



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

KLASA: UP/II-034-02/21-01/166
URBROJ: 354-01/21-10
Zagreb, 19. ožujka 2021.

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave u Vijeću sastavljenom od članova: Nelice Vidić, zamjenice predsjednice, Zvonimira Jukića i Karmele Dešković, članova, povodom žalbe žalitelja Medical Intertrade d.o.o., Sveta Nedelja, OIB: 04492664153, na Odluku o odabiru, grupa 12, u otvorenom postupku javne nabave, broj objave: 2020/S 0F2-0041688, ispravci objave broj: 2020/S F14-0046922, 2021/S F14-0000550, predmet nabave: Lijekovi - 2. dio, naručitelja: Opća bolnica Zadar, Zadar, OIB: 11854878552, na temelju članka 3. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (Narodne novine, broj 18/13, 127/13, 74/14 i 98/19) te članka 398. 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 Odluka o odabiru, grupa 12, broj: 04-6816/20-4/21 od 17. veljače 2021., u otvorenom postupku javne nabave broj objave: 2020/S 0F2-0041688, ispravci objave broj: 2020/S F14-0046922, 2021/S F14-0000550, predmet nabave: Lijekovi - 2. dio, naručitelja: Opća bolnica Zadar, Zadar.
2. Nalaže se naručitelju Opća bolnica Zadar, Zadar, da u roku od 8 dana od dana javne objave rješenja na internetskim stranicama Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave naknadi žalitelju Medical Intertrade d.o.o., Sveta Nedelja, troškove žalbenog postupka u iznosu od 5.000,00 kuna.

O b r a z l o ž e n j e

Naručitelj Opća bolnica Zadar, Zadar, objavio je 20. studenog 2020. godine u Elektroničkom oglasniku javne nabave Republike Hrvatske (dalje: EOJN RH) poziv na nadmetanje s dokumentacijom o nabavi, u otvorenom postupku javne nabave, broj objave: 2020/S 0F2-0041688, ispravci objave broj: 2020/S F14-0046922, 2021/S F14-0000550, predmet nabave: Lijekovi - 2. dio. Kao kriterij odabira određena je ekonomski najpovoljnija ponuda koja se određuje na temelju kriterija cijene ponude - 90 bodova i roka isporuke - 10 bodova.

U predmetnom postupku javne nabave zaprimljene su četiri ponude od kojih je naručitelj tri u postupku pregleda i ocjene ponuda ocijenio valjanima te je dana 17. veljače 2021. godine donio Odluku o odabiru, kojom je ponudu ponuditelja Medika d.d., Zagreb, odabrao kao najpovoljniju.

Na predmetnu Odluku o odabiru žalbu je dana 25. veljače 2021. godine, putem sustava e-Žalba, izjavio ponuditelj Medical Intertrade d.o.o., Sveta Nedelja. Žalitelj u žalbi u bitnome osporava valjanost pregleda i ocjene ponuda te predlaže poništiti Odluku o odabiru uz nadoknadu troška žalbenog postupka.

U svom odgovoru na žalbu naručitelj u bitnome osporava žalbeni navod te predlaže žalbu odbiti kao neosnovanu.

Odabrani ponuditelj u svom očitovanju navodi da se pridružuje odgovoru na žalbu naručitelja.

Tijekom žalbenog postupka pred ovim državnim tijelom izvedeni su dokazi pregledom i analizom dostavljenog dokaznog materijala, koji se sastoji od obavijesti o nadmetanju, dokumentacije o nabavi, zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda, odluke o odabiru, ponude žalitelja te ostalih dokaza.

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

Žalba je osnovana.

Osporavajući valjanost pregleda i ocjene ponuda žalitelj navodi da osporava zakonitost izmijenjene Odluke o odabiru od 17. veljače 2021. godine jer je naručitelj postupio protivno odredbama članka 305. ZJN 2016 koji se odnosi na ispravak odluke, a koje odredbe ne daju mogućnost naručitelju donošenja sadržajno i meritorno drugačije odluke o odabiru.

Naručitelj u svom odgovoru na žalbu navodi da bi, u slučaju da nije izvršio izmjenu Odluke o odabiru, ta odluka nakon isteka mirovanja bila obvezujuća za sklapanje ugovora, a time bi naručitelj došao u poziciju da mora sklopiti ugovor s prvotno odabranim ponuditeljem, odnosno morao bi sklopiti ugovor koji ne bi bio u skladu s postojećim važećim aktima te bi pravno bio ništetan.

Odabrani ponuditelj osporava žalitelju pravni interes za izjavljivanje žalbe navodeći da žalbu nije izjavila ovlaštena osoba za zastupanje žalitelja. Navodi da uz žalbu nije dostavljena punomoć pa je nejasno koja je uloga osobe koja je potpisala žalbu. U nastavku očitovanja se u bitnome pridružuje odgovoru naručitelja na žalbu.

Uvidom u dokumentaciju predmetnog postupka utvrđeno je da je naručitelj prvotnu odluku o odabiru za grupu 12 objavio 9. veljače 2021. godine te je u toj odluci žalitelj Medical Intertrade d.o.o., Sveta Nedelja bio naveden kao odabrani ponuditelj.

Utvrđeno je nadalje da je naručitelj potom, 17. veljače 2021. godine, tijekom roka mirovanja, objavio novu, sadržajno drugačiju Odluku o odabiru u kojoj se kao odabrani ponuditelj navodi gospodarski subjekt Medika d.d., Zagreb.

Nadalje, utvrđeno je da je 17. veljače 2021. godine objavljen dokument naziva „Obavijest o izmjeni odluke o odabiru“ u kojoj je navedeno da je naručitelj naknadnom provjerom troškovnika za grupu 12 utvrdio da je jedinična cijena za stavku 2. odabranog ponuditelja viša od one koja je izražena na listi lijekova Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje (HZZO) te da je naručitelj zbog toga dužan odbiti ponudu ovog gospodarskog subjekta.

Uvidom u žalbu žalitelja utvrđeno je da je žalbu potpisala Sanja Bulić za koju je navedeno da je opunomoćenik po zaposlenju te je utvrđeno da uz dokument žalbe prileži punomoć ovlaštene osobe odabranog ponuditelja, direktora mr.sc. M. Radwan Joukhadar, mr.pharm, a u kojoj punomoći je navedeno da se Sanja Bulić ovlašćuje na zastupanje odabranog ponuditelja u postupcima javne nabave, što uključuje poduzimanje svih radnji koje su vezane uz javna nadmetanja u kojima se odabrani ponuditelj javlja kao strana u postupku. S obzirom na navedene dokumente neosnovan je prigovor odabranog ponuditelja da je žalbu izjavila neovlaštena osoba odabranog ponuditelja.

Odredbom članka 305. ZJN 2016 propisano je da javni naručitelj smije do isteka roka za žalbu ispraviti pogreške u imenima ili brojevima, pisanju ili računanju te druge očite netočnosti u odluci koju je donio te takvi ispravci proizvode pravni učinak od istoga dana od kojeg proizvodi pravni učinak odluka koja se ispravlja.

Ocjenjujući ovaj žalbeni navod utvrđeno je činjenično stanje iz kojeg proizlazi da je naručitelj nakon provedenog postupka pregleda i ocjene ponuda putem EOJN RH objavio odluku o Odabiru od dana 9. veljače 2021. godine, da bi potom dana 17. veljače 2021. godine, tijekom roka mirovanja, zamijenio spomenutu odluku drugom, sadržajno drugačijom u odnosu na gospodarskog subjekta čija se ponuda ocjenjuje ekonomski najpovoljnijom, a sve uz obrazloženje da je naručitelj naknadno uočio pogrešku u ponudi žalitelja Medical Intertrade d.o.o., Sveta Nedelja, do tada odabranog ponuditelja. S obzirom na navedenu okolnost, ovo tijelo ocjenjuje da se u konkretnom slučaju ne radi o pogreškama u imenima ili brojevima, pisanju ili računanju te drugim očitim netočnostima iz članka 305. ZJN 2016, već da se radi o suštinskoj izmjeni odluke o odabiru. Dakle, iako naručitelj opisano postupanje smatra zakonitim, ukazujući na to da njegova ovlast na takvo postupanje proizlazi iz zakonskih odredbi po kojima je dopušteno vršiti ispravke odluke o odabiru, ovo tijelo ocjenjuje da se u konkretnom slučaju ne radi o ispravku odluke u smislu članka 305. ZJN 2016.

Naime, potrebno je istaknuti da iz odredaba ZJN 2016 proizlazi da se u postupcima javne nabave rok mirovanja primjenjuje prvenstveno u svrhu sprečavanja javnog naručitelja da sklopi ugovor o javnoj nabavi ili okvirni sporazum prije protoka tog roka, odnosno da se ponuditeljima omogući učinkovita pravna zaštita prije samog sklapanja ugovora o javnoj nabavi ili okvirnog sporazuma. Iz utvrđenog činjeničnog stanja proizlazi da je naručitelj prije isteka roka mirovanja za prvu odluku o odabiru, donio drugu odluku o odabiru različitog sadržaja, odnosno drugu odluku kojom se odabire drugi ponuditelj. Dakle, u konkretnom slučaju naručitelj je preuzeo ulogu žalbenog tijela pa smatra da je drugom odlukom ispravio grešku prilikom pregleda i ocjene ponuda, međutim naručitelj u konkretnom slučaju takvim postupanjem ponuditeljima nije omogućio učinkovitu pravnu zaštitu na način na koji to propisuje ZJN 2016. Naime, u situaciji kada netko smatra da je odluka naručitelja nezakonita, naručitelj mora omogućiti gospodarskom subjektu koji za to ima pravni interes, da u zakonskom roku koristi zakonom propisani pravni lijek, pa nadležno žalbeno tijelo u žalbenom postupku utvrđuje sve relevantne činjenice te ocjenjuje zakonitost ili nezakonitost odluke naručitelja. S obzirom na to da postupanje naručitelja u konkretnom slučaju nije u skladu sa citiranim odredbama ZJN 2016, žalbeni navod se ocjenjuje osnovanim.

Također, s obzirom na to da su poništavanjem Odluke o odabiru od 17. veljače 2021. godine poništene i sve pravne posljedice koje je ta odluka proizvela, u konkretnom slučaju na snazi ostaje Odluka o odabiru od 9. veljače 2021. godine. Nadalje, uzimajući u obzir činjenicu da je uslijed nezakonitog postupanja naručitelja ponuditeljima uskraćeno zakonom propisano pravo na zaštitu subjektivnih prava jer je

naručitelj prije isteka roka mirovanja za Odluku o odabiru od 9. veljače 2021. godine donio novu Odluku o odabiru, upućuje se naručitelj odluku o odabiru od 9. veljače 2021. godine ponovno dostaviti sudionicima javnom objavom putem EOJN RH.

Žalitelj u daljnjem dijelu svoje žalbe osporava svoje odbijanje pa navodi da je u točki 29. dokumentacije o nabavi propisano da je cijena ponude promjenjiva sukladno listi Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje (HZZO). Navodi da je člankom 6. stavcima 1. do 4. Pravilnika o dokumentaciji o nabavi te ponudi u postupcima javne nabave (Narodne novine, broj 65/17 i 75/20) propisano da naručitelj u dokumentaciji o nabavi određuje je li cijena ponude promjenjiva ili nepromjenjiva, odnosno ako je promjenjiva da naručitelj mora u dokumentaciji o nabavi odrediti način i uvjete izmjene cijene. Nadalje navodi da je u konkretnom slučaju naručitelj odabrao opciju promjenjivosti cijena, odnosno ponuđene cijene je vezao za promjenu cijena na listama lijekova HZZO-a. Žalitelj smatra da tako određena promjenjivost znači da ako se cijena na listama HZZO-a razlikuje od ponuđene cijene, primjenjuje se cijena na listi te stoga smatra da nepridržavanje takvih uvjeta nije razlog za odbijanje ponude. Žalitelj ističe da iz navedenih odredbi Pravilnika jasno proizlazi da određivanje, promjenjivosti cijene ulazi u sferu izvršavanja ugovornih obveza te da naručitelj nije ovlašten zadirati niti preispitivati ponuđene cijene koje se određuju slobodno. Ukazuje na rješenja ovog tijela KLASA: UP/II-034-02/17-01/297 te ističe da je u tom rješenju ovo tijelo zauzelo stav da naručitelj nije nadležan provjeravati jesu li ponuditelji u svojim ponudama pravilno primijenili Pravilnik o mjerilima i načinu za određivanje cijena lijekova na veliko i o načinu izvješćivanja o cijenama na veliko, jer nadzor nad poslovanjem pravne ili fizičke osobe vezano za primjenu Zakona o lijekovima obavlja farmaceutska inspekcija Ministarstva nadležnog za zdravlje i Agencija za lijekove i medicinske proizvode. Stoga žalitelj smatra, imajući u vidu spomenuti stav ovog tijela, da naručitelj nije mogao odbiti žaliteljevu ponudu jer ponuditelji imaju pravo, u slučaju da se lijek nalazi na listi HZZO-a, odrediti cijenu i drugačiju od usporedne cijene lijeka.

Naručitelj u svom odgovoru na žalbu navodi da i sam žalitelj ukazuje da je u dokumentaciji o nabavi navedena odredba o promjenjivosti cijene koja je vezana za promjenu cijena na listama HZZO-a. Nadalje navodi da se žalitelj poziva na rješenje ovog tijela koje nije primjenjivo u konkretnom slučaju jer se tom odlukom naglašava da za lijekove koji se nalaze na listi HZZO-a, ponuditelji mogu odrediti tj. ponuditi i nižu cijenu lijeka, no ne i višu cijenu. Stoga smatra da bi zbog više ponuđene cijene za stavku 2. u grupi 12., u trenutku samog sklapanja ugovora, ugovor bio ništetan.

Uvidom u dokumentaciju o nabavi utvrđeno je da je točkom 29. propisan način određivanja cijene ponude te je navedeno da je cijena ponude promjenjiva sukladno listi HZZO-a, propisano je da se cijena piše brojkama te da u cijenu ponude bez PDV-a moraju biti uračunati svi troškovi i popusti te isporuka na adresu naručitelja.

Uvidom u dokumentaciju predmetnog postupka utvrđeno je da je u dokumentu naziva: „dodatak zapisniku o pregledu i ocjeni od ponuda“ navedeno da je naručitelj naknadnom provjerom utvrdio da je gospodarski subjekt Medical Intertrade d.o.o. za stavku 2. ponudio višu jediničnu cijenu od one koja je izražena na listi lijekova HZZO-a te se izuzima iz daljnjeg postupka ocjene ponuda.

Odredbom članka 290. stavak 1. ZJN 2016 propisano je da nakon otvaranja ponuda javni naručitelj pregledava i ocjenjuje ponude na temelju uvjeta i zahtjeva iz dokumentacije o nabavi te o tome sastavlja zapisnik.

Odredbom članka 31. Pravilnika o mjerilima za stavljanje lijekova na listu lijekova HZZO-a kao i načinu utvrđivanja cijena lijekova koje će plaćati HZZO te načinu izvješćivanja o njima (Narodne novine, broj 33/19), propisan je način utvrđivanja cijene

lijeka za listu lijekova i cijene lijeka koju će plaćati HZZO te usklađivanje cijena lijekova na listi lijekova. Stavkom 4. tog članka propisana je osnova za izračun cijene lijeka za listu lijekova i cijene lijeka koju će plaćati HZZO za lijek na listi lijekova HZZO-a, odnosno propisano je da se u obzir uzima: cijena lijeka izračunata sukladno odredbama pravilnika kojim se utvrđuju mjerila za određivanje najviše dozvoljene cijene lijeka; cijene lijekova koji su već stavljeni na listu lijekova; terapijske skupine i podskupine lijekova s liste lijekova; određena mjerila iz članak 3. i članka 8. tog Pravilnika.

Člankom 1. Pravilnika o mjerilima za određivanje najviše dozvoljene cijene lijeka na veliko i iznimno više od najviše dozvoljene cijene lijeka na veliko i godišnjeg izračuna cijene lijeka (Narodne novine, broj 33/19) propisano je između ostaloga da se tim Pravilnikom utvrđuju mjerila za određivanje najviše dozvoljene cijene lijeka na veliko.

Odredbom članka 188. stavka 9. Zakona o lijekovima (Narodne novine, broj 76/13, 90/14, 100/18) propisano je u bitnome da nositelj odobrenja za stavljanje lijeka u promet, odnosno veleprodaja, ne smiju prodavati lijek po cijeni višoj od najviše dozvoljene cijene lijeka, a koju cijenu (sukladno stavku 1. tog članka te članku 212. stavak 1. tog Zakona) određuje Agencija za lijekove i medicinske proizvode.

Odredbom članka 193. Zakona o lijekovima propisano je da nadzor nad provedbom Zakona o lijekovima, vezano uz lijekove, ..., izradom, prometom, ..., obavlja farmaceutska inspekcija nadležnog ministarstva.

Dijelom V. Zakona o lijekovima, koji se odnosi na prekršajne odredbe, propisano je da će se novčanom kaznom kazniti za prekršaj fizička ili pravna osoba koja, između ostaloga, prodaje lijek po cijeni višoj od najviše dozvoljene cijene lijeka.

Ocjenjajući ovaj žalbeni navod utvrđeno je činjenično stanje iz kojeg proizlazi da je naručitelj propisao da je cijena ponude promjenjiva sukladno listi HZZO-a te proizlazi da je naručitelj naknadnom provjerom, nakon prvotno objavljene Odluke o odabiru, ocijenio da je cijena za stavku 2. u troškovniku žalitelja viša od cijene koja je izražena na listi lijekova HZZO-a te stoga smatra da bi ugovor sa žaliteljem posljedično bio ništetan. Međutim, iz utvrđenog činjeničnog stanja proizlazi da naručitelj nije propisao način postupanja u slučaju kada utvrdi da je ponuđena cijena lijeka viša od one koja je za taj lijek izražena na listi HZZO-a pa je svojim postupanje povrijedio odredbe članak 290. ZJN 2016. Osim toga, bitno je istaknuti da naručitelj nije dokazao sukladno članku 403. ZJN 2016 okolnosti koje bi ukazivale na odnos ponuđene cijene konkretnog lijeka, cijene lijeka na listi HZZO-a te najviše dozvoljene cijene po kojoj se predmetni lijek smije prodavati u Republici Hrvatskoj jer je najviša dozvoljena cijena samo jedan od čimbenika temeljem kojeg se određuje cijena lijeka na listi HZZO-a, a koju će HZZO plaćati sukladno Pravilnika o mjerilima za stavljanje lijekova na listu lijekova HZZO-a. Također, čak i da se radi o situaciji da je ponuđena cijena konkretnog lijeka viša od najviše dopuštene cijene, ne bi se radilo o ništetnosti ugovora s obzirom na to da u tom slučaju nadzor obavlja farmaceutska inspekcija nadležnog ministarstva te je kazna za povredu navedenog propisana u vidu (prekršajne) novčane kazne za fizičku ili pravnu osobu koja prodaje lijek po višoj cijeni od najviše dozvoljene cijene lijeka. Slijedom navedenog, s obzirom na citirane izvore prava te utvrđeno činjenično stanje iz kojeg proizlazi da postupanje naručitelja nije usklađeno s navedenim pravnim okvirom, žalbeni navod ocjenjuje se 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 državno tijelo nije utvrdilo postojanje osobito bitnih povreda.

U skladu s prethodno navedenim, a temeljem članka 425. stavka 1. točke 4. ZJN 2016 odlučeno je kao u točki 1. izreke ovog rješenja te se predmet vraća naručitelju na ponovno postupanje.

Žalitelj je postavio zahtjev za naknadom troškova žalbenog postupka u ukupnom iznosu od 5.000,00 kuna koji iznos se odnosi na naknadu za pokretanje žalbenog postupka.

Članak 431. stavak 2. ZJN 2016 propisuje da 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. Stavak 3. istog članka propisuje da je stranka na čiju je štetu žalbeni postupak okončan dužna protivnoj stranci nadoknaditi opravdane troškove koji su joj nastali sudjelovanjem u žalbenom postupku.

Prema odredbi članka 3. stavak 3. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (Narodne novine, broj 18/13, 127/13 i 74/14) propisano je da Državna komisija odlučuje o naknadi troškova žalbenog postupka i drugim zahtjevima koje su ovlaštene postaviti stranke u žalbenim postupcima. Budući da je žalba žalitelja osnovana, sukladno citiranim odredbama te u okviru postavljenog zahtjeva, usvaja se zahtjev žalitelja za naknadu troškova žalbenog postupka u ukupnom iznosu od 5.000,00 kuna. Slijedom navedenog, odlučeno je kao u točki 2. izreke ovog rješenja.

Naručitelj je sukladno odredbi članka 425. stavka 6. ZJN 2016, obvezan 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 ovog 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. Tužba se predaje Visokom upravnom sudu Republike Hrvatske neposredno u pisanom obliku, usmeno na zapisnik ili se šalje poštom, odnosno dostavlja elektronički.

Stranke žalbenog postupka:

1. Medical Intertrade d.o.o., Sveta Nedelja
Dr. Franje Tuđmana 3
2. Opća bolnica Zadar, Zadar,
Bože Peričića 5
3. Medika d.d., Zagreb
Capraška 1

