



**REPUBLIKA HRVATSKA
DRŽAVNA KOMISIJA ZA KONTROLU
POSTUPAKA JAVNE NABAVE**

**KLASA: UP/II-034-02/25-01/45
URBROJ: 354-02/5-25-9
Zagreb, 26. ožujka 2025.**

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, Zagreb, OIB: 95857869241, u Vijeću sastavljenom od članova: Maje Kuhar, vršiteljice dužnosti predsjednice, Karmele Dešković, članice i Zvonimira Jukića, vršitelja dužnosti člana, povodom žalbe žalitelja Medika d.d. Zagreb, OIB: 94818858923, na sadržaj dokumentacije o nabavi u otvorenom postupku javne nabave, s ciljem sklapanja okvirnog sporazuma s jednim gospodarskim subjektom na razdoblje od (1) jedne godine, broj objave: 2025/S F02-0000435, ispravci objave broj: 2025/S F14-0000707 i broj: 2025/S F14-0000818, predmet nabave: zajednička nabava posebnih skupina lijekova, naručitelja Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje, Zagreb, OIB: 43644119661, na temelju članka 3. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (Narodne novine, broj 18/13, 127/13, 74/14, 98/19 i 41/21) te članka 398. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine, broj 120/16 i 114/22, dalje u tekstu: ZJN 2016) donosi sljedeće

R J E Š E N J E

1. Odbija se prijedlog žalitelja Medika d.d., Zagreb za održavanje usmene rasprave.
2. Odbija se žalba žalitelja Medika d.d., Zagreb kao neosnovana.
3. Odbija se zahtjev žalitelja Medika d.d., Zagreb za naknadom troškova žalbenog postupka kao neosnovan.

O b r a z l o ž e n j e

Naručitelj Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje, Zagreb objavio je 23. siječnja 2025. 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: 2025/S F02-0000435, predmet nabave: zajednička nabava posebnih skupina lijekova. Kriterij odabira je ekonomski najpovoljnija ponuda na temelju kriterija cijene 90% i kriterija implementirani sustav upravljanja okolišem prema normi ISO 14001 (oznaka hrvatske norme HRN EN ISO 14001) (ISUO)10%.

U EOJN RH naručitelj je dana 27. siječnja 2025. objavio Ispravak - Obavijest o izmjenama ili dodatnim informacijama broj objave: 2025/S F14-0000707 i dana 29. siječnja 2025. Ispravak - Obavijest o izmjenama ili dodatnim informacijama broj objave: 2025/S F14-0000818.

Na sadržaj dokumentacije o nabavi urednu žalbu je 3. veljače 2025. Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave izjavio žalitelj Medika d.d., Zagreb.

Žalitelj u žalbi u bitnome osporava zakonitost dokumentacije o nabavi, a žalbenim zahtjevom traži da se naloži naručitelju da dokumentacijom o nabavi obuhvati i uvjete koji se tiču poslovne povezanosti ponuditelja s nositeljem odobrenja i da iz Okvirnog sporazuma isključi odredbu o obvezi isporučitelja da podnosi izvješća o izvršavanju Okvirnog sporazuma. Žalitelj traži naknadu troškova žalbenog postupka u ukupnom iznosu od 66.360,00 eura.

U odgovoru na žalbu naručitelj osporava žalbene navode te predlaže odbiti žalbu i zahtjev za naknadom troškova žalbenog postupka kao neosnovane.

U tijeku postupka izvedeni su dokazi pregledom i analizom dostavljenog dokaznog materijala koji se sastoji od obavijesti o nadmetanju, dokumentacije o nabavi te drugih dostavljenih dokaza.

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

Žalba je neosnovana.

Žalitelj u žalbi predlaže zakazati usmenu raspravu i to radi razjašnjavanja činjeničnog stanja ili pravnog pitanja u vezi ugovora o financiranju lijeka, dostupnosti lijeka ovisno o statusu na Popisu, opskrbi i postupanju kod nestašice.

Člankom 427. stavkom 1. ZJN 2016 propisano je da stranke mogu predložiti održavanje usmene rasprave i obrazložiti razloge zbog kojih raspravu predlažu, a posebno zbog razjašnjenja složenog činjeničnog stanja ili pravnog pitanja.

Razmatrajući prijedlog žalitelja, utvrđeno je da žalitelju u bitnom sporno to što naručitelj u objavljenj dokumentaciji o nabavi nije odredio necjenovni kriterij (poslovna povezanost ponuditelja s nositeljem odobrenja za stavljanje lijeka u promet) koji je bio naveden tijekom prethodnog savjetovanja, smatrajući da time naručitelj izbjegava primjenu prisilnih propisa i postupa protivno načelima javne nabave.

Prema ocjeni ovog tijela, s obzirom na to da se u konkretnom slučaju zapravo radi o pravnom pitanju primjene ZJN 2016 vezano za opis predmeta nabave i kriterij za odabir ponude odnosno ne radi se o žalbenim navodima koje je moguće i potrebno dokazivati izjavama stranaka postupka, te u tom smislu ne postoji potreba niti bi bilo svrhovito održati usmenu raspravu pa je slijedom navedenog, na temelju citirane zakonske odredbe, odlučeno kao pod točkom 1. izreke ovog rješenja.

Žalitelj navodi da je naručitelj u predmetnoj dokumentaciji o nabavi propustio osigurati primjenu posebnih propisa (Zakon o lijekovima, Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju i podzakonskih propisa donesenih temeljem navedenih zakona) jer je iz dokumentacije o nabavi izostavio necjenovni kriterij za odabir ponude (poslovnu povezanost ponuditelja s nositeljem odobrenja), koji je prvobitno

bio uključio u postupku prethodnog savjetovanja. Navodi da zahtjev prema kojem lijek mora biti na Popisu posebno skupih lijekova HZZO-a nije uvršten u dokumentaciju na odgovarajući način u skladu s Pravilnikom o dokumentaciji o nabavi te ponudi u postupcima javne nabave: ili kao kriterij za odabir ponude ili pod uvjetima ili zahtjevima koji moraju biti ispunjeni sukladno posebnim propisima ili stručnim pravilima. Iz te odredbe nije jasno koje su obveze ponuditelja s time u vezi i čime će ponuditelj dokazati da će taj uvjet biti ispunjen, ističe žalitelj. Dalje navodi da bi se ovaj uvjet mogao osigurati potrebno je da nositelj odobrenja za stavljanje lijeka u promet (dalje „nositelj odobrenja“) ima kontrolu nad distribucijom lijeka. Ukazuje da je tijekom prethodnog savjetovanja kao dodatni kriterij za odabir ponude naručitelj odredio da vrednuje dokaz o poslovnoj povezanosti ponuditelja s nositeljem odobrenja (dodatni kriterij 1), od kojeg je potom odustao, jer je prihvatio primjedbe da taj kriterij nije povezan s predmetom nabave i da je protivan načelu jednakog tretmana i zabrane diskriminacije te načelu razmjernosti.

Žalitelj ističe da naručitelj time nije osigurao ispunjenje zahtjeva iz prisilnih propisa, detaljnije opisane u nastavku, koje se može sažeti ovako: - svo vrijeme važenja Okvirnog sporazuma i ugovora sa zdravstvenim ustanovama i korisnicima, lijek mora biti na Popisu, jer ga u protivnom pacijenti ne mogu dobiti na trošak obveznog zdravstvenog osiguranja, konkretno iz posebnih sredstava naručitelja za skupe lijekove; - naručitelj mora moći ostvariti prava iz posebnog ugovora kojim se uređuju cijena lijeka koju će plaćati HZZO te odnos financiranja za taj lijek i za indikaciju, koji su prema posebnim propisima uvjet da bi se posebno skupi lijekovi financirali iz obveznog zdravstvenog osiguranja.

Dalje navodi da su u ponovnom postupku savjetovanja žalitelj i drugi zainteresirani gospodarski subjekti ponovno zatražili da se taj zahtjev uključi u dokumentaciju o nabavi, što naručitelj nije prihvatio, navodeći samo da je to diskriminatorna odredba, što predstavlja neadekvatno obrazloženje, ističe žalitelj. Izostavljanjem tog kriterija naručitelj upravo postupa diskriminatorno u odnosu na onog gospodarskog subjekta koji je na temelju prisilnih propisa i ugovora o financiranju lijeka, koji mora sklopiti, preuzeo dodatne obveze da bi lijek uopće mogao biti na Osnovnoj listi lijekova i Popisu. Time naručitelj postupa protivno načelima iz članka 4. ZJN 2016 i to načelu jednakog tretmana, načelu zabrane diskriminacije i načelu razmjernosti, ističe žalitelj.

Ako dokumentacija o javnoj nabavi ne bude izmijenjena tako da se uvažavaju uvjeti iz posebnih propisa, ističe žalitelj, naručitelj bi se mogao ponovno naći u situaciji da kao ekonomski najpovoljniji ponuditelj bude odabrana veleprodaja koja lijek nabavlja iz distribucijskog lanca paralelnog distributera, u kojem slučaju naručitelj: - gubi prava iz ugovora o financiranju liječenja, koji bi morao održavati na snazi za svo vrijeme dok je lijek na Popisu, - dodatno trpi financijske gubitke kad posebno skupe lijekove nabavlja iz distribucijskog lanca nositelja odobrenja za stavljanje lijeka u promet, izvan sklopljenog Okvirnog sporazuma, kad odabrani ponuditelji koji lijek nabavljaju iz distribucijskog lanca paralelnog distributera ne može osigurati urednu opskrbu, - mora razmatrati raskid Okvirnog sporazuma i potrebu ponovnog preuranjenog provođenja postupka javne nabave, što generira dodatne znatne troškove.

Žalitelj potom ukazuje na dva moguća lanca distribucije, prethodno citirajući odredbu članka 115. Zakona o lijekovima. Ako ponuditelj nije ujedno proizvođač, nego veleprodaja, mora ili biti poslovno povezana s nositeljem odobrenja ili s paralelnim distributerom. Dakle, na tržištu se promet lijekova može odvijati:- ili na način da veleprodaja nabavlja robu od nositelja odobrenja za lijek, pa je „poslovno povezana s nositeljem odobrenja za stavljanje lijeka u promet“, dakle kroz distribucijski lanac koji je pod nadzorom nositelja odobrenja za stavljanje lijeka u promet, - ili tako da veleprodaja unosi lijek za koji je dano odobrenje za stavljanje u promet centraliziranim postupkom iz druge države članice Europske unije u Hrvatsku, što predstavlja paralelni promet lijeka na veliko, u kojem slučaju nositelj odobrenja više nema uvida u to za koju su državu namijenjene narudžbe, pa ne može skrbiti ni o ravnomjernoj opskrbi, osobito u slučaju nestašica.

Žalitelj dalje navodi da je nositelj odobrenja za stavljanje lijeka u promet obvezan o okolnostima koje mogu dovesti do poremećaja opskrbe hrvatskog tržišta lijekom ili nestašice lijeka, bez odgode u pisanom obliku obavijestiti Agenciju i Ministarstvo, a za lijek koji je uvršten u listu lijekova HZZO-a i HZZO, ovdje naručitelja (čl. 186. st. 3. Zakona o lijekovima). No kada se opskrba odvija putem paralelnog prometa, nositelj odobrenja ne može znati postoje li okolnosti koje mogu dovesti do poremećaja opskrbe.

Nakon što je na hrvatskom tržištu stavio lijek u promet, nositelj odobrenja ima obvezu osigurati pravodobnu, trajnu i primjerenu opskrbu hrvatskog tržišta lijekom (čl. 3. st. 1. toč. 85., čl. 120. i čl. 186. Zakonom o lijekovima), ističe žalitelj, a da bi to mogao, mora moći pratiti stanje potrošnje i zaliha te planirati proizvodne kapacitete i rokove, što mu omogućava isključivo suradnja s veleprodajom s kojom je poslovno povezan.

Da trošak posebno skupog lijeka ne bi teretio bolnički budžet, nego posebna sredstva HZZO-a za skupe lijekove, nositelj odobrenja treba uz zahtjev za uvrštenje na Osnovnu listu lijekova tražiti i uvrštenje u Popis, a uz to mora s HZZO-om sklopiti poseban ugovor kojim se uređuje cijena lijeka koju će plaćati HZZO te odnos financiranja za taj lijek i za indikaciju između nositelja odobrenja i HZZO-a (čl. 19.a. st. 4. u vezi s čl. 19. st. 1. i 2. Pravilnika o listi lijekova). Tim se ugovorom reguliraju dodatne uštede za HZZO u odnosu na cijenu lijeka na Osnovnoj listi lijekova. Zahtjev za uvrštenje u listu može podnijeti nositelj odobrenja za stavljanje lijeka u promet (čl. 191. Zakona o lijekovima), a nije predviđeno da to učini paralelni distributer niti da s njim HZZO sklopi ugovor o financiranju lijeka, ističe žalitelj. HZZO ne može ostvariti svoja prava iz ugovora o financiranju lijeka, ako je u javnoj nabavi lijek nabavila iz drugog distribucijskog lanca.

Žalitelj dalje navodi da se cijene zdravstvenih usluga za posebno skupe lijekove primijenjene u vrijeme bolničkog liječenja osiguranih osoba utvrđuju u skladu s cijenama iz ugovora o financiranju lijekova (članci 99. st. 1. i 102. Odluke o osnovama za sklapanje ugovora o provođenju zdravstvene zaštite iz obveznog zdravstvenog osiguranja). Ova odredba zajedno s odredbama iz Pravilnika o listi lijekova treba proizvesti sljedeći ishod, ističe žalitelj: - nositelj odobrenja dužan je osigurati da s njime poslovno povezana veleprodaja lijekova prodaje zdravstvenim ustanovama lijek po cijeni koju je nositelj odobrenja ugovorio s naručiteljem ugovorom o financiranju, da bi lijek uopće bio na Popisu i dostupan bolesnicima (tzv

„PSL cijena“); zdravstvena ustanova u računu koji izdaje naručitelju mora za primijenjeni lijek obračunati PSL cijenu, a ne cijenu iz ugovora o javnoj nabavi, ako je viša od PSL cijene. Međutim, zdravstvena ustanova koja s odabranim ponuditeljem sklopi ugovor na temelju Okvirnog sporazuma ne može zahtijevati prodaju lijeka po cijeni iz ugovora o financiranju lijekova, jer nije ugovorna strana ugovora o financiranju, a ugovorom s odabranim ponuditeljem prihvatila je cijenu ponuđenu u postupku javne nabave. S druge strane naručitelj ne može preko nositelja odobrenja nametnuti da se primijeni cijena iz ugovora o financiranju lijeka, ako odabrani ponuditelj nije poslovno povezan s nositeljem odobrenja. Ugovor o financiranju lijeka neophodan je stoga za dostupnost posebno skupog lijeka bolesnicima te da HZZO može ostvariti svoja prava i potraživanja prema nositelju odobrenja odnosno njegovom ovlaštenom predstavniku.

Žalitelj navodi da je paralelni distributer u povoljnijem položaju u odnosu na nositelja odobrenja koji ima dodatne financijske obveze, temeljem ugovora o financiranju lijeka (PSL cijena). Dalje ističe da uvažavanje posebnih obveza koje proizlaze iz prisilnih propisa ne može predstavljati diskriminaciju. Upravo suprotno, diskriminacija postoji u odnosu na nositelja odobrenja, ako se te dodatne obveze ne vrednuju u postupku javne nabave, ističe žalitelj.

Žalitelj upućuje na zaključke iz rješenja Agencije za tržišno natjecanje, KLASA: UP/I 034-03/22-03/015, URBROJ: 580-10/141-2023-018 od 9. lipnja 2023. o tome da posebni propisi imaju prednost pred propisima o tržišnom natjecanju, koje tumačenje, smatra relevantnim i u ovom slučaju jer naručitelj ne može ignorirati obveze iz posebnih propisa da bi primijenio opća pravila tržišnog natjecanja u postupku javne nabave.

Potom žalitelj ukazuje kako je tijekom 2024. g. paralelni distributer više puta Agenciji za lijekove i medicinske proizvode (HALMED) prijavio nestašice lijekova čiju je prikladnu i neprekinutu opskrbu u što kraćem roku bio dužan osigurati na temelju čl. 118. st. 2. i čl. 186. st. 1. Zakona o lijekovima, kao i na temelju Okvirnih sporazuma. Kao razlog nestašice navedeno je slijedeće: „razlog povezan s distribucijom“ ili „komercijalni razlog“. Navedenom prilaže snimku ekrana s tablicom o evidentiranoj nestašici lijekova. Dakle, odabrani ponuditelj nije mogao od paralelnog distributera nabaviti navedene lijekove za vrijeme nestašice koju je prouzročio paralelni distributer svojim poslovnim modelom nabave tih lijekova, no kod nositelja odobrenja odnosno proizvođača nije bilo nestašice tih lijekova. Da ne bi nastala šteta pacijentima, zdravstvene ustanove naručile su u tim okolnostima potrebne količine od žalitelja, veleprodaje povezane s nositeljem odobrenja, a žalitelj u tom slučaju nije bio dužan prodati lijek po cijeni iz odabrane ponude. Kako su te isporuke bile po višoj cijeni i bez primjena pogodnosti iz ugovora o financiranju, i zdravstvene ustanove izgubile su planirane uštede, a naručitelj je bio na znatnom gubitku. Prilaže i dokaze o nekoliko slučajeva kad je isporučio lijek za koji nije bio odabrani ponuditelj, jer odabrani ponuditelj nije mogao osigurati urednu isporuku. Time je naručitelj ostao bez naplate značajnih financijskih sredstava, čime se dovela u pitanje financijska opravdanost tako provedenog postupka javne nabave.

Žalitelj se poziva na rješenje DKOM, Klasa: UP/II-034-02/17-01/731, Urbroj: 354-01/17-7 od 6. prosinca 2017. u kojem je navedeno: „naručitelj ima slobodu odrediti pondere i bodovati određene kriterije, ovisno o tome što smatra ključnim za

odabir ekonomski najpovoljnije ponude, odnosno važnim za odluku o tome koja je ponuda za naručitelja najisplativija". Ističe da se isplativost u konkretnim okolnostima mora vrednovati s obzirom na posebne propise o cijenama lijekova, uvjete da bi lijek bio uvršten u Popis i dostupan pacijentima na teret sredstava HZZO-a za posebno skupe lijekove. Uvažavanje posebnih propisa, pa tako i važenja ugovora o financiranju i njegovog smisla i provedivosti, ne predstavlja neopravdanu prepreku niti diskriminaciju, nego upravo kriterij bez kojeg nadmetanje ne može biti učinkovito odnosno isplativo, zaključno ističe žalitelj.

U odgovoru na žalbu naručitelj skreće pozornost da su u istom predmetu nabave za veći dio žalbenih navoda već ranije donesena Rješenja Državne komisije i to KLASA: UP/II-034-02/23-01/535, URBROJ: 354-02/9-23-11 i KLASA: UP/II-034-02/23-01/534 URBROJ: 354-02/9-23-12 te presude VUS-a Poslovni broj: UsII-1/24-10 i UsII-4/24-8. Navodi da je prilikom prvog od dva prethodna savjetovanja kao jedan od dodatnih kriterija predvidio Dodatni kriterij 1 - Izjava nositelja odobrenja kojom se dokazuje poslovna povezanost ponuditelja s nositeljem odobrenja za grupu predmeta nabave za koju se nudi (dalje u tekstu: Dodatni kriterij). Međutim, obzirom je u prethodnom postupku javne nabave VUS u svojoj presudi Posl. Br. UsII-4/24-8 u točki 18. utvrdio da naručitelj nije propisao u DON-u da ponuditelj mora biti nositelj odobrenja ili ovlašteni predstavnik nositelja odobrenja koji s naručiteljem ima sklopljen ugovor o financiranju lijeka jer bi to bilo u koliziji s temeljnim načelima Zakona o javnoj nabavi kao i sa člankom 284. i 285. Zakona o javnoj nabavi, gdje jasno stoji da kriteriji za odabir ponude ne smiju biti diskriminirajući te moraju biti povezani s predmetom nabave (u ovom slučaju lijeka) te moraju omogućiti učinkovito nadmetanje te jer isti nije usko povezan s kvalitetom samog predmeta nabave. Naručitelj je prije same objave postupka proveo prethodno savjetovanje u razdoblju od 28.11.2024. godine do 10.12.2024. godine u kojem prijedlogu dokumentacije o nabavi kao i u samoj objavi nije naveden Dodatni Kriterij. Iz navedenog je jasno da naručitelj nepropisivanjem Dodatnog Kriterija u DON-u nije derogirao niti jedan prisilni propis iz Zakona o lijekovima, Zakona o obveznom zdravstvenom osiguranju niti podzakonskih propisa donesenih temeljem navedenih zakona.

Odredba da lijek mora biti na Popisu posebno skupih lijekova HZZO-a u trenutku otvaranja i za cijelo vrijeme trajanja okvirnog sporazuma proizlazi iz toga da sam lijek mora biti na listi lijekova PSL. Naravno da nitko od ponuditelja, kao niti sam naručitelj, ne mogu znati hoće li neki lijek biti na listi PSL lijekova za cijelo vrijeme trajanja ugovora, ističe naručitelj. Kao što je i utvrđeno u presudi VUS-a za odlučivanje u ovom postupku nabave odlučna je činjenica, ističe naručitelj, da se lijek nalazi na listi lijekova u trenutku otvaranja ponuda te da isti ima važeće odobrenje za stavljanje u promet dana od Agencije za lijekove i medicinske proizvode (HALMED) ili Europske komisije (EK). Navod da bi isključivo nositelj odobrenja trebao imati pravo na distribuciju lijeka je u potpunoj suprotnosti sa načelima javne nabave, načelom tržišnog natjecanja i same biti Zakona o javnoj nabavi, ističe naručitelj.

Dalje navodi da za donošenje odluke o odabiru u predmetnom postupku javne nabave, nisu mjerodavne odredbe iz Pravilnika o mjerilima za stavljanje lijekova na listu lijekova Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje kao i načinu utvrđivanja cijena lijekova koje će plaćati Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje te načinu izvještavanja o njima (33/2019, 72/2023, 87/2023 u daljnjem tekstu: Pravilnik), a time ni činjenica tko ima ugovor o financiranju predmetnoga lijeka nije od odlučnoga

značaja, jer se odredbe Pravilnika odnose na proceduru stavljanja lijeka na Popis posebno skupih lijekova HZZO-a.

Nadalje navodi da predstavnik nositelja odobrenja kao nositelj obveza iz ugovora o financiranju lijekova koji su predmet nabave nije jedini i isključivo ovlašteni ponuditelj u ovom postupku javne nabave jer bi isto značilo narušavanje temeljnih načela Zakona o javnoj nabavi, prije svih i načelo tržišnog natjecanja, načelo jednakog tretmana te načelo zabrane diskriminacije. U takvom slučaju provođenje otvorenog postupka javne nabave ne bi bilo potrebno, već bi se za navedene grupe predmeta nabave provodio pregovarački postupak bez prethodne objave.

Članak 113. Zakona o lijekovima ("Narodne novine" br. 76/13, 90/14 i 100/18) koji je lex generalis u ovom slučaju u Republici Hrvatskoj, propisuje da u prometu može biti osim lijeka koji ima odobrenje za stavljanje u promet, i lijek koji ima odobrenje za paralelni promet. Dakle, čak i pod pretpostavkom da je lijek iz paralelnog prometa predmet ponude Odabranog ponuditelja svejedno je zadovoljen uvjet da lijek (1) ima važeće odobrenje za stavljanje lijeka u promet u Republici Hrvatskoj. Isto je potvrdio i sam žalitelj tijekom prošlog žalbenog postupka kada je istaknuo da „taj lijek iz paralelnog prometa suštinski udovoljava uvjetima iz troškovnika”.

Vežano uz žalbeni navod o nejednakom tretmanu, naručitelj napominje kako žalitelj niti jednim dokazom ne potkrepljuje svoje tvrdnje. Naručitelj iznova ponavlja da bi postupajući po navodima žalitelja i dozvoljavajući podnošenje ponuda isključivo žalitelju postupio protivno DON-u te načelima Zakona o javnoj nabavi, posebice načelu tržišnog natjecanja. Argument žalitelja da bi samo na temelju poslovnog odnosa s nositeljem odobrenja imao isključivo pravo trgovanja lijekom za naručitelja u potpunosti je neprihvatljiv iz gore navedenih razloga.

Naručitelj napominje da je žalitelj pojasnio dio načina uvrštenja lijeka na listu lijekova i obavještanja o poremećajima, što nije predmet nabave, u ovom slučaju. Naime, predmet nabave je nabava lijekova sa Popisa posebno skupih lijekova HZZO-a, ne način uvrštenja lijeka na listu lijekova i odredbe o sigurnosti opskrbe lijeka koje su propisane Zakonom o lijekovima.

Vežano uz navod da nositelj odobrenja odlučuje o uvrštenju lijeka na listu lijekova naručitelj napominje da isto ne odgovara istini. Naime, članak 28. Pravilnika propisuje da odluku o zahtjevima iz članka 12. Pravilnika donosi isključivo Upravno vijeće Zavoda. Upravno vijeće Zavoda donosi i odluku o stavljanju lijekova na Popis i brisanju lijekova s Popisa.

Naručitelj u daljnjem očitovanju ističe kako žalitelj ponovo ne iznosi relevantne žalbene navode, već komentira situaciju na tržištu lijekova i zagovara potrebu za financijskim ugovorima koji, nemaju utjecaj na provedbu postupka javne nabave. Kao što je ranije navedeno, Dodatni kriterij čije uvođenje zahtijeva žalitelj nije usko povezan s kvalitetom samog proizvoda lijeka, već isključivo s poslovnim odnosima nositelja odobrenja, čime se povećavaju troškovi zdravstvenog sustava. Prema Zakonu o javnoj nabavi, svi kriteriji moraju biti jasno definirani, proporcionalni i povezani s predmetom nabave, što u slučaju ovog predloženog kriterija nije ostvareno, ističe naručitelj. Također, naručitelj napominje da je žalitelj podnio žalbu na objavljenu dokumentaciju, a u žalbenim navodima poziva se na Dodatni kriterij koji nije sastavni dio objavljene dokumentacije o nabavi koja je predmet ovog žalbenog postupka.

Naručitelj nadalje navodi da žaliteljevo upućivanje na zaključak Agencije za tržišno natjecanje nije povezano s ovim predmetom nabave. Ističe da mu je cilj provesti nabavu lijekova na način da dobije ekonomski najpovoljniju ponudu koji je istovremeno kvalitetan i dostupan pacijentima, pritom ne favorizirajući gospodarske subjekte koji imaju poslovnu povezanost sa nositeljima odobrenja, čime bi se paralelni distributeri eliminirali iz samog postupka nabave odnosno bili bi u podređenom položaju usprkos svome zakonitom poslovanju. Također, vezano uz navode o izvršenju trenutnih ugovora, naručitelj napominje da oni nisu predmet ovog postupka nabave, ali iz opreza ističe da su određeni lijekovi tijekom izvršavanja ugovora brisani s Popisa posebno skupih lijekova HZZO-a pri čemu je dobavljač brisanih lijekova bio sam žalitelj. Slijedom navedenog razvidno je da na mogućnost brisanja lijeka s liste ne mogu utjecati ni žalitelj ni ostali zainteresirani gospodarski subjekti, ističe naručitelj. Nadalje, naručitelj je u članku 14. Prijedloga okvirnog sporazuma precizno definirao odredbe koje se odnose na naplatu jamstva za uredno ispunjenje ugovora te naknadu štete u slučajevima neispunjenja ugovornih obveza, kašnjenja u isporuci, prekida isporuke i povrede zakonskih propisa. Iz tako formuliranih odredbi nedvojbeno proizlazi da je naručitelj sustavno i pravno utemeljeno osigurao zaštitu svojih interesa u slučaju bilo kakvog propusta ili neispunjenja obveza od strane odabranog isporučitelja.

Ocjenjujući osnovanost ovih žalbenih navoda utvrđeno je da je dijelu dokumentacije o nabavi - Upute za ponuditelje, pod nazivom Način određivanja cijene ponude, između ostalog propisano: „Lijek mora biti na Popisu posebno skupih lijekova HZZO-a u trenutku otvaranja ponuda i za cijelo vrijeme trajanja Okvirnog sporazuma i pojedinačnih ugovora sklopljenih temeljem Okvirnog sporazuma.“. Navedene odredbe propisane su i u članku 5. Prijedloga okvirnog sporazuma, koji je sastavni dio DON-a.

U žalbenom je postupku utvrđeno da je naručitelj u dijelu dokumentacije o nabavi - Kriterij za odabir ponude odredio da je kriterij za odabir ponude ekonomski najpovoljnija ponuda (ENP) temeljem osnovnog kriterija cijene - 90 bodova i dodatnog kriterija Implementirani sustav upravljanja okolišem prema normi ISO 14001 (oznaka hrvatske norme HRN EN ISO 14001) (ISUO)- 10 bodova.

Žalitelj se poziva u žalbi na slijedeće odredbe posebnih propisa. Prije svega na Zakon o lijekovima (Narodne novine, br. 76/13, 90/14 i 100/18; dalje u tekstu: Zakon o lijekovima), koji u članku 22. propisuje da odobrenje za stavljanje lijekova u promet u Republici Hrvatskoj daje Agencija za lijekove i medicinske proizvode ili Europska komisija. Prema članku 113. zakona u Republici Hrvatskoj, može biti u prometu samo onaj lijek koji ima odobrenje za stavljanje lijeka u promet sukladno članku 22. stavku 1. toga zakona te lijek koji ima odobrenje za paralelni uvoz ili odobrenje za paralelni promet.

Prema uvjetima iz članka 115. Zakona o lijekovima zdravstvene ustanove lijekovima može opskrbljivati: a) veleprodaja sa sjedištem u Hrvatskoj, b) veleprodaja sa sjedištem u drugoj članici Europske unije, koja je početak obavljanja djelatnosti na području Hrvatske prijavila Agenciji za lijekove i medicinske proizvode (HALMED) ili c) proizvođač iz Hrvatske ili Europske unije za svoje proizvode. Prema članku 193. stavku 1. toga Zakona nadzor nad provedbom odredbi zakona vezano uz lijekove, ispitivane lijekove, djelatne i pomoćne tvari, osobito nadzor nad ispitivanjem, izradom, prometom, posredovanjem, provjerom kakvoće te oglašavanjem o lijeku obavlja farmaceutska inspekcija Ministarstva. Stavkom 2. istog članka zakona

propisano je da nadzor nad provedbom odredbi tog zakona vezano uz nadzor nad proizvodnjom lijekova, ispitivanih lijekova, djelatnih i pomoćnih tvari te nadzor nad farmakovigilancijom obavlja inspekcija Agencije.

Za ocjenu osnovanosti ovog žalbenog navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 4. stavka 1., 2. i 3., članka 203., članka 205. stavka 1. i 2., članka 206. stavka 2., članka 218. stavka 1. i 2., članka 285., članka 399. stavka 3. te članka 403. ZJN 2016. Posebno se ističe da je člankom 4. stavkom 1. ZJN 2016 propisano da je naručitelj u primjeni tog Zakona u odnosu na sve gospodarske subjekte obavezan poštovati načelo slobode kretanja robe, načelo slobode poslovnog nastana i načelo slobode pružanja usluga te načela koja iz toga proizlaze, kao što su načelo tržišnog natjecanja, načelo jednakog tretmana, načelo zabrane diskriminacije, načelo uzajamnog priznavanja, načelo razmjernosti i načelo transparentnosti. Odredbom članka 4. stavak 3. ZJN 2016 propisano je da je naručitelj obavezan primjenjivati odredbe ZJN 2016 na način koji omogućava učinkovitu javnu nabavu te ekonomično i svrhovito trošenje javnih sredstava.

Na podlozi utvrđenog činjeničnog stanja proizlazi da među strankama nije sporno da je predmet nabave nabava posebne skupine lijekova za 28 zdravstvenih ustanova u Republici Hrvatskoj i da je naručitelj pod odredbom Način određivanja cijene ponude propisao da lijek mora biti na Popisu posebno skupih lijekova HZZO-a u trenutku otvaranja ponuda i za cijelo vrijeme trajanja Okvirnog sporazuma i pojedinačnih ugovora sklopljenih temeljem Okvirnog sporazuma. Žalitelj osporava sadržaj dokumentacije o nabavi u smislu dokazivanja navedenog uvjeta odnosno tvrdi da nije propisano čime će ponuditelj dokazati da će taj uvjet biti ispunjen. Dakle, žalitelj u bitnome smatra da nedostaju odredbe koje bi nalagale ponuditelju da dokaže da će lijek biti na Popisu posebno skupih lijekova HZZO-a u naznačenom vremenskom periodu.

S tim u svezi potrebno je navesti da iz navedenih odredbi ZJN 2016 proizlazi da naručitelj unutar dopuštenog zakonskog okvira slobodno određuje i opisuje predmet nabave u skladu sa svojim potrebama. Naručitelj je prilikom izrade dokumentacije o nabavi i svih njezinih sastavnih dijelova dužan voditi računa da se ne krši načelo zabrane diskriminacije, načelo jednakog tretmana i načelo uzajamnog priznavanja, koja načela su osnovna načela javne nabave.

U konkretnom slučaju naručitelj je opisao predmet nabave u okviru svoje ovlasti propisane ZJN 2016 te je jasno naveo da nabavlja lijekove s Popisa posebno skupih lijekova HZZO-a. Stoga ovo tijelo, suprotno mišljenju žalitelja, nije utvrdilo nezakonitosti u osporavanim odredbama dokumentacije o nabavi u smislu da je naručitelj propustio odrediti čime će ponuditelj dokazati da će lijek biti na Popisu posebno skupih lijekova HZZO-a u naznačenom vremenskom periodu, jer je naručitelj taj koji dokumentacijom o nabavi određuje uvjete i zahtjeve vezane u predmet nabave, a ZJN 2016 ne obvezuje naručitelja da traži dokaz o ispunjavanju svih uvjeta i zahtjeva iz dokumentacije o nabavi.

Potrebno je navesti da ne postoji zahtjev u dokumentaciji o nabavi koji se odnosi na vezu gospodarskog subjekta koji trguje lijekom sa samim lijekom, već se zahtjev iznosi samo u odnosu na lijek koji mora biti na traženoj listi, slijedom čega se, protivno mišljenju žalitelja, naručitelj pridržavao načela javne nabave iz članka 4. ZJN 2016, budući je omogućio ravnopravno sudjelovanje zainteresiranih gospodarskih subjekata.

Žalitelj dalje smatra da je odredba da lijek mora biti na Popisu posebno skupih lijekova HZZO-a trebala biti navedena ili kao kriterij za odabir ponude ili pod uvjetima ili zahtjevima koji moraju biti ispunjeni sukladno posebnim propisima ili stručnim pravilima. S tim u svezi potrebno je navesti da je cilj i svrha određivanja kriterija za odabir ekonomski najpovoljnije ponude da naručitelj u postupku javne nabave uz odabir ponuditelja koji udovoljava svim propisanim uvjetima sposobnosti gospodarskog subjekta, odabere ponudu koja nudi veću kvalitetu, a što ocjenjuje i utvrđuje temeljem kriterija za odabir ponude koje je odredio dokumentacijom o nabavi. ZJN 2016, uređujući način odabira ponude određuje kriterije za odabir ekonomski najpovoljnije ponude na način da člankom 284. stavkom 2. primjerice navodi što mogu obuhvaćati kriteriji za odabir ponude, dok člankom 285. ZJN 2016 određuje da kriteriji za odabir ponude ne smiju biti diskriminirajući, moraju biti povezani s predmetom nabave te moraju omogućiti učinkovito nadmetanje. Time što naručitelj nije odredio necjenovni kriterij na koji upućuje žalitelj (poslovna povezanost ponuditelja s nositeljem odobrenja) ne znači da je postupio protivno ZJN 2016 jer naručitelj je taj koji dokumentacijom o nabavi, u okviru zakonskih pravila, određuje kriterije za odabir ponude, njihove relativne pondere te način na koji se kriteriji boduju, uz ograničenja koja propisuje ZJN 2016.

Nadalje, članak 218. stavak 1. ZJN 2016 propisuje da javni naručitelj može odrediti posebne uvjete vezane uz izvršenje ugovora, pod uvjetom da su oni povezani s predmetom nabave u smislu članka 285. stavka 2. ovoga Zakona i navedeni u pozivu na nadmetanje ili dokumentaciji o nabavi. Stavkom 2. članka 218. ZJN 2016 propisano je da uvjeti iz stavka 1. ovoga članka mogu uključivati ekonomske, okolišne, društvene značajke ili značajke povezane s inovacijama ili zapošljavanjem. Člankom 2. stavkom 1. točkom 7. alinejom 18. Pravilnika o DON-u propisano je da dokumentacija o nabavi sadrži posebne uvjete za izvršenje ugovora ili okvirnog sporazuma. Žaliteljeve tvrdnje da je naručitelj odredbu dokumentacije o nabavi prema kojoj lijek mora biti na Popisu posebno skupih lijekova HZZO-a trebao odrediti kao uvjet ili zahtjev koji mora biti ispunjen sukladno posebnim propisima ili stručnim pravilima, ocjenjuju se neosnovanim, jer je naručitelj taj koji može odrediti posebne uvjete vezane za izvršenje ugovora ili okvirnog sporazuma, to je njegovo diskrecijsko pravo, pa mu ponuditelji u tom pogledu ne mogu nametati nikakve obveze.

Vezano za žaliteljeve navode o načinu stavljanja lijekova na listu lijekova HZZO-a i na Popis posebno skupih lijekova (dalje PSL lista), kao i načinu utvrđivanja cijene lijekova koje će plaćati Zavod, potrebno je navesti da je postupak stavljanja lijekova na listu lijekova/PSL listu i postupak javne nabave lijekova dva različita i međusobno neovisna postupka. U predmetom postupku javne nabave radi se o postupku nabave lijekova s PSL liste koju vodi Zavod, a ne o postupku stavljanja lijeka na listu i drugim obvezama koje proizlaze iz ugovornog odnosa Zavoda i nositelja odobrenja za stavljanje lijekova u promet, što je regulirano Zakonom o lijekovima i podzakonskim propisima, na koje upućuje žalitelj. S tim u svezi potrebno je navesti da je kontrola primjene Zakona o lijekovima, u nadležnosti inspekcije Ministarstva i inspekcije Agencije, a ne u nadležnosti ovog tijela.

Ujedno, vezano za tvrdnju žalitelja da samo ponuditelj koji je poslovno povezan s nositeljem odobrenja može garantirati da će lijek biti na Popisu posebno skupih lijekova i za cijelo vrijeme trajanja Okvirnog sporazuma i pojedinačnih ugovora sklopljenih temeljem Okvirnog sporazuma, ovo tijelo ističe da iz samog Pravilnika proizlazi da Upravno vijeće Zavoda odlučuje o brisanju lijekova s liste lijekova temeljem prethodno pribavljenog mišljenja Povjerenstva u propisanim slučajevima. Dakle, lijek ne ostaje na listi lijekova isključivo voljom nositelja odobrenja već

isključivo Odlukom Upravnog vijeća HZZO-a. Drugim riječima, na mogućnost brisanja lijeka s liste ne mogu utjecati ni žalitelj ni ostali zainteresirani gospodarski subjekti. Stoga se predmetna odredba dokumentacije o nabavi o obvezi da lijek bude na Popisu posebno skupih lijekova za cijelo vrijeme trajanja Okvirnog sporazuma i pojedinačnih ugovora sklopljenih temeljem Okvirnog sporazuma, ne može nikako tumačiti u smislu da bi ponuditelj trebao u fazi podnošenja ponude dokazivati takvu buduću činjenicu. Protivno navedenom, stav je žalitelja da je naručitelj trebao odrediti dokaz kojima bi se dokazivao taj zahtjev, što ovo tijelo smatra neosnovanim.

U odnosu na tvrdnje žalitelja da je ponuditelj koji je povezan s nositeljem odobrenja u odnosu na ponuditelja koji nabavlja lijek iz paralelnog prometa, financijski opterećen s obzirom da njegova cijena lijeka odražava financijske obveze nositelja odobrenja/ovlaštenog predstavnika, temeljem sklopljenih Ugovora o financiranju, ističe se da su u pitanju subjektivne okolnosti koji proizlaze iz njegove poslovne odluke da lijekove nabavlja od nositelja odobrenja/ovlaštenog predstavnika, a što je irelevantno s aspekta provođenja postupka javne nabave. Stoga se ne može govoriti o tome da je ponuditelj koji je poslovno povezan s nositeljem odobrenja diskriminiran u postupanju u odnosu na ponudu i status ponuditelja koji nude lijek iz paralelnog prometa.

Nadalje, potrebno je navesti da se odredba o obvezi da je lijek na Popisu posebno skupih lijekova kako u trenutku otvaranja ponude tako i za cijelo vrijeme trajanja okvirnog sporazuma odnosi i na fazu izvršenja ugovora, a u kojoj fazi, u slučaju neurednog izvršenja ugovora, naručitelj raspolaže određenim institutima. Tako je u konkretnom slučaju u Prijedlogu okvirnog sporazuma propisano pravo naručitelja na naplatu jamstva za ispunjenje Okvirnog sporazuma uslijed neizvršavanja ili neurednog izvršavanja Okvirnog sporazuma, kao i pravo na raskid ugovora.

Slijedom svega navedenog, postupajući u okviru izjavljenog žalbenog navoda, ovo tijelo ocjenjuje da odredbe dokumentacije o nabavi (u kojima u konkretnom slučaju nisu propisani sporni elementi koje ističe žalitelj) nisu u suprotnosti sa odredbama ZJN 2016 na način kako to žalitelj navodi, pa je žalbeni navod ocijenjen neosnovanim.

Žalitelj navodi da je odredbama o odgovornosti u Okvirnom sporazumu povrijeđeno načelo jednakog tretmana i zabrane diskriminacije te razmjernosti, u korelaciji s obvezama na temelju posebnih propisa, jer se isporučitelja, a posredno i paralelnog distributera od kojeg nabavlja lijek, dovodi u povoljniji položaj time što ih se ekskulpira od odgovornosti za defekturu (nestašicu) lijeka, bez obzira na razloge defektуре. Navodi da su proturječne odredbe članka 6. sa člancima 8., 10. i 11. Okvirnog sporazuma, jer bi se na temelju čl. 6. moglo zaključiti da isporučitelj za nestašicu nije odgovoran, ako je pravodobno prijavi, pa onda ne može ni doći do naplate jamstva iz članka 8. i raskida na temelju članaka 10. i 11. pozivanjem na okolnost da lijek nije isporučen u dogovorenim rokovima, tj. opskrba lijekom nije uredna, pa da je isporučitelj povrijedio ugovorne obveze. Naručitelj se takvim odredbama Okvirnog sporazuma izlaže višestrukom riziku da se neće postići svrha javne nabave, jer će lijek morati nabaviti drugim putem, skuplje, i neće se moći naplatiti iz jamstva niti će moći tražiti punu naknadu štete. Žalitelj ističe da time naručitelj postupa protivno obvezi da odredbe Zakona o javnoj nabavi primijeni na način koji omogućava učinkovitu javnu nabavu te ekonomično i svrhovito trošenje

javnih sredstava. Članak 6. uopće ne predviđa da defektura, tj. nestašica može nastupiti i iz drugih razloga, a ne samo razloga na strani proizvođača, ističe žalitelj. Formulacija odredbe je takva da se čini da obvezu prijave ima isključivo proizvođač, a ako on to propusti, dovoljno je da isporučitelj to sam prijavi. Pritom žalitelj napominje da iz Okvirnog sporazuma nije razumljivo bi li se nestašica na hrvatskom tržištu koju prouzroči isporučitelj i/ili paralelni distributer zbog komercijalnih ili organizacijskih razloga smatrala okolnošću koja opravdava raskid i naplatu jamstva iz članka 10. stavka 3. jer isporučitelj nije u mogućnosti osigurati kontinuitet isporuke lijeka i razlogom za raskid iz članka 11. stavka 1. jer ne osigurava isporuku u traženim rokovima.

Žalitelj ističe da nestašica prema odredbama Uredbe (EU) 2022/123 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. siječnja 2022. o pojačanoj ulozi Europske agencije za lijekove u pripravnosti za krizne situacije i upravljanju njima u području lijekova i medicinskih proizvoda može biti uzrokovana bilo kojim poremećajem u lancu opskrbe te nije nužno vezana uz proizvođača, a pogotovo ne kad proizvođač redovno isporučuje lijek, ali ga paralelni distributer ne isporučuje uredno jer nema dovoljno viškova na tržištima s nižom cijenom (ne nužno ukupno nižom cijenom, kad se uzme u obzir i ugovor o financiranju lijeka) s kojih tržišta on nabavlja lijek. Kad bi isporučitelj npr. bio jedan od više isporučitelja koji imaju sklopljen Okvirni sporazum za nabavu posebno skupog lijeka za godinu dana, rizik od njegovih propusta bio bi ublažen. No s obzirom da naručitelj sklapa Okvirni sporazum za predmet nabave samo s jednim isporučiteljem, propusti isporučitelja da osigura neprekinutu i pravodobnu opskrbu tim su teži, osobito jer se radi o teškim bolestima i lijekovima koji nemaju zamjenu. Stoga bi naručitelj trebao razmotriti opciju da povrede obveze opskrbe, tj. od strane isporučitelja skrivljene nestašice, kvalificira kao teški profesionalni propust i razlog za isključenje iz članka 254. stavka 1. točke 3. Zakona o javnoj nabavi, jer veleprodaja koja daje ponudu za posebno skupi lijek, a nije poduzela sve potrebne mjere s pažnjom dobrog gospodarstvenika da osigura urednu opskrbu, očito postupa nesavjesno, špekulirajući da će nabaviti po jeftinijoj cijeni i zaraditi na razlici.

U odgovoru na žalbu naručitelj navodi da su se odredbe Okvirnog sporazuma na koje se poziva žalitelj primjenjivale i u prethodnim postupcima na koje žalitelj do sada nije imao prigovor. Naručitelj je navedene odredbe propisao u skladu sa svojim potrebama i u skladu sa Zakonom o javnoj nabavi i Zakonom o obveznim odnosima (Narodne novine, broj 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22 i 155/23, dalje u tekstu: ZOO). Naručitelj smatra kako je dokumentacija o nabavi izrađena u skladu sa člankom 200. ZJN 2016 na način da je ista jasna, precizna, razumljiva, nedvojbeno te izrađena na način da omogući podnošenje usporedivih ponuda. Ukoliko su navedene odredbe sporne naručitelj se pita zašto je žalitelj pristao iste odredbe potpisati u postojećem okvirnom sporazumu.

Radi ocjene žalbenog navoda potrebno je navesti odredbe Prijedloga Okvirnog sporazuma, pa je tako člankom 6. kojim je regulirano mjesto i rokovi isporuke lijekova, između ostalog propisano, da u slučaju defektуре nekog od ugovorenog lijeka, isporučitelj se obvezuje pravodobno obavijestiti naručitelja i zdravstvenu ustanovu/korisnika o istome. Uz obavijest, isporučitelj je dužan podnijeti dokaz o prijavi proizvođača o defekturi i to: - u slučaju defektуре prijavljene Hrvatskoj

agenciji za lijekove i medicinske proizvode (HALMED) i objavljene na internetskoj stranici HALMEDA - dokaz o prijavi proizvođača o defekturi; - u slučaju defektura koju proizvođač nije (pravodobno) prijavio HALMEDU – izjavu isporučitelja u privitku koje se nalazi obavijest/izjava proizvođača o trenutnoj nedostupnosti lijeka. Dalje je propisano da u slučaju pravovremene obavijesti isporučitelja, nemogućnost isporuke lijeka u defekturi neće se smatrati povredom ugovornih obveza od strane isporučitelja, već će se na takve slučajeve odgovarajuće primjenjivati odredbe ZOO koje se odnose na izmjenu ili raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti.

Članak 8. Prijedloga okvirnog sporazuma se odnosi na jamstvo za uredno ispunjenje okvirnog sporazuma u obliku bankarske garancije ili zadužnice ili bjanko zadužnice na predviđeni iznos odnosno do predviđenog iznosa solemnizirane kod javnog bilježnika ili u obliku novčanog pologa ili bankarske garancije u iznosu od 10% ugovorene vrijednosti Okvirnog sporazuma bez PDV-a za slučaj povrede ugovornih obveza. Navedenom odredbom je propisano da će naručitelj jamstvo za ispunjenje Okvirnog sporazuma, naplatiti za slučaj: - neizvršavanja ili neurednog izvršavanja Okvirnog sporazuma, - odbijanja sklapanja ugovora o javnoj nabavi na temelju Okvirnog sporazuma od strane isporučitelja.

Članak 10. Prijedloga okvirnog sporazuma, koji regulira raskid okvirnog sporazuma, propisuje da naručitelj može raskinuti sklopljeni Okvirni sporazum, između ostalog, i u slučaju ako je do raskida došlo zbog neizvršavanja ugovornih obveza od strane isporučitelja. Dalje je propisano da naručitelj ima pravo na jednostrani raskid okvirnog sporazum i u svim slučajevima propisanim člankom 11. okvirnog sporazuma (raskid ugovora). Ako isporučitelj nije u mogućnosti osigurati kontinuitet isporuke lijeka iz okvirnog sporazuma, naručitelj može jednostrano izjaviti jednostrani raskid okvirnog sporazuma te naplatiti jamstvo za uredno ispunjenje okvirnog sporazuma.

Članak 11. Prijedloga okvirnog sporazuma, koji regulira slučajeve raskida ugovora, propisuje da, između ostalog, korisnik ima pravo na jednostrani raskid Ugovora sklopljenog na temelju Okvirnog sporazuma i prije isteka roka važenja u slučaju ako isporučitelj ne osigura isporuku lijeka tražene kvalitete ili u ugovorenim rokovima.

Mjerodavne zakonske odredbe članka 4. i članka 403. ZJN 2016, prethodno su navedene u rješenju.

Iz opisanog činjeničnog stanja proizlazi da su člankom 6. Prijedloga okvirnog sporazuma regulirani slučajevi defektura, tj. nestašica koja nastupa iz razloga na strani proizvođača, a ne iz razloga na strani isporučitelja. Ovo tijelo suprotno shvaćanju žalitelja, ne smatra da je formulacija odredbe članka 6. Prijedloga okvirnog sporazuma takva da se isporučitelj ekskulpira od odgovornosti za defekturu (nestašicu) lijeka, bez obzira na razloge defektura, time što prijavi nestašicu lijeka. Za navedene tvrdnje ovo tijelo ne nalazi osnovu u navedenom članku Prijedloga okvirnog sporazuma. Kao što je ovo tijelo prethodno navelo, predmetni članak regulira slučajeve defektura, tj. nestašice lijeka koja nastupa iz razloga na strani proizvođača, koji je dužan navedeno prijaviti HALMED-u. Defektura lijeka potvrđena od strane proizvođača ne predstavlja situaciju u kojoj je isporučitelj odgovoran za neizvršenje ugovora, kako to pravilno navodi naručitelj u odgovoru na žalbu.

Također, kao što u odgovoru na žalbu obrazlaže i naručitelj, netočno žalitelj tvrdi da bi se na temelju čl. 6. moglo zaključiti da isporučitelj za nestašicu nije odgovoran, ako je pravodobno prijavi, pa onda ne može ni doći do naplate jamstva iz članka 8. i raskida na temelju članaka 10. i 11. pozivanjem na okolnost da lijek nije isporučen u dogovorenim rokovima, tj. opskrba lijekom nije uredna, pa da je isporučitelj povrijedio ugovorne obveze. Žalitelj je previdio odredbu sadržanu u članku 6. Prijedloga okvirnog sporazuma prema kojoj isporučitelj uz obavijest o defekturi nekog lijeka naručitelju i korisnicima, dužan podnijeti dokaz o prijavi proizvođača o defekturi. Dakle, defektura nastaje iz razloga koji nastanu na strani proizvođača, a ne na strani isporučitelja i proizvođač je defekturu dužan prijaviti. Nadalje netočna je tvrdnja žalitelja da je članak 6. prijedloga Okvirnog sporazuma u koliziji s člancima 8., 10. i 11. prijedloga Okvirnog sporazuma jer defektura lijeka potvrđena od strane proizvođača ne predstavlja situaciju u kojoj je isporučitelj odgovoran za neizvršenje ugovora te stoga ne bi bilo u skladu s načelima Zakona o javnoj nabavi i odredbama ZOO aktivirati bankarsku garanciju u situaciji gdje ne postoji odgovornost isporučitelja.

Nadalje, naručitelj je u Prijedlogu okvirnog sporazuma odredio da naručitelj može raskinuti okvirni sporazum u slučaju neizvršavanja ugovornih obveza od strane isporučitelja. Dalje je propisano da naručitelj ima pravo na jednostrani raskid okvirnog sporazuma i u svim slučajevima propisanim člankom 11. okvirnog sporazuma (raskid ugovora) odnosno ako isporučitelj ne osigura isporuku lijeka tražene kvalitete ili u dogovorenim rokovima. S tim u svezi potrebno je navesti da članak 7. prijedloga okvirnog sporazuma određuje da je isporučitelj obavezan lijekove isporučivati u količini i kvaliteti prema zahtjevima zdravstvene ustanove/korisnika, pravilima struke, važećim standardima, normativima, zakonima i tehničkim propisima Republike Hrvatske i Europske unije. Ukoliko dođe do problema u isporuci, a nije defektura za koju je odgovoran proizvođač, jer je do problema u isporuci došlo iz razloga tehničke ili organizacijske prirode na strani isporučitelja, tada je odgovornost na isporučitelju jer nije omogućio isporuku lijekova u traženoj kvaliteti ili u dogovorenim rokovima. Dakle, nestašica lijeka na strani isporučitelja iz komercijalnih ili organizacijskih razloga (iako nije izričito navedeno), po ocjeni ovog tijela predstavlja situaciju kada isporučitelj nije u mogućnosti osigurati kontinuitet isporuke lijeka, slijedom čega naručitelj može raskinuti okvirni sporazum ili ugovor na temelju okvirnog sporazuma.

Na temelju navedenog ovo tijelo nije našlo nezakonitosti u dokumentaciji o nabavi na koje upućuje žalitelj, te je stoga žalbeni navod ocijenjen kao neosnovan.

Vezano za prijedlog žalitelja da bi naručitelj trebao razmotriti opciju da povrede obveze opskrbe, tj. od strane isporučitelja skrivljene nestašice, kvalificira kao teški profesionalni propust i razlog za isključenje iz članka 254. stavka 1. točke 3. ZJN 2016, potrebno je navesti da su osnove za isključenje prema članku 254. stavku 1. ZJN 2016 propisane kao fakultativni, a ne obvezni kriterij za kvalitativni odabir gospodarskog subjekta te ih naručitelj može, ali i ne mora propisati u dokumentaciji o nabavi. U konkretnom slučaju naručitelj je odredio obvezne osnove za isključenje kao što su osnove povezane sa kaznenim djelima i osnove povezane s plaćanjem poreza i obveza za mirovinsko i zdravstveno osiguranje, a nije propisao ostale osnove isključenja propisane člankom 254. stavkom 1. ZJN 2016, što je njegovo legitimno pravo, slijedom čega ovo tijelo ne nalazi nezakonitosti u dokumentaciji o nabavi.

Žalitelj navodi da je naručitelj počinio povredu time što iz Okvirnog sporazuma nije isključena odredba o obvezi isporučitelja da podnosi polugodišnje izvješće o izvršavanju Okvirnog sporazuma, iako je iz Izvješća o provedenom postupku prethodnog savjetovanja započetog 28. 11. 2024. i dovršenog 10.12. 2024. vidljivo da je na temelju prijedloga pod 3), ad 6) taj zahtjev naručitelj prihvatio.

U odgovoru na žalbu naručitelj navodi da tijekom prethodnog savjetovanja nije prihvatio primjedbu vezanu uz članak 15. Okvirnog sporazuma, što je jasno vidljivo iz odgovora na primjedbu ad6): "Ne prihvaća se." Stručno povjerenstvo naručitelja razmotrilo je prijedlog, ali ga nije prihvatilo te je ostavilo način praćenja i izvršenja sporazuma neizmijenjenim. Ispunjavanje ugovora na propisani način obveza je obje ugovorne strane, stoga su te obveze uvrštene u dokumentaciju o nabavi, ističe naručitelj. Uvrštene odredbe predstavljaju dobru praksu praćenja izvršenja koja je ujedno prihvaćena praksa od strane drugih središnjih tijela, primjerice Središnjeg državnog ureda za središnju javnu nabavu. Naime, sam isporučitelj predmet nabave isporučuje zdravstvenim ustanovama i ima najbolji uvid u izvršenje količina okvirnog sporazuma u svakom trenutku. Naručitelj dobiva te podatke tek nakon što ih dostave različite zdravstvene ustanove, pa je veća mogućnost pojave pogrešno utvrđene potrošnje količina. Stoga je svrsishodnije da to bude i obveza samog isporučitelja u čijem je također interesu voditi evidenciju potrošnje lijekova. Ističe da i dalje samo na naručitelju ostaje obveza kontrole nad time izvršava li se ugovor o javnoj nabavi u skladu s odredbama dokumentacije o nabavi i odabranom ponudom, u smislu članka 313. stavka 2. ZJN 2016.

Prije svega valja navesti da u smislu primjenjivih odredbi, članka 198. ZJN 2016 te članka 9. Pravilnika o planu nabave, registru ugovora, prethodnom savjetovanju i analizi tržišta u javnoj nabavi (Narodne novine, broj 101/17 i 11/20) prije pokretanja postupka javne nabave naručitelj je, u zakonom određenim slučajevima, obvezan provesti postupak prethodnog savjetovanja te je nakon provedenog savjetovanja obvezan razmotriti sve primjedbe i prijedloge zainteresiranih gospodarskih subjekata, izraditi izvješće o prihvaćenim i neprihvaćenim primjedbama i prijedlozima te ga objaviti na internetskim stranicama. Nakon provedenog postupka prethodnog savjetovanja naručitelj pokreće postupak javne nabave u smislu članka 87. stavka 1. ZJN 2016 koji određuje da otvoreni i ograničeni postupak te partnerstvo za inovacije započinju od dana slanja poziva na nadmetanje.

Člankom 3. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave određeno je da je Državna komisija samostalno i neovisno državno tijelo nadležno za rješavanje o žalbama u vezi s postupcima javne nabave, postupcima davanja koncesija i postupcima odabira privatnog partnera u projektima javno-privatnog partnerstva. Istim člankom propisano je da Državna komisija u žalbenom postupku odlučuje o zakonitosti postupaka, radnji, propuštanja radnji i odluka donesenih u postupcima javne nabave, davanja koncesija i odabira privatnog partnera u projektima javno-privatnog partnerstva te o zakonitosti ugovora o javnoj nabavi i okvirnih sporazuma sklopljenih bez provedbe postupaka javne nabave.

Iz navedenog proizlazi da je Državna komisija nadležna odlučivati o zakonitosti postupanja u okviru postupaka javne nabave koji sukladno ZJN 2016 započinje slanjem poziva na nadmetanje, odnosno dokumentacije o nabavi, dok se prethodno savjetovanje sa zainteresiranim gospodarskim subjektima u smislu članka 198. ZJN 2016 provodi prije pokretanja otvorenog postupka javne nabave.

S obzirom da iz žalbenog navoda nedvojbeno proizlazi da žalitelj spornim nalazi sadržaj dokumentacije o nabavi i to na način da nezakonitost iste temelji na njenoj razlici u odnosu na sadržaj dokumentacije o nabavi koja je bila predmet prethodnog savjetovanja sa zainteresiranim gospodarskim subjektima u smislu članka 198. ZJN 2016, Državna komisija kao tijelo nadležno za odlučuje o zakonitosti postupaka, radnji, propuštanja radnji i odluka donesenih *u postupcima javne nabave*, nije ovlaštena odlučivati o zakonitosti postupanja naručitelja prije započinjanja postupka javne nabave, odnosno prije slanja poziva na nadmetanje u otvorenom postupku javne nabave.

Postupajući po službenoj dužnosti temeljem članka 404. ZJN 2016, a u odnosu na osobito bitne povrede postupka javne nabave iz članka 404. stavaka 2. toga Zakona, ovo državno tijelo nije utvrdilo postojanje osobito bitnih povreda postupka javne nabave.

Sukladno navedenom, a temeljem članka 425. stavka 1. točke 3. ZJN, žalba se odbija kao neosnovana, kako je i odlučeno u točki 2. izreke ovog rješenja.

Žalitelj je postavio zahtjev za naknadom troškova žalbenog postupka u ukupnom iznosu od 66.360,00 eura na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka. Sukladno odredbi članka 431. stavak 4. ZJN, u slučaju odbijanja žalbe žalitelj nema pravo na naknadu troškova žalbenog postupka. Stoga je odlučeno kao u točki 3. izreke ovog rješenja.

UPUTA O PRAVNOM LIJEKU

Protiv ovog rješenja nije dopuštena žalba, ali se može pokrenuti upravni spor pred Visokim upravnim sudom 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 neposredno u pisanom obliku, usmeno na zapisnik ili se šalje poštom, odnosno dostavlja u elektroničkom obliku putem informacijskog sustava.

V.D. PREDsjednice

Maja Kuhar

