugovora, a koje mogu uključivati odredbe o promjeni cijene ili opcija. Stoga žalitelj smatra da bi se u dokumentaciji o nabavi cijena trebala utvrditi kao promjenjiva te da bi se trebale utvrditi izmjene cijene na jasan, precizan i nedvosmislen način uz navođenje opsega i prirode mogućih izmjena te uvjete pod kojima se mogu promijeniti. Navodi dalje da bi cijenu trebalo brisati iz bitnih uvjeta okvirnog sporazuma iz točke 8.9.1. dokumentacije o nabavi. Navodi da ako bi se cijena ipak utvrdila kao nepromjenjiva, žalitelj smatra da u tom slučaju i količinu treba utvrditi kao točno određenu.

Naručitelj u svom odgovoru na žalbu u bitnome navodi da relevantni zakonski propisi ne zabranjuju naručitelju da samostalno definira predmet, cijenu ili pak količinu predmeta nabave. Navodi da se u postupcima javne nabave razvila praksa da su cijene u tijeku samog postupka definirane kao nepromjenjive, dok su u manjem broju slučajeva (nabava energenata) cijene eventualno promjenjive. Navodi da je pitanje nabave cjepiva od javnog interesa za Republiku Hrvatsku te da se glede pitanja rizika, već samim sudjelovanjem na tržištu ponuditelj izlaže određenom riziku koji je u srži samog poslovanja. Osim toga, navodi da je u točki 8.9.2 dokumentacije o nabavi predvidio mogućnost izmjene ugovora (nestašica cjepiva na tržištu).

Ocjenjujući ovaj žalbeni navod utvrđeno je da je točkom 8.9.1. dokumentacije o nabavi propisano da se bitnim uvjetima smatraju: 1. predmet nabave; 2. razdoblje trajanja okvirnog sporazuma; 3. rok, način i uvjeti plaćanja; 4. vrsta, sredstvo jamstva i uvjeti jamstva (u skladu s točkom 8.3. ove dokumentacije); 5. jedinične cijene ponude; 6. uvjeti sklapanja ugovora o javnoj nabavi temeljem okvirnog sporazuma (u skladu sa točkom 8.9.2. dokumentacije o nabavi).

Točkom 8.9.2. dokumentacije o nabavi propisano je između ostaloga da ukoliko u tijeku izvršenja ugovora odabrani ponuditelj nije u mogućnosti osigurati odabrano cjepivo zbog nestašice cjepiva na tržištu ponuditelj je dužan ponuditi jednakovrijedno cjepivo s potvrdom proizvođača cjepiva da je ponuđeno cjepivo jednakovrijedno odabranom cjepivu. Nadalje je propisano da

naručitelj smije izmijeniti ugovor o javnoj nabavi tijekom njegova trajanja bez provođenja novog postupka javne nabave samo u skladu s odredbama članka 316. – 320. Zakona o javnoj nabavi.

Točka 7.5. dokumentacije o nabavi odnosi se na cijenu ponude te je propisano između ostaloga da je jedinična cijena bez poreza na dodanu vrijednost nepromjenjiva tijekom trajanja okvirnog sporazuma. Propisano je da do promjene cijene može doći samo u slučaju nestašice cjepiva na tržištu kada ponuditelj može ponuditi jednakovrijedno cjepivo uz dokaz naveden u dokumentaciji o nabavi uz korekciju cijene prema aktualnoj tržišnoj cijeni uz suglasnost naručitelja.

Točkom 2.2. dokumentacije o nabavi, vezano za količine predmeta nabave, propisano je da naručitelj određuje predviđenu količinu predmeta nabave, zbog objektivnih okolnosti koje ne može unaprijed odrediti te je propisano da je predviđena količina predmeta nabave navedena u Troškovniku.

Odredbom članka 315. stavak 1. ZJN 2016 propisano je da javni naručitelj smije izmijeniti ugovor o javnoj nabavi tijekom njegova trajanja bez provođenja novog postupka javne nabave ako su izmjene, neovisno o njihovoj novčanoj vrijednosti, bile na jasan, precizan i nedvosmislen način predviđene u dokumentaciji o nabavi u obliku odredaba o izmjenama ugovora, a koje mogu uključivati odredbe o promjeni cijene ili opcija.

Odredbom članka 403. stavak 1. ZJN 2016 propisano je da je u žalbenom postupku svaka stranka dužna iznijeti sve činjenice na kojima temelji svoje zahtjeve te predložiti dokaze kojima se te činjenice utvrđuju, dok je stavkom 2. istog članka propisano da je žalitelj obavezan dokazati postojanje postupovnih pretpostavki za izjavljivanje žalbe, kao i povrede postupka ili materijalnog prava koje su istaknute u žalbi.

Na temelju gore utvrđenog činjeničnog stanja proizlazi, u bitnome, da je cijena ponude bitan sastojak ugovora te je propisano da je ista nepromjenjiva (osim u propisanom slučaju nestašice cjepiva), dok je količina predmeta nabave promjenjiva zbog objektivnih okolnosti koje naručitelj ne može unaprijed odrediti. Ovakav pravni okvir žalitelj osporava te smatra diskriminatornim, nepovoljnim za žalitelja te da ne omogućava tržišno natjecanje. Ovo tijelo ocjenjuje da žalitelj nije u skladu s odredbom članka 403. ZJN 2016 dokazao da osporeni dio dokumentacije o nabavi nije u skladu s odredbama ZJN 2016, a s obzirom da je naručitelj glede nepromjenjivosti cijene ponude predvidio iznimku sukladno članku 315. ZJN 2016. Ocjena je ovog tijela da žalitelj dakle nije dokazao povrede materijalnog prava istaknute u žalbi, slijedom čega je žalbeni navod ocijenjen kao neosnovan.

Žalitelj nadalje navodi da je u točkama 8.3.2. i 8.3.3. dokumentacije o nabavi propisana obveza odabranog ponuditelja da dostavi naručitelju jamstvo za izvršavanje okvirnog sporazuma i jamstvo za uredno ispunjenje ugovora. Navodi da sukladno članku 214. ZJN 2016 javni naručitelj može od gospodarskog subjekta zahtijevati dostavu: jamstva za uredno ispunjenje ugovora o javnoj nabavi ili okvirnog sporazuma ako okvirni sporazum obvezuje na izvršenje, za slučaj povrede ugovornih obveza te jamstvo za uredno ispunjenje ugovora na temelju okvirnog sporazuma ako okvirni sporazum ne obvezuje, za slučaj povrede ugovornih obveza. S obzirom na to da je u dokumentaciji o nabavi propisano da okvirni sporazum obvezuje na izvršenje, smatra da javni naručitelj nije ovlašten tražiti jamstvo za uredno ispunjenje ugovora na temelju okvirnog sporazuma. Nadalje, navodi da je u prvoj točki predviđeno da u slučaju ako okvirni sporazum obvezuje, javni naručitelj može tražiti jamstvo za uredno ispunjenje ugovora ili okvirnog sporazuma, pa s obzirom na to da naručitelj traži dostavu dva jamstva, smatra da je u navedenom dijelu dokumentacija o nabavi nezakonita, odnosno protivna članku 214. ZJN 2016.

Naručitelj u svom odgovoru na žalbu navodi da žalitelj krivo interpretira članak 214. ZJN 2016. jer naručitelj može od gospodarskih subjekata tražiti jamstvo za izvršavanje okvirnog sporazuma kada okvirni sporazum obvezuje na sklapanje ugovora o javnoj nabavi, a što proizlazi iz dokumentacije o nabavi. Navodi da s obzirom da predmetno jamstvo osigurava izvršavanje okvirnog sporazuma, isto ne bi trebalo trajati kraće od trajanja okvirnog sporazuma. S druge strane, navodi da

se jamstvo za uredno ispunjenje ugovora propisuje za slučaj povrede ugovornih obveza. Navodi da se predmetno jamstvo dostavlja u određenom roku od stupanja na snagu pojedinačnog ugovora sklopljenog na temelju okvirnog sporazuma.

Ocjenjujući ovaj žalbeni navod utvrđeno je da je točkom 8.3.2. dokumentacije o nabavi traženo jamstvo za izvršavanje okvirnog sporazuma, a da je točkom 8.3.3. traženo jamstvo za uredno ispunjenje ugovora.

Nadalje, točkom 1.7. dokumentacije o nabavi propisano je da se sklapa obvezujući okvirni sporazum s 1 (jednim) gospodarskim subjektom na razdoblje od 3 (tri) godine.

Odredbom članka 214. stavak 1. ZJN 2016 propisano je između ostaloga da javni naručitelj može od gospodarskog subjekta zahtijevati dostavu sljedećih jamstava: (...) 2. jamstvo za uredno ispunjenje ugovora o javnoj nabavi ili okvirnog sporazuma ako okvirni sporazum obvezuje na izvršenje, za slučaj povrede ugovornih obveza; 3. jamstvo za uredno ispunjenje ugovora na temelju okvirnog sporazuma ako okvirni sporazum ne obvezuje, za slučaj povrede ugovornih obveza.

Na podlozi gore utvrđenog činjeničnog stanja proizlazi da je u predmetnom postupku javne nabave propisano sklapanje okvirnog sporazuma koji obvezuje na izvršenje okvirnog sporazuma. Stoga je ocjena ovog tijela da je naručitelj u smislu ZJN 2016 mogao tražiti samo jamstvo za uredno ispunjenje ugovora iz članka 214. stavka 1. točke 2. ZJN 2016, slijedom čega se žalbeni navod ocjenjuje kao osnovan.

Postupajući po službenoj dužnosti temeljem članka 404. ZJN 2016, a u odnosu na osobito bitne povrede postupka javne nabave iz članka 404. stavka 2. toga Zakona, ovo tijelo nije utvrdilo osobito bitne povrede postupka javne nabave izuzev utvrđene povrede iz točke 7. navedenog članka i stavka zakona. Naime, u odnosu na kriterije za odabir gospodarskog subjekta (uvjeti sposobnosti), točkom 4.2. dokumentacije o nabavi propisane su minimalne razine tehničke i stručne sposobnosti koje ponuditelj mora zadovoljiti, pa je propisano da ponuditelj mora dostaviti odobrenje za stavljanje lijeka u promet u Republici Hrvatskoj koju izdaje Agencija ili Europska komisija, sukladno članku 113. Zakona o lijekovima (NN 76/13. i 90/14.). Iako je dokumentacijom o nabavi propisano da se glede predmetnog odobrenja radi o „dokazu“, ovo tijelo ocjenjuje da se glede predmetnog odobrenja radi o uvjetu zadovoljenja tehničke i stručne sposobnosti, na koji ovo tijelo pazi po službenoj dužnosti. Propisivanje tog uvjeta tehničke i stručne sposobnosti je u suprotnosti s člancima 256. i 259. ZJN 2016, budući da javni naručitelj može odrediti uvjete tehničke i stručne sposobnosti kojima se osigurava da gospodarski subjekt ima potrebne ljudske i tehničke resurse te iskustvo potrebno za izvršenje ugovora o javnoj nabavi na odgovarajućoj razini kvalitete, a osobito zahtijevati da gospodarski subjekt ima dovoljnu razinu iskustva, što se dokazuje odgovarajućim referencijama iz prije izvršenih ugovora. Stoga je ocjena ovog tijela da traženi uvjet ne predstavlja ljudske i tehničke resurse niti iskustvo potrebno za izvršenje ugovora o javnoj nabavi, odnosno ne predstavlja minimalnu razinu sposobnosti koja osigurava da će gospodarski subjekt biti sposoban izvršiti ugovor o javnoj nabavi.

Slijedom navedenog, a temeljem članka 425. stavka 1. točke 4. ZJN 2016 odlučeno je kao u točki 1. izreke ovog rješenja. Naručitelj će u nastavku postupka postupiti sukladno članku 419. stavku 4. ZJN 2016.

Žalitelj je sukladno odredbi članka 431. stavak 7. ZJN 2016 postavio zahtjev za naknadu troškova žalbenog postupka u iznosu od 6.406,25 kuna, koji se odnosi na naknadu za pokretanje žalbenog postupka u iznosu od 5.000,00 kuna, sastav žalbe po odvjetniku u iznosu od 500,00 kuna uvećano za 25% te za pripadajući PDV te potražuje na ime sastava očitovanja na naručiteljev odgovor na žalbu iznos od 500,00 kn uvećano za pripadajući PDV.

Prema odredbi članka 3. stavak 3. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave, Državna komisija odlučuje o naknadi troškova žalbenog postupka i drugim zahtjevima koje

su ovlaštene postaviti stranke u žalbenim postupcima. U tim postupcima vrijednost predmeta nije procjenjiva. Nadalje, prema članku 431. stavku 2. ZJN 2016, Državna komisija odlučuje o troškovima žalbenog postupka, određuje tko snosi troškove žalbenog postupka i njihov iznos te kome se i u kojem roku moraju platiti, dok prema stavku 3. tog članka stranka na čiju je štetu žalbeni postupak okončan dužna je protivnoj stranci nadoknaditi opravdane troškove koji su joj nastali sudjelovanjem u žalbenom postupku.

S obzirom na to da je žalitelj uspio sa žalbom, na ime troškova žalbenog postupka pripada mu iznos u okviru postavljenog zahtjeva za naknadom troška žalbenog postupka, odnosno 5.781,25 kuna i to 5.000,00 kuna s osnove naknade za pokretanje žalbenog postupka, 500,00 kuna s osnove sastava žalbe po odvjetniku uz uvećanje od 25% te pripadajući iznos od 156,25 kn za PDV, sukladno Tbr. 20. t. 1., Tbr. 22. i Tbr. 42. Tarife o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika („Narodne novine“, broj 142/12., 103/14., 118/14. i 107/15.). U preostalom dijelu u iznosu od 625,00 kuna zahtjev žalitelja za naknadu troškova žalbenog postupka odbija jer očitovanje žalitelja na odgovor na žalbu ne sadrži činjenična i pravna razlaganja koja su bila od utjecaja za odlučivanje o žalbi, pa trošak za sastav tog podneska nije opravdan trošak u smislu citirane odredbe članka 431. stavka 3. ZJN 2016. Slijedom navedenog odlučeno je kao u točki 2. izreke ovog rješenja.

Naručitelj je sukladno odredbi članka 425. stavka 6. ZJN 2016 obavezan postupiti sukladno izreci odluke Državne komisije najkasnije u roku od 30 dana od dostave izvršne odluke, pri čemu je vezan pravnim shvaćanjem i primjedbama Državne komisije.

UPUTA O PRAVNOM LIJEKU

Protiv ovoga rješenja ne može se izjaviti žalba, ali se može pokrenuti upravni spor podnošenjem tužbe Visokom upravnom sudu Republike Hrvatske u roku od 30 dana od isteka osmog dana od dana javne objave rješenja na internetskim stranicama Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave.

ZAMJENICA PREDsjedNIKA



Stranke žalbenog postupka:

1. GlaxoSmithKline d.o.o., Zagreb,
Ulica Damira Tomljanovića Gavrana 15
2. Hrvatski zavod za javno zdravstvo, Zagreb,
Rockefellerova 7