



JAVNA AGENCIJA REPUBLIKE SLOVENIJE
ZA VARSTVO KONKURENCE

Kotnikova 28, 1000 Ljubljana

T: 01 478 35 97

F: 01 478 36 08

E: gp.avk@gov.si

www.varstvo-konkurence.si

Številka: 306-45/2010-221

Datum: 14. 10. 2013

Javna agencija Republike Slovenije za varstvo konkurence, Kotnikova 28, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: Agencija), v senatu, ki ga sestavljajo Andrej Krašek kot predsednik senata ter dr. Aleš Kuhar, Franc Pušenjak in Simon Tantegel kot člani senata, na podlagi 12. in 12.o člena Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (Uradni list RS, št. 36/08, 40/09, 26/11, 87/11, 57/12, 39/13 - odl. US in 63/13-ZS-K; v nadaljevanju: ZPOmK-1), v postopku ugotavljanja kršitve 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije (Uradni list C št. 326 z dne 26. 10. 2012, v nadaljevanju: PDEU), prej 81. člena Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (Uradni list RS, št. 7/04; v nadaljevanju: PES), ki ga je Agencija po uradni dolžnosti uvedla proti podjetjem

- KEMOFARMACIJA veletrgovina za oskrbo zdravstva, d.d., Cesta na Brdo 100, 1000 Ljubljana, ki ga zastopajo Davorin Poherc, direktor, ter Franc Mlinar in Marko Pukl, člana uprave, po pooblastilu pa Odvetniki Šelih & partnerji o.p., d.o.o., Komenskega ulica 36, 1000 Ljubljana, in Odvetniška družba FATUR o.p., d.o.o., Štefanova 13a, 1000 Ljubljana, in vsem njegovim odvisnim podjetjem v smislu četrte točke tretjega člena ZPOmK-1,
- SALUS promet s farmacevtskimi, medicinskimi in drugimi proizvodi, d.d., Ljubljana, Litostrojska cesta 46A, 1000 Ljubljana, ki ga zastopa Miha Lavrič, predsednik uprave, in Žiga Hieng, član uprave, po pooblastilu pa Odvetniška družba Kavčič, Rogl in Bračun o.p., d.o.o., Trg republike 3, 1000 Ljubljana, in vsem njegovim odvisnim podjetjem v smislu četrte točke tretjega člena ZPOmK-1,
- FARMADENT trgovina, proizvodnja in storitve d.o.o., Minašikova ulica 6, 2000 Maribor, ki ga zastopa Aleš Mlinarič, direktor, po pooblastilu pa Odvetniška družba Rojs, Peljhan, Prelesnik & partnerji o.p., d.o.o., Tivolska 48, 1000 Ljubljana, in vsem njegovim odvisnim podjetjem v smislu četrte točke tretjega člena ZPOmK-1,
- GOPHARM trgovina in laboratorijske storitve, d.o.o., Cesta 25. junija 1D, 5000 Nova Gorica, ki ga zastopa Tadeja Štefančič, direktor, po pooblastilu pa Odvetniška družba Rojs, Peljhan, Prelesnik & partnerji o.p., d.o.o., Tivolska 48, 1000 Ljubljana, in vsem njegovim odvisnim podjetjem v smislu četrte točke tretjega člena ZPOmK-1,
- NENSI, družba za obdelavo in vzdrževanje podatkovnih baz o izdelkih, d.o.o., Cesta na Brdo 100, 1000 Ljubljana, ki ga zastopa Dragan Pavlica, direktor, in vsem njegovim odvisnim podjetjem v smislu četrte točke tretjega člena ZPOmK-1,

izdaja naslednjo

O D L O Č B O

1. Podjetja

- Kemofarmacija (družba KEMOFARMACIJA veletrgovina za oskrbo zdravstva, d.d., Cesta na Brdo 100, 1000 Ljubljana) vsaj od 10. 12. 2007 do izdaje te odločbe,
- Salus (družba SALUS promet s farmacevtskimi, medicinskimi in drugimi proizvodi, d.d., Ljubljana, Litostrojska cesta 46A, 1000 Ljubljana) vsaj od 10. 12. 2007 do izdaje te odločbe,
- Farmadent (družba FARMADENT trgovina, proizvodnja in storitve d.o.o., Minařikova ulica 6, 2000 Maribor) vsaj od 29. 1. 2008 do izdaje te odločbe in
- Gopharm vsaj od 18. 2. 2009 do izdaje te odločbe (od 18. 2. 2009 do izdaje te odločbe družba GOPHARM trgovina in laboratorijske storitve, d.o.o., Cesta 25. junija 1D, 5000 Nova Gorica, vsaj od 27. 5. 2009 do izdaje te odločbe pa je za kršitev solidarno odgovorna družba FARMADENT trgovina, proizvodnja in storitve d.o.o., Minařikova ulica 6, 2000 Maribor)

so se vsako v navedenem obdobju pri prodaji zdravil za uporabo v humani medicini na debelo javnim lekarniřkim zavodom v Republiki Sloveniji dogovarjala oziroma usklajeno ravnala glede

- doloãanja cen zdravil za uporabo v humani medicini na debelo,
- delitve trga oziroma javnih naroãil za dobavo zdravil za uporabo v humani medicini javnim lekarniřkim zavodom in
- oddaje prikrojenih ponudb v postopkih javnega naroãanja naroãnikov javnih lekarniřkih zavodov,

kar predstavlja omejevalni sporazum, katerega cilj je prepreãevanje, oviranje ali izkrivljanje konkurence na ozemlju Republike Slovenije oziroma na znatnem delu notranjega trga, kar bi lahko prizadelo trgovino med drŹavami ãlanicami Evropske unije, ter s tem kršitev 6. ãlena Zakona o prepreãevanju omejevanja konkurence in 101. ãlena Pogodbe o delovanju Evropske unije.

2. Podjetja, navedena v toãki 1. izreka te odloãbe, morajo, kolikor tega še niso storila, s kršitvijo nemudoma prenehati.

3. O strořkih postopka bo odloãeno s posebnim sklepom.

4. Izrek se objavi na spletni strani Agencije.

I. POMEN KRATIC IN IZRAZOV, UPORABLJENIH V ODLOČBI

Kemofarmacija	podjetje KEMOFARMACIJA veletrgovina za oskrbo zdravstva, d.d., Cesta na Brdo 100, 1000 Ljubljana
Salus	podjetje SALUS promet s farmacevtskimi, medicinskimi in drugimi proizvodi, d.d., Ljubljana, Litostrojska cesta 46A, 1000 Ljubljana
Farmadent	podjetje FARMADENT trgovina, proizvodnja in storitve d.o.o., Minařikova ulica 6, 2000 Maribor
Gopharm	podjetje GOPHARM trgovina in laboratorijske storitve, d.o.o., Cesta 25. junija 1D, 5000 Nova Gorica
Nensi	podjetje NENSI, družba za obdelavo in vzdrževanje podatkovnih baz o izdelkih, d.o.o., Cesta na Brdo 100, 1000 Ljubljana
JAZMP	Javna agencija Republike Slovenije za zdravila in medicinske pripomočke, Ptujška ulica 21, 1000 Ljubljana
ZZZS	Zavod za zdravstveno zavarovanje Slovenije, Miklošičeva cesta 24, 1507 Ljubljana
Lekarniška zbornica	Lekarniška zbornica Slovenije, Vojkova cesta 48, 1000 Ljubljana
PRD	Povzetek relevantnih dejstev opr. št. 306-45/2010-122 z dne 15. 10. 2012. Agencija uporablja okrajšavo PRD za oba povzetka relevantnih dejstev, ki ju je izdala v predmetnem postopku do izdaje te odločbe, in sicer za Povzetek relevantnih dejstev opr. št. 306-45/2010-122 z dne 15. 10. 2012 in njegovo dopolnitev (Povzetek relevantnih dejstev (dopolnitev) opr. št. 306-45/2010-178 z dne 3. 6. 2013), razen če ni izrecno navedeno drugače.
dopolnitev PRD	Povzetek relevantnih dejstev (dopolnitev) opr. št. 306-45/2010-178 z dne 3. 6. 2013.
izjava o PRD	Agencija uporablja v tej odločbi okrajšavo »izjava o PRD« tako za izjave podjetij o PRD kot tudi za izjave podjetij o dopolnitvi PRD, razen če ni izrecno navedeno drugače.
zdravilo	zdravilo za uporabo v humani medicini
OTC zdravila	zdravila, ki se izdajajo brez recepta
NDC	najvišja dovoljena cena
IVDC	izredna višja dovoljena cena

II. UVOD

1. Ta odločba se nanaša na prepovedan omejevalni sporazum glede dobave zdravil za uporabo v humani medicini na debelo javnim lekarniškimi zavodom, ki zajema območje Republike Slovenije. Glede na ugotovljena dejstva in pridobljene dokaze, ki se nanašajo na obravnavano zadevo, Agencija ugotavlja, da so se podjetja Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm (v nadaljevanju tudi: naslovniki odločbe, stranke) vsako v navedenem obdobju pri prodaji zdravil za uporabo v humani medicini na debelo javnim lekarniškimi zavodom dogovarjala oziroma usklajeno ravnala pri določanju cen zdravil na debelo, oddaji ponudb za dobavo zdravil javnim lekarniškimi zavodom in razdelitvi trga oziroma javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškimi zavodom, kar predstavlja omejevalni sporazum, katerega cilj je preprečevanje, oviranje ali izkrivljanje konkurence na ozemlju Republike Slovenije in na notranjem trgu, ter s tem kršitev 6. člena ZPOmK-1 in tudi 101. člena PDEU. Na ta način so navedena podjetja dosegla, da si na javnih razpisih javnih lekarniških zavodov niso konkurirala in si razdelila trg oziroma javna naročila za dobavo zdravil javnim lekarniškimi zavodom ter so omejila konkurenco na trgu prodaje zdravil javnim lekarniškimi zavodom za uporabo v humani medicini na debelo. Ta odločba se nanaša na enotno, kompleksno in trajajočo kršitev 6. člena ZPOmK-1 in 101. člen PDEU. Očitana kršitev po mnenju Agencije vsebuje določanje cen, delitev trga in

prikrojevanje razpisnih ponudb med veletrgovci z zdravili, traja pa vsaj od 10. 12. 2007 dalje¹.

2. Agencija je postopek zoper družbo Nensi s sklepom Agencije opr. št. 306-45/2010-219 z dne 14. 10. 2013 ustavila.
3. Stranke² so med postopkom ugotovitvam Agencije nasprotovale in zatrjevale, da s svojimi ravnanji niso kršile prava varstva konkurence in da so vsi očitki Agencije o omejevanju konkurence neutemeljeni, zato so Agenciji predlagale, da predmetni postopek ustavi.
4. Agencija je v tej odločbi ugotovila obstoj prepovedanega omejevalnega sporazuma zlasti na podlagi naslednjih dejstev in dokazov. Agencija je ugotovila, da so naslovniki odločbe v postopkih javnega naročanja pri naročnikih javnih lekarniških zavodih oddajali večinoma enake ponudbe v delu, ki se nanaša na ceno in popuste za dobavo zdravil. Stranke so navajale, da je to posledica regulacije cen zdravil, po kateri veletrgovci z zdravili morajo prodajati zdravila po reguliranih cenah in da ne smejo prodajati zdravil lekarnam po drugačnih cenah, tudi ne nižjih. Agencija stoji na stališču, da veletrgovcem z zdravili, ki so oddajali ponudbe v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom, predpisi niso zapovedovali ponujanja zdravil po veljavnih cenah kot edinih dopustnih cenah, kaj šele da bi jim prepovedovali dajanje popustov v fazi oddaje ponudb. Obstoj kršitve v zvezi z usklajenim ravnanjem podjetij pri določanju cen zdravil in oddaji ponudb v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom pa je podprt z dokazi, ki presegajo preprosto ugotovitev vzporednega ravnanja. Agencija poudarja, da dokaz o usklajevanju med podjetji ne izhaja samo iz ugotovitve o vzporednem ravnanju na trgu, ampak tudi iz dokazil, iz katerih je razvidno, da so bila ravnanja posledica usklajevanja, predvsem pri določanju cen zdravil z dogovorno ceno (»Razpredelnica s popusti (10. 12. 2007)«, »Finančni dobropis za naknadno priznani popust (31. 12. 2007)«, »Zapisnik o sestanku« in »elektronska sporočila iz začetka leta 2009«). Iz dokumentov v spisu izhaja, da sta se v relevantnem obdobju Kemofarmacija in Salus, ki sta imela vseskozi tudi največji tržni delež, med seboj usklajevala glede cen zdravil, in da sta se jima kasneje pridružila tudi druga dva večja veletrgovca z zdravili Gopharm in Farmadent. Agencija ugotavlja, da so se podjetja Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm v relevantnem obdobju usklajevala oziroma dogovarjala tudi o delitvi javnih naročil javnim lekarniškim zavodom v skladu z deleži dobav v preteklem obdobju z namenom ohranjanja njihovih tržnih deležev. Navedene ugotovitve izhajajo zlasti iz sporazumov oziroma dogovorov, sklenjenih pri naročnikih Zasavske lekarne, Lekarna Velenje in Lekarna Ribnica. Dodatno utrjujejo prepričanje Agencije tudi ugotovitve, da Farmadent (družba Farmadent oziroma družbe v skupini Farmadent) vsaj od leta 2008 pri nekaterih naročnikih ni oddajal ponudb in tako konkuriral na razpisih s Salusom in Kemofarmacijo, ter ugotovitve o stabilnih deležih dobav posameznim javnim lekarniškim zavodom že od leta 2005 dalje. Agencija zaključuje, ob upoštevanju tudi vseh drugih elementov, ugotovljenih v tej odločbi, da opisanega ravnanja naslovnikov odločbe ni mogoče razložiti drugače kot tako, da gre za sporazum oziroma usklajeno ravnanje podjetij, ki se nanaša na določanje cen zdravil, oddajanje prikrojjenih ponudb v postopkih javnega naročanja za nakup zdravil in delitev trga / javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom z namenom stabilizacije njihovih deležev na trgu.

III. GOSPODARSKA PANOGA, KI JE PREDMET POSTOPKA

5. Agencija je že uvodoma navedla, da se ta odločba nanaša na sporazum oziroma usklajeno ravnanje veletrgovcev z zdravili v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil za uporabo v humani medicini na debelo javnim lekarniškim zavodom.
6. Temeljni predpis, ki na območju Republike Slovenije ureja področje zdravil, cen zdravil in prometa z zdravili, je Zakon o zdravilih³ (ZZdr-1), ki je začel veljati 8. 4. 2006. Ta je bil v

¹ Za trajanje kršitve in udeležbo podjetij v kršitvi glej razdelek VI.3.6 Enotna, kompleksna in trajajoča kršitev.

² Podjetja Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm.

³ Ur. l. RS, št. 31/06 in 45/08.

letu 2008 noveliran z novelo ZZdr-1A⁴, z začetkom veljavnosti dne 24. 5. 2008, ki je vnesla spremembe zlasti pri določbah, ki so se nanašale na določanje cen zdravil. Glavni cilj novele je bila regulacija najvišjih dovoljenih cen in hkrati možnost dogovora med zavezanci in plačniki za nižje cene (glej tudi točko 13 odločbe).

III.1 Proizvod

III.1.1 Zdravila za uporabo v humani medicini

7. Zdravilo je vsaka snov ali kombinacija snovi, ki so predstavljene z lastnostmi za zdravljenje ali preprečevanje bolezni pri ljudeh (ali živalih). Za zdravilo velja tudi vsaka snov ali kombinacija snovi, ki se lahko uporablja pri ljudeh (ali živalih) ali se daje ljudem (ali živalim) z namenom da bi se ponovno vzpostavile, izboljšale ali spremenile fiziološke funkcije preko farmakološkega, imunološkega ali presnovnega delovanja ali da bi se določila diagnoza.⁵ Po ZZdr-1 se zdravila glede na njihovo uporabo razvrščajo v zdravila za uporabo v humani medicini in zdravila za uporabo v veterinarski medicini. Nadalje se zdravila glede na predpisovanje razvrščajo v zdravila, za katera je potreben recept, in zdravila, za katera recept ni potreben (t.i. OTC zdravila).⁶ Glede na njihov izvor se zdravila delijo na originalna zdravila (originatorji, inovativna zdravila)⁷, generična zdravila (generiki)⁸ in biološka zdravila⁹. Zdravila se razvrščajo tudi glede na poseben režim¹⁰ in pogoje (zdravila, ki se hranijo pri običajnih pogojih, in zdravila, ki se hranijo pod posebnimi pogoji, na primer »hladna veriga«) shranjevanja.¹¹ Poznamo tudi razvrščanje zdravil glede na način oziroma mesto izdaje: zdravila, ki se izdajajo samo v lekarnah (zdravila, za katera je potreben recept), zdravila, ki se izdajajo v lekarnah in specializiranih prodajalnah (zdravila, za katera recept ni potreben), in zdravila, ki jih uporabniki prejmejo neposredno pri izvajalcih zdravstvenih storitev (bolnišnična zdravila in zdravila, izdana v zdravstvenih domovih).
8. Ta odločba se nanaša na vsa zdravila za uporabo v humani medicini, ki se izdajajo v lekarnah, ne glede na njihov izvor, in sicer tako na zdravila, za katera je potreben recept, kot tudi na OTC zdravila.
9. Zdravila se financirajo iz treh virov¹² in sicer iz sredstev obveznega zdravstvenega

⁴ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o zdravilih (ZZdr-1A), Ur. l. RS, št. 45/08.

⁵ 5. člen ZZdr-1.

⁶ 11. člen ZZdr-1.

⁷ ZZdr-1 za originalna zdravila uporablja pojem »referenčno zdravilo«. Definicijo referenčnega zdravila vsebuje v 55. točki 6. člena: »55. Referenčno zdravilo pomeni zdravilo, ki je pridobilo dovoljenje za promet na podlagi 23. člena tega zakona in se na njegovo dokumentacijo sklicujejo drugi predlagatelji v skladu s tem zakonom in na njegovi podlagi izdanimi predpisi.« To so torej tista zdravila, za katera predlagatelj pridobi dovoljenje za promet na osnovi popolne dokumentacije, ki jo pridobi z ustreznimi študijami, kar največkrat pomeni, da so to zdravila z novimi učinkovinami.

⁸ ZZdr-1 vsebuje v 18. točki 6. člena naslednjo definicijo generičnega zdravila: »18. Generično zdravilo je zdravilo, ki ima enako kakovostno in količinsko sestavo, učinkovine in farmacevtsko obliko kakor referenčno zdravilo, in čigar bioekvivalenca z referenčnim izdelkom je dokazana z ustreznimi študijami biološke uporabnosti. Različne soli, estri, etri, izomeri, zmesi izomerov, kompleksi ali derivati učinkovine se obravnavajo kot enaka učinkovina, razen če se pomembno razlikujejo glede varnosti ali učinkovitosti ali obojega. V takem primeru mora predlagatelj predložiti dodatne informacije o varnosti ali učinkovitosti ali obojem različnih soli, estrov, derivatov učinkovine v zdravilu, ki je že pridobilo dovoljenje za promet z zdravilom. Različne peroralne oblike s takojšnjim sproščanjem se obravnavajo kot enake farmacevtske oblike. Študije biološke uporabnosti ni treba predložiti, kadar tako določajo ustrezna navodila, pripravljena v skladu z znanstveno tehničnimi dognanji.«

⁹ ZZdr-1 vsebuje v 2. točki 6. člena naslednjo definicijo biološkega zdravila: »2. Biološko zdravilo je tisto, ki kot učinkovino vsebuje biološko snov ali snov, pridobljeno s postopkom, ki vključuje biološke sisteme. Biološka snov je tista, ki je pridobljena iz ali z uporabo biološkega vira in ki potrebuje za določitev kakovosti kombinacijo fizikalno-kemijskega in biološkega preskušanja, skupaj s postopkom izdelave ter nadzorom nad njim. To so na primer zdravila, izdelana z biološkim ali biotehnoškim postopkom, vključno s celičnimi kulturami in tehnologijo rekombinantne DNK, zdravila iz krvi in plazme, imunološka zdravila in podobno.«

¹⁰ Glede na poseben režim shranjevanja, se zdravila razvrščajo v naslednje skupine: prepovedane droge skupine II in III, vnetljive in nevarne snovi, medicinski plini, radiofarmacevtski izdelki, rastlinske snovi.

¹¹ 5. člen Pravilnika o pogojih za opravljanje dejavnosti prometa z zdravili na debelo 2009.

¹² Povzeto po ugotovitvah Računskega sodišča Republike Slovenije, ki je v začetku leta 2009 izdalo Revizijsko poročilo »Urejenost področja zdravil« opr. št. 1213-12/2007-22 z dne 17. 2. 2009, dostopno na spletni strani Računskega sodišča Republike Slovenije [http://www.rs-rs.si/rsrs/rsrs.nsf/I/KD1BEFFD99BFAF83BC125756000375006/\\$file/Zdravila_RSP.pdf](http://www.rs-rs.si/rsrs/rsrs.nsf/I/KD1BEFFD99BFAF83BC125756000375006/$file/Zdravila_RSP.pdf) (Dokument št. 306-45/2010-121, priloga št. 18), in v katerem se je med drugim osredotočilo tudi na oblikovanje cen zdravil (v tej odločbi poimenovano: Revizijsko poročilo »Urejenost področja zdravil«).

zavarovanja, to je sredstev Zavoda za zdravstveno zavarovanje Slovenije (v nadaljevanju: ZZZS), iz sredstev dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja ter samoplačniško.¹³ Po izdaji dovoljenja za promet z zdravili morajo ponudniki za vsa zdravila, za katera se odločijo, da jih bodo dali na slovenski trg, in se financirajo iz javnih sredstev oziroma so namenjena za financiranje iz javnih sredstev, pri Javni agenciji Republike Slovenije za zdravila in medicinske pripomočke, Ptujška ulica 21, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: JAZMP), vložiti vlogo za določitev najvišje dovoljene cene (NDC) zdravila, o kateri odloči JAZMP z odločbo (več o tem v naslednjem razdelku: III.1.2 Oblikovanje cen zdravil - glej točko 10 in naslednje ter v Prilogi 2: Oblikovanje cen zdravil). JAZMP po podelitvi dovoljenja za promet tudi določi, ali gre za bolnišnično zdravilo ali za zdravilo, ki se izdaja na recept, in s tem določi tudi organ, ki odloča o razvrstitvi zdravila na ustrezno listo oziroma o financiranju iz sredstev zdravstvenega zavarovanja (razvrščanje zdravil na liste). Posamezno zdravilo se lahko razvrsti med bolnišnična zdravila ali na pozitivno oziroma vmesno listo, nerazvrščena zdravila pa ostanejo na negativni listi. Od razvrstitve na listo je odvisno, v kakšnem deležu se zdravilo financira iz sredstev obveznega zdravstvenega zavarovanja, sredstev dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja oziroma samoplačniško.¹⁴ Treba je še dodati, da morajo tako zdravniki pri predpisovanju zdravil kot tudi farmacevti pri izdajanju zdravil upoštevati pravila, ki jih v obliki določanja omejitev predpisovanja za posamezna zdravila in uvrstitvijo zdravil v sistem medsebojno zamenljivih zdravil¹⁵ določi ZZZS. Namen teh pravil je obvladovanje izdatkov za zdravila iz sredstev zdravstvenega zavarovanja.

III.1.2 Oblikovanje cen zdravil

10. Oblikovanje cen zdravil in njihovo regulacijo s strani države ureja ZZdr-1 ter na njegovi podlagi izdan podzakonski predpis, ki obsega zlasti merila, način in postopek za oblikovanje in določanje najvišjih dovoljenih cen (NDC) zdravil. To je pravilnik o določanju cen zdravil za uporabo v humani medicini (v nadaljevanju: Pravilnik o cenah), ki se je od uveljavitve ZZdr-1 večkrat spreminjal:
 - v obdobju od 24. 1. 2007 do 11. 10. 2008 je bil v veljavi Pravilnik o cenah zdravil za uporabo v humani medicini (v nadaljevanju: Pravilnik o cenah 2007)¹⁶, ki je razveljavil in v večini določb nadomestil Pravilnik o merilih za oblikovanje cen zdravil na debelo in o načinu obveščanja o cenah zdravil na debelo¹⁷ iz leta 2005;
 - v obdobju od 11. 10. 2008 do 18. 12. 2010 je bil v veljavi Pravilnik o določanju cen zdravil za uporabo v humani medicini (v nadaljevanju: Pravilnik o cenah 2008)¹⁸;
 - od 18. 12. 2010 dalje velja Pravilnik o določanju cen zdravil za uporabo v humani medicini (v nadaljevanju: Pravilnik o cenah 2010)¹⁹ s spremembami in dopolnitvami z veljavnostjo od 11. 2. 2012 dalje.
11. Cene zdravil se oblikujejo prosto po pogojih trga, razen v primerih, določenih z ZZdr-1.²⁰ Na podlagi določb ZZdr-1²¹ so regulirane cene za tista zdravila za uporabo v humani medicini, ki so pridobila dovoljenje za promet ali dovoljenje za promet s paralelno uvoženim zdravilom oziroma zdravilom, ki nimajo dovoljenja za promet, imajo pa dovoljenje za vnos oziroma uvoz zdravil, in so uvrščena na seznam nujno potrebnih

¹³ Razmerja glede na vire oziroma pravila plačevanja so določena v Zakonu o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju in podzakonskih predpisih. (Revizijsko poročilo »Urejenost področja zdravil«, str. 9.)

¹⁴ Revizijsko poročilo »Urejenost področja zdravil«, str. 22.

¹⁵ Sistem medsebojno zamenljivih zdravil z najvišjo priznano vrednostjo (NPV) je bil v Republiki Sloveniji uveden v letu 2003. Temelji na generični zamenljivosti posameznih zdravil z enako učinkovino, obliko in jakostjo. To pomeni, da gre za zamenjavo originalnega zdravila z generičnim oziroma generičnega z drugim generičnim zdravilom. V skladu s Pravili obveznega zdravstvenega zavarovanja mora zdravnik praviloma predpisati med zdravili v isti farmakološki podskupini zdravilo z najboljšo stroškovno učinkovitostjo, med medsebojno zamenljivimi oziroma bistveno podobnimi zdravili pa zdravilo, ki je cenejše.

¹⁶ Ur. l. RS, št. 6/07.

¹⁷ Ur. l. RS, št. 69/05.

¹⁸ Ur. l. RS, št. 97/08, 99/08 popr. in 8/09.

¹⁹ Ur. l. RS, št. 102/10 in 6/12.

²⁰ 95. člen ZZdr-1.

²¹ 97. člen ZZdr-1.

zdravil²² ter so financirana iz javnih sredstev oziroma so namenjena za financiranje iz javnih sredstev.

12. Regulacija cen zdravil s strani države v relevantnem obdobju se torej nanaša le na tista zdravila, ki se financirajo iz javnih sredstev oziroma so namenjena za financiranje iz javnih sredstev. Za ta zdravila JAZMP določi najvišjo dovoljeno ceno (NDC). Izjemoma je lahko cena navedenih zdravil višja od NDC (izredna višja dovoljena cena - IVDC, ki jo lahko pod določenimi pogoji odobri JAZMP) ali nižja od NDC (dogovorna cena na podlagi dogovora med plačniki oziroma kupci in ponudniki zdravil).
13. Organ, pristojen za določanje najvišjih dovoljenih cen približno 4000 zdravil, ki se v Republiki Sloveniji financirajo iz javnih sredstev, je torej JAZMP. Med temi zdravili je približno 250 zdravil, ki so na predlog zavezancev kandidati za določitev izredne višje dovoljene cene²³ (IVDC), ostala zdravila imajo najvišjo dovoljeno ceno (NDC). V letu 2010 so bile uvedene pristojbine za postopke za določitev IVDC, medtem ko se določanje NDC financira iz proračuna. Postopki določanja cen potekajo na podlagi zakonskih določb in določb aktualnega pravilnika, sprejetega na podlagi določb ZZdr-1 (glej točko 10 odločbe). Predpisi določajo merila, način in postopke za določanje, spreminjanje in objavo reguliranih cen zdravil. Tako kot večina drugih držav članic imamo za določanje cen zdravil uveden primerjalni model, ki v našem primeru upošteva cene zdravil v Nemčiji, Avstriji in Franciji.²⁴ Določitev NDC (in IVDC) je upravna stvar. Novela ZZdr-1A je omogočila tudi možnost dogovora med zavezanci in plačniki za nižje cene od NDC, t.j. oblikovanje dogovornih cen zdravil, ki niso predmet regulacije na državni ravni, so pa predmet obligacijskega prava. Take dogovore o cenah zdravil v praksi najpogosteje sklepajo ZZZS in proizvajalci zdravil (oziroma njihovi zakoniti zastopniki) in so tudi objavljene na spletni strani ZZZS v Centralni bazi zdravil²⁵. Iz predpisov izhaja, da se navedena regulacija cen zdravil nanaša na cene zdravil v prometu na debelo, ki vsebujejo poleg proizvajalčevega elementa cene tudi delež veletrgovca z zdravili.
14. Agencija je v PRD in dopolnitvi PRD podala podrobna pojasnila in stališča glede oblikovanja cen zdravil, zlasti NDC in dogovornih cen ter regulacije marž veletrgovcev, na katera so stranke postopka podale obširne ugovore. V nadaljevanju odločbe so podane bistvene ugotovitve glede regulacije oziroma oblikovanja cen zdravil, ki so odločilnega pomena za ugotovitev kršitev v predmetni zadevi, podrobnejša pojasnila o oblikovanju cen zdravil in opredelitve Agencije do ostalih navedb strank postopka pa se nahajajo tudi v Prilogi 2 Oblikovanje cen zdravil.
15. Agencija ugotavlja, da so veletrgovci z zdravili, na katere se nanaša ta odločba, v postopkih javnega naročanja za nakup zdravil, ki so jih vodili javni lekarniški zavodi, oddajali ponudbe z enakimi cenami. Stranke v svojo obrambo navajajo, da iz predpisov izhaja, da se mora promet z zdravili na debelo vršiti po veljavnih cenah in da udeleženci v prometu z zdravili morajo uporabljati veljavno ceno zdravila, ta pa je lahko le NDC, dogovorjena cena ali pa IVDC. Zato je v obravnavanem primeru v prvi vrsti sporno, ali so veletrgovci z zdravili dolžni v postopkih javnega naročanja ponuditi regulirano (veljavno) ceno, brez popustov, ali lahko ponudijo popust oziroma nižjo ceno in si s tem konkurirajo

²² Nujno potrebna zdravila so po določbi tretjega odstavka 15. člena ZZdr-1 tista, ki so na podlagi zadnjih dognanj v biomedicinskih znanostih in strokah in sistemskih opredelitvah v okviru nacionalnih zdravstvenih prioritet nujno potrebna za izvajanje zdravstvenega varstva ljudi. Seznam nujno potrebnih zdravil določi pristojni minister.

²³ Zdravilom, ki se financirajo iz javnih sredstev, lahko na podlagi vloge za zvišanje najvišje dovoljene cene (NDC), mnenja komisije za zdravila ter ugotovljenega javnega interesa na področju zdravja in ekonomskih utemeljitev o tveganju, ki bi nastalo zaradi motene preskrbe z zdravili, JAZMP določi izredno višjo dovoljeno ceno (IVDC) (drugi odstavek 97. člena ZZdr-1).

²⁴ Povzeto po »Predstavitvi področja Cene zdravil«, dostopni na spletni strani JAZMP: <http://www.jazmp.si/cenezdravil/>; Dokument št. 306-45/2010-121, priloga št. 19.

²⁵ JAZMP in ZZZS (poleg Ministrstva za zdravje in Inštituta za varovanje zdravja RS) urejata Centralno bazo zdravil, ki je temeljna zbirka podatkov za potrebe številnih postopkov in evidenc, ki jih vodita obe instituciji. Zbirko urejata na podlagi določil Zakona o zbirkah podatkov s področja zdravstvenega varstva in Zakona o zdravstvenem zavarovanju in zdravstvenem varstvu. Centralna baza zdravil vsebuje podatke o gotovih zdravilih vključno z OTC zdravili, podatke o razvrščenih galenskih pripravkih ter podatke o razvrščenih živilih za posebne zdravstvene namene. Na voljo so administrativni podatki, podatki o sestavi zdravil, o režimih izdaje, o odločbah, cenah, razvrstitvah na liste, podatki o ATC klasifikaciji, o medsebojno zamenljivih zdravilih ter podatki o najvišjih priznanih vrednostih. Centralna baza zdravil je dostopna prek spletne povezave na <http://www.cbz.si/>.

na razpisih pri javnih lekarniških zavodih. Agencija zavzema stališče, da predstavljajo navedene regulirane (veljavne) cene zdravil (NDC/IVDC/dogovorne cene) v prometu z zdravili na debelo **najvišje dopustne vrednosti** za udeležence v prometu z zdravili in da **ne gre za določene (fiksne) cene**²⁶ zdravil, kot to zatrjujejo stranke postopka. Vse stranke postopka vztrajajo, da iz predpisov izhajajo, da udeleženci v prometu z zdravili **morajo** uporabljati veljavno ceno zdravila, ta pa je lahko le NDC, dogovorjena cena (med ZZS in proizvajalcem) ali pa IVDC. Agencija izpostavlja, da iz veljavnih predpisov ne izhajajo, da bi bili popusti v prometu z zdravili na debelo prepovedani. Tudi iz Pravilnika o cenah, ki vsebuje definiciji NDC in IVDC, je razvidno, da so to cene zdravil, ki se »smejo« (in ne »morajo«!) uporabljati v prometu na debelo.²⁷ Stranke v izjavah o PRD²⁸ celo same zatrjujejo, da si med seboj konkurirajo s popusti, pri čemer se odpovedujejo delu marže, ki je vračunana v veljavno ceno zdravila.²⁹ Konkurenca na segmentu popustov pa naj bi se po navedbah strank odvijala izven postopkov javnega naročanja. Agencija na tem mestu izrecno poudarja, da ne velja posebna ureditev oblikovanja cen zdravil v humani medicini na debelo za prodajo javnim lekarniškim zavodom, zlasti ne za oblikovanje cen zdravil v postopkih javnega naročanja. Posledično ne držijo trditve strank postopka³⁰, da si niso smele konkurirati z zniževanjem cene ali dajanjem popustov v postopku oddaje ponudb, ker naj bi jim to preprečevala veljavna zakonodaja. **Za predmetni postopek je bistvena ugotovitev, da veletrgovcem z zdravili z regulacijo (predpisi ali stališči/navodili regulatornih organov) ni bilo prepovedano v razmerju do njihovih kupcev (lekarn, vključno z javnimi lekarniški zavodi) nižati cen zdravil, za katere je obstajala veljavna cena, na način, da na javnem razpisu oddajo ponudbe za dobavo zdravil z nižjo ceno oziroma s popusti na veljavne cene zdravil.** Ta ugotovitev Agencije se nanaša tudi na obdobje pred uveljavitvijo novele ZZdr-1 v letu 2008, ki je uvedla dogovorne cene, zato je za predmetni postopek drugotnega pomena vprašanje tolmačenja zakonskih določb glede sklepanja »dogovornih cen zdravil« v smislu, da se veletrgovec in javni lekarniški zavod (podobno kot ZZS in proizvajalec) dogovorita o ceni posameznega zdravila (glede razumevanja pojma »dogovorne cene zdravil« glej tudi Prilogo 2 Oblikovanje cen zdravil). Drugače povedano, bistveno za predmetni postopek je po oceni Agencije tolmačenje določb ZZdr-1 glede »obveznosti uporabe veljavnih cen«, medtem ko je tolmačenje predpisov glede možnosti sklepanja dogovornih cen zdravil drugotnega pomena in ne vpliva na končne ugotovitve Agencije v tem postopku glede dopustnosti konkuriranja s popusti na razpisih za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom.

16. Stranke postopka so v izjavah o PRD navedle, da ne morejo nižati veljavnih cen, ne glede na način določanja marže v veljavni zakonodaji, saj so izrecno vezane v prometu uporabljati veljavne cene. Pri tem se med drugim sklicujejo³¹ na elektronsko sporočilo z dne 22. 3. 2010³², ki ga je uslužbenec, vodja oddelka za zdravila, iz ZZS (██████████) poslal predstavniki proizvajalca zdravil (██████████ Krka) in iz katerega izhaja, da ZZS zavzema stališče, da se dogovorjene cene za zdravila, ki jih plača ZZS, dogovorijo le med ZZS in proizvajalci in ne med proizvajalcem in lekarno, in da naj ne bi priznavali morebitnih popustov, s katerimi ZZS ni seznanjen. Farmadent navaja, da iz vsebine navedenega elektronskega sporočila izhaja, da ZZS lekarnam naroča, da naj ne sklepajo dogovorov same, temveč naj sklenitev dogovora predlagajo ZZS za območje celotne države. Smiselno podobno navaja tudi Salus, ki meni, da iz navedenega

²⁶ Farmadent na primer ugotavlja, da Agencija napačno sklepa, da pojem NDC pomeni, da je cena določena v razponu, v resnici pa gre za ceno v natančno določenem nominalnem znesku. Agencija v zvezi s tem očitkom pojasnjuje, da v PRD ali tej odločbi ni podala ugotovitve, da gre pri NDC za ceno v razponu, temveč da je ta cena maksimalna cena v konkurenčnopravnem smislu.

²⁷ 2. točka 2. člena Pravilnika o cenah 2008 in 2. točka 2. člena Pravilnika o cenah 2010.

²⁸ Glej npr. str. 21 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija.

²⁹ Iz navedb strank je razvidno stališče, da naj bi glede na veljavne predpise veletrgovci lahko odobrili lekarnam le popuste za plačila pred zapadlostjo računov (»cassascanti«) ter različne popuste (bonuse, finančne popuste) za doseganje letnega prometa s posameznim veletrgovcem in/ali s posameznim proizvajalcem zdravil, pri čemer pa so poudarile, da se ti popusti ne nanašajo neposredno na posamezno zdravilo ali količino in ne nižajo neposredno cene posameznega zdravila.

³⁰ Glej npr. str. 34 izjave o PRD podjetja Salus.

³¹ Glej npr. str. 34 izjave o PRD podjetja Salus, str. 17-18 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija in str. 10 izjave o PRD podjetja Farmadent.

³² Elektronsko sporočilo »Metadon«, ki ga je ██████████ (ZZS) dne 22. 3. 2010 poslal ██████████ (Krka).

elektronskega sporočila izhaja stališče ZZZS, da se dogovorjene cene za zdravila, ki jih plača ZZZS, lahko dogovorijo samo med ZZZS in proizvajalci in ne med proizvajalcem in posamezno lekarno. Kemofarmacija zatrjuje, da navedeno izkazuje, da ZZZS ni bil zainteresiran za izkazovanje komercialnih popustov na fakturi za dobavo zdravil, ki predstavlja osnovo za plačilo ZZZS lekarnam za zdravilo na recept. Agencija je od ZZZS prek zahteve za posredovanje podatkov pridobila pojasnilo z dne 16. 4. 2013³³, da se je stališče ZZZS iz predloženega elektronskega sporočila nanašalo izključno na plačilo zdravila iz sredstev za obvezno zdravstveno zavarovanje, to je na razmerje med ZZZS in javnim lekarniškim zavodom, ne pa na dogovarjanje o cenah zdravil na debelo, ki jih posamezni veletrgovec z zdravili ponudi javnemu lekarniškem zavodu.³⁴ ZZZS je v svojem dopisu med drugim navedel, da so splošni akti ZZZS in splošni dogovor za posamezno leto v skladu z zakonoma (ZZDr-1 in Zakonu o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju), saj »določajo najvišje možne cene zdravil, ki se plačujejo iz sredstev za obvezno zdravstveno zavarovanje«. Iz navedenega po mnenju Agencije brez dvoma izhaja, da tudi ZZZS smatra veljavne cene in NPV zdravil kot najvišje dovoljene vrednosti in ne kot fiksne. Predvsem pa ne izhaja prepoved dajanja popustov oziroma zniževanja cen zdravil na debelo v razmerju veletrgovcev z zdravili do lekarn. V tem smislu je treba tudi razumeti navedbo ZZZS v navedenem dopisu z dne 16. 4. 2013, kjer je ZZZS navedel, da »ZZS ni nikoli podal zahteve oziroma stališča, da veletrgovci ne smejo nižati veljavnih cen zdravil. Da smejo udeleženci v prometu z zdravilom uporabljati le veljavno ceno zdravila pa določa prvi odstavek 99. člena ZZDr-1.« Navedeno stališče ZZZS torej ni v nasprotju s stališčem Agencije v tej odločbi (in prej izdanem PRD in njegovi dopolnitvi), zato Agencija zavrača trditve strank postopka v izjavah o PRD in njegovi dopolnitvi, da je Agencija v predmetnem postopku napačno interpretirala dokumente oziroma stališča ZZZS glede oblikovanja cen zdravil. Ne glede na navedeno Agencija dodaja, da je za predmetni postopek bistveno to, da ZZZS (kar je ta tudi izrecno navedel v pisnem odgovoru Agenciji) ni nikoli podal kakršnegakoli stališča veletrgovcem z zdravili in lekarnam glede uporabe veljavnih cen zdravil v prometu z zdravili na debelo ter da zgoraj navedenega elektronskega sporočila, na katerega se sklicujejo vse stranke postopka, ni mogoče šteti za takšno stališče kot ga želijo prikazati stranke za obrambo v tem postopku. Takšnih stališč oziroma zahtev, s katerimi bi bili seznanjeni vsi udeleženci v prometu z zdravili, tudi nista v obdobju, na katero se nanaša kršitev, podali JAZMP (ki je poleg Ministrstva za zdravje edina pristojna za razlago ureditve cen v ZZDr-1) ali Lekarniška zbornica, ki ju omenjajo stranke postopka v svojih izjavah, kar je razvidno iz njunih odgovorov na vprašanja Agencije.³⁶ Edino pisno podano stališče navedenih organizacij oziroma institucij (ZZS, JAZMP in Lekarniške zbornice) glede oblikovanja cen zdravil v relevantnem obdobju je stališče JAZMP z dne 30. 11. 2012³⁷, ki ga je ta pripravila na prošnjo podjetja Salus, naslovljeno na JAZMP po izdanem PRD zaradi predmetnega postopka pred Agencijo, in na katero se Salus sklicuje v izjavi o PRD. Iz dodatnih pojasnil JAZMP z dne 12. 4. 2013³⁸, ki jih je ta podala Agenciji na njeno zahtevo, pa brez dvoma izhaja, da obstaja možnost dogovora med lekarno in določenim veletrgovcem o nižji ceni za konkretno zdravilo v smislu nižanja cen zdravil, za katera obstaja NDC/dogovorna cena med ZZZS proizvajalci/IVDC, in da možnost dajanja popustov lekarnam, vključno z javnimi lekarniškim zavodi, s strani veletrgovcev z zdravili s predpisi ni izključena. JAZMP je tako med drugim navedla: »Če tako lekarne (kot izvajalci javne službe) dosegajo nižje cene zdravil, na podlagi dogovorov sklenjenih z veletrgovci, je to seveda povsem sprejemljivo in celo zaželeno, saj se na ta način manjša

³³ Dokument št. 306-45/2010-165.

³⁴ Glede na navedeno Agencija na tem mestu še izrecno zavrača kot neutemeljene navedbe podjetja Salus, da zavrnitev računa s strani ZZZS javnemu lekarniškem zavodu (Mestnim lekarnam) za zdravilo metadon, potrjuje, da drugačnih cen od veljavnih, veletrgovci pri prodaji javnim lekarniškim zavodom v postopkih javnega naročanja ne morejo zaračunati. Predloženi dokazi (elektronsko sporočilo z dne 10. 4. 2013 s priložo) se namreč ne nanašajo na razmerje med ZZZS in veletrgovci z zdravili, temveč gre za razmerje med ZZZS in lekarno.

³⁵ Podčrtala Agencija.

³⁶ Agencija je po preučitvi izjav o PRD, ki so jih posredovale stranke postopka, ugotovila, da so se te pri svoji obrambi med drugim sklicevale tudi na stališča, ki naj bi jih v relevantnem obdobju podala ZZZS, JAZMP in Lekarniška zbornica, katerih pa stranke niso predložile (razen Salus stališče JAZMP z dne 30. 11. 2012). Zato je Agencija naslovlila na JAZMP, ZZZS in Lekarniško zbornico zahteve za posredovanje podatkov za pojasnila glede uporabe veljavnih cen zdravil v prometu z zdravili na debelo.

³⁷ Gre za dokument, ki ga je predložilo podjetje Salus v izjavi o PRD (Dokument št. 306-45/2010-146).

³⁸ Dokument št. 306-45/2010-164.

poraba javnih sredstev, a le in izključno v primeru, da Zavod za zdravstveno zavarovanje Slovenije (v nadaljnjem besedilu ZZZS) dejansko tudi plačuje le-te, nižje, cene. [...] Dejstvo je tudi, da veliki veletrgovci lahko dajo večje popuste, saj praviloma poslujejo z večjim naborom zdravil kot manjši veletrgovci, in v kolikor uspe neka lekarna tako z določenim veletrgovcem dogovoriti nižjo ceno za konkretno zdravilo, je le-to povsem upravičeno, s posebnim poudarkom na že izpostavljenem dejstvu, da tudi ZZZS, v primeru zdravil, ki se izdajajo na podlagi t.i. zelenega recepta, za katera znesek delno ali v celoti pokriva ZZZS, plačuje to nižjo ceno. [...]»³⁹ Glej tudi obrazložitev Agencije v točki 10. Priloge 2: Oblikovanje cen zdravil. Končno Agencija v zvezi z očitki strank postopka, da Agencija napačno tolmači in povzema dokumente JAZMP, izpostavlja, da je stališče JAZMP glede razumevanja regulacije cen zdravil povsem jasno izraženo tudi na spletni strani JAZMP na mestu, kjer se nahaja predstavitev področja cene zdravil⁴⁰: »[...] Vsebinska nacionalnega modela, ki določa cene in financiranje iz javnih sredstev, je v pristojnosti držav članic. V Sloveniji so v skladu z EU priporočili regulirane cene le tistih zdravil, ki se financirajo iz javnih sredstev. Tako kot večina drugih držav imamo za določanje cen zdravil uveden primerjalni model, ki v našem primeru upošteva cene zdravil v Nemčiji, Avstriji in Franciji. Tako regulirane cene pa predstavljajo le najvišje cene, dovoljene v prometu z zdravili na debelo. Zakon dobaviteljem zdravil, plačnikom ter kupcem zdravil omogoča, da se dogovarjajo o cenah, ki so nižje od reguliranih.⁴¹« To stališče JAZMP je skladno s stališčem Agencije v tej odločbi (in prej izdanem PRD in njegovi dopolnitvi), zato Agencija na tem mestu ponovno zavrača trditve strank postopka v izjavah o PRD in njegovi dopolnitvi, da je Agencija v predmetnem postopku napačno interpretirala dokumente oziroma stališča JAZMP glede oblikovanja cen zdravil. Glede na navedeno Agencija kot nepotrebne zavrača dokazne predloge strank za zaslišanje pristojnih oseb ZZZS in JAZMP ter za opravo poizvedb pri ZZZS glede možnosti sklepanja dogovorjenih cen. Agencija je namreč, kot je razvidno iz spisa, po pridobitvi izjav strank postopka in dokazov, izvedla dodatni dokazni postopek in pridobila pisne odgovore pristojnih institucij, na katere so se sklicevale stranke postopka, v katerih so zaposlene osebe, katerih zaslišanje predlagajo stranke postopka, zato njihova zaslišanja niso potrebna za razjasnitev oziroma ugotovitev dejanskega stanja.

17. Stranke postopka so trditve, da ne morejo ponuditi drugačne cene kot NDC, IVDC oziroma dogovorjene cene med ZZZS in proizvajalci, utemeljevale tudi s tem, da udeleženci storijo prekršek iz 16. točke prvega odstavka 117. člena ZZdr-1, če teh cen ne uporabljajo na trgu.⁴² Agencija izpostavlja, da iz navedene določbe izhaja, da predstavlja prekršek, če pravna ali fizična oseba »ravna v nasprotju z 99. členom ZZdr-1«, torej če udeleženec v prometu z zdravilom ne posluje z veljavnimi cenami. Pri tem je iz določb 105. člena ZZdr-1⁴³ povsem jasen namen zakonodajalca sankcionirati ravnanje udeležencev na trgu le v primeru, da ti zaračunajo plačnikom previsoke cene zdravil, ne pa če ti zaračunajo nižje od veljavnih (reguliranih) cen, zato so gornje trditve strank postopka tudi s tega vidika neutemeljene. To povsem jasno izhaja iz prvega odstavka 105. člena ZZdr-1, da morajo udeleženci v prometu z zdravilom »vrniti neupravičeno pridobljeno razliko«.

³⁹ Glede na obrazloženo Agencija na tem mestu zavrača kot neutemeljene trditve stranke Salus, da je za to, da cene zdravil niso previsoke, poskrbljeno že z določbami o NDC, konkurenca med različnimi geografskimi območji, ki je sicer s predpisi izključena, pa glede na mnenje JAZMP in ZZZS zaradi preprečevanja diskriminacije med potrošniki ni zaželena.

⁴⁰ »Predstavitev področja Cene zdravil«, dostopna na spletni strani JAZMP: <http://www.jazmp.si/cenezdravil/>; Dokument št. 306-45/2010-203, priloga št. 1.

⁴¹ Podčrtala Agencija.

⁴² Glej npr. str. 31 izjave o PRD podjetja Salus in str. 9 izjave o PRD podjetja Farmadent.

⁴³ 105. člen ZZdr-1 (pristojnosti tržnih inšpektorjev) se glasi:

»(1) Če udeleženci v prometu z zdravilom niso poslovali z veljavnimi cenami, jim tržni inšpektor z odločbo naloži, da:

- poslujejo z veljavno ceno zdravila;

- vrnejo neupravičeno pridobljeno razliko v ceni s pripadajočimi obrestmi.

(2) Če udeleženec v prometu z zdravilom ni upošteval cene zdravila, določene na podlagi podzakonskih predpisov iz 97. člena tega zakona, in je zaračunaval plačnikom oziroma plačnicam (v nadaljnjem besedilu: plačnik) previsoke cene zdravil, je dolžan v 15 dneh po pravnomočnosti odločbe organa tržne inšpekcije razliko v ceni s pripadajočimi obrestmi brez posebnega poziva vrniti plačnikom.

(3) Obresti po tem členu so enake zamudnim obrestim pri gospodarskih poslih po obligacijskem pravu.

(4) Organ tržne inšpekcije o svoji odločitvi seznaniti organ, pristojen za zdravila, oziroma pri zdravilih za uporabo v veterinarski medicini ministra tudi organ, pristojen za veterinarstvo.«

18. V podkrepitev svojih trditev so stranke postopka⁴⁴ tudi navajale, da so javni lekarniški zavodi v primerih, kjer je prišlo do navedbe različnih cen v ponudbah, od posameznih ponudnikov zahtevali pojasnila zaradi odstopa od veljavnih cen. Agencija je vpogledala v dokumente v spisu, iz katerih izhaja, da je naročnik Lekarna Velenje dne 15. 3. 2011 po odpiranju ponudb ugotovil, da ponudniki (podjetja Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm) pri 7 artiklih⁴⁵ niso ponudili enakih cen, zato je vsakemu posebej poslal dopis (poimenovan »Izjava in vabilo«), v katerem je pozval navedena podjetja, da mu dostavijo dokazila o cenah za navedenih 7 artiklov, ki so uradno veljale na dan 25. 2. 2011, skupaj z dokazilom o določitvi teh cen. Iz dopisa izhaja, da je naročnik glede cen zdravil ponudnikom/podjetjem sporočil, da so »dolžni ponuditi cene, ki so določene skladno z Zakonom o zdravilih in Pravilnikom o določanju cen zdravil za uporabo v humani medicini ob upoštevanju ponujenega popusta⁴⁶«. Podjetja so posredovala naročniku pojasnila, v katerih so navedla (in z listinami izkazala), da je ponujena cena enaka ceni pri dobavitelju (pri zdravilih, za katera ni bilo veljavne cene) oziroma da je cena zdravila enaka veljavni ceni zdravil, objavljeni na spletnem portalu JAZMP⁴⁷. Glede na ugotovljeno Agencija meni, da zahteve za pojasnila javnih lekarniških zavodov glede cen v ponudbah ne izkazujejo razumevanja javnih lekarniških zavodov določb ZZdr-1 glede uporabe veljavnih cen tako kot zatrjuje Salus, saj je razvidno le naročnikovo preverjanje cen zdravil iz ponudb, ki so se med seboj razlikovale, nikjer pa ni bilo izraženo, da ne sprejema popustov pri zdravilih, za katera obstaja veljavna cena, kvečjemu nasprotno.
19. Agencija zaključuje, da niti navedena regulacija cen zdravil s strani JAZMP niti dogovorne cene, ki jih dogovorijo proizvajalci zdravil z ZZZS, ne izključujejo konkurence med veletrgovci z zdravili na ravni cen v razmerju do lekarn, vključno z javnimi lekarniški zavodi. Agencija meni, da obstoj takšnih veljavnih cen (NDC ali prej »cena na debelo«, IVDC in dogovorne cene) ne vpliva na možnost posameznih ponudnikov zdravil (veletrgovcev), da med seboj tekmujejo, se odrečejo določenemu delu svoje marže in javnim lekarniškim zavodom, ki nabavljajo zdravila po postopkih javnega naročanja, ponudijo popuste oziroma nižje cene v ponudbah oziroma v postopkih s pogajanjem. Na to kaže tudi dejstvo, da ob isti regulaciji cen zdravil veletrgovci tekmujejo med sabo pri ponujanju zdravil v postopkih oddaje javnih naročil pri bolnišnicah, kjer odstopijo določen popust tudi od njihove marže⁴⁸. Tudi iz predpisov, veljavnih v relevantnem obdobju, ne izhaja, da so oziroma so bili popusti pri prodaji zdravil na debelo (lekarnam ali bolnišnicam) prepovedani. Prav tako ni bilo podano tako stališče s strani pristojnih javnih organov oziroma institucij, s katerimi bi bili seznanjeni vsi udeleženci na trgu. Agencija je še ugotovila, da veletrgovci z zdravili ponujajo oziroma odobrijo popuste vsem lekarnam, tudi javnim lekarniškim zavodom (celo tistim, ki so nabavljali zdravila po predpisih s področja javnega naročanja), vendar izven postopkov oddaje javnih naročil, v postopkih oddaje javnih naročil pa nikoli⁴⁹.
20. Glede na navedeno je Agencija prepričana, da konkurenca med veletrgovci z zdravili pri prodaji zdravil na debelo lekarnam v celotnem relevantnem obdobju ni bila popolnoma omejena s strani države oziroma regulatorja, zlasti ne v smislu, da je (bila) izključena cenovna konkurenca med veletrgovci z zdravili v postopkih javnega naročanja. Prav tako ni bilo s strani države oziroma regulatorja zapovedano, da so bili vsi konkurenti dolžni

⁴⁴ Na primer podjetje Salus v izjavi o PRD in izjavi o dopolnitvi PRD, v kateri se je skliceval na dokument opr. št. 306-45/2010-84 (Lekarna Velenje).

⁴⁵ Od 7 artiklov so bila 3 zdravila, za katere je bila objavljena veljavna cena, za preostala 4 zdravila pa cena ni obstajala veljavna cena.

⁴⁶ Podčrtala Agencija.

⁴⁷ Glej na primer dopis podjetja Salus z dne 21. 3. 2011 (dokument opr. št. 306-45/2010-84).

⁴⁸ Tako tudi predstavnik podjetja Kemofarmacija, [REDACTED], v svoji izjavi, ki jo je podal dne 6. 8. 2010 med opravljanjem preiskave v predmetnem postopku na zapisnik (dokument opr. št. 306-45/2010-21, priloga): »Pri pripravi ponudb ponudb za javna naročila za zdravila v bolnišnicah upoštevamo veljavne cene in popuste, ki jih ponudijo na naše obvestilo o odprtem javnem naročilu proizvajalci za to konkretno javno naročilo. V določenih primerih določen popust od naše marže (manjši del) odstopi tudi Kemofarmacija. [...]«

⁴⁹ Razen v primeru oddaje javnega naročila pri Gorenjskih lekarnah, kjer pa naročnik (za razliko od ostalih javnih lekarniških zavodov) ni opredelil konkretno, katero blago (zdravila) naroča v smislu navedbe konkretnih zdravil po njihovih lastniških nazivih, pri čemer je tudi izrecno zahteval minimalni popust, ki je bil naveden med pogoji za pridobitev naročila.

uporabljati enake veljavne cene zdravil v prometu z zdravili na debelo. Treba je tudi poudariti, da javni lekarniški zavodi ne nabavljajo prek postopkov javnega naročanja, na katere se nanaša predmetna odločba, samo zdravil, ki jih plačuje ZZS (in so tako financirana iz javnih sredstev), temveč vsa zdravila, ki jih izdajajo v lekarnah, torej tudi OTC zdravila, na katera se regulacija cen ne nanaša.

21. Poleg zgoraj navedene pravne ureditve, ki se nanaša na oblikovanje cen zdravil v prometu na debelo, so stranke v izjavah o PRD navajale tudi druge razloge, zaradi katerih niso nastopale s popusti v postopkih, ki so jih vodili javni lekarniški zavodi zaradi nabave zdravil. Ti razlogi naj bili zlasti naslednji: (i) interes javnih lekarniških zavodov, da pridobijo popuste izven postopkov javnega naročanja in zadržijo ta sredstva zase, ter (ii) specifične povpraševanja na trgu zdravil, zaradi katerih so postopki javnega naročanja za naročanje zdravil neustrezni in ni mogoče konkurirati s popusti v fazi oddaje ponudb v teh postopkih. Glede slednjega stranke⁵⁰ navajajo, da je glavni problem, da naročniki v razpisih ne dajo podatkov o količinah zdravil, ki jih bodo dejansko kupili, zato ponudnik (podjetje) ne more izračunati ustreznih popustov in je posledično najbolj racionalno, da ponudi eno od veljavnih cen. Do vseh teh ugovorov strank, ki so po mnenju Agencije neutemeljeni, se Agencija opredeljuje v nadaljevanju odločbe (glej razdelek V.2.1 Vzporedno ravnanje veletrgovcev z zdravili, zlasti točke 129 in naslednje v odločbi).

III.2 Udeleženci na trgu / Stranke postopka

22. Agencija vodi predmetni postopek zoper vse pomembnejše družbe, ki se v Republiki Sloveniji ukvarjajo z dejavnostjo prometa z zdravili na debelo, in sicer so to Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm.

Kemofarmacija d.d.

23. Kemofarmacija je vodilna slovenska veletrgovina za oskrbo zdravstva, ki ima širok nabor izdelkov in pokriva celo Slovenijo. Na podlagi dovoljenja JAZMP opravlja dejavnost prometa na debelo z zdravili in medicinskimi pripomočki, ki jih smejo kupovati le pravne in fizične osebe z dovoljenjem za opravljanje prometa z zdravili na debelo ali drobno, ter lekarne.⁵¹
24. Kemofarmacija je delniška družba s sedežem v Ljubljani in je od leta 2004 del skupine Celesio AG s sedežem v Stuttgartu v Nemčiji, ki je ena izmed največjih evropskih veledrogerij. Iz letnih poročil družbe, javno objavljenih na spletnih straneh AJPES,⁵² je razvidno, da se v letih 2008-2010 njena lastniška struktura ni bistveno spreminjala. Družba je imela na dan 31. 12. 2008 88 delničarjev, med katerimi je imela družba Celesio AG iz Nemčije 92,04% delež vseh izdanih delnic, 5,22% je bilo lastnih delnic, fizične osebe (84) in dve pravni osebi pa so imeli skupaj 2,74% delež vseh izdanih delnic. Na dan 31. 12. 2009 in 31. 12. 2010 je imela družba 89 delničarjev, med katerimi je imela družba Celesio AG iz Nemčije 92,04% delež vseh izdanih delnic, 5,22% je bilo lastnih delnic, fizične osebe (84) in tri pravne osebe pa so imeli skupaj 2,74% delež vseh izdanih delnic. Tudi po zadnjih podatkih, dostopnih v bazi Gvin, iz lastniške strukture družbe na dan 8. 10. 2012 izhaja, da ima družba Celesio AG 92,52% delež vseh izdanih delnic, 5,51% je lastnih delnic, fizične osebe pa imajo skupaj 1,97% delež vseh izdanih delnic.
25. V letu 2008 je Kemofarmacija pridobila 51% poslovni delež v družbi VITAPHARM, proizvodnja in trgovina farmacevtskih izdelkov d.o.o., Tišinska ulica 29g, 9000 Murska sobota (v nadaljevanju: Vitapharm), za katero v letnem poročilu za leto 2008⁵³ navaja, da jo bo v letih od 2009 do 2013 vodila skupaj z drugim družbenikom, to je družbo GALEX, proizvodnja in promet s farmacevtskimi in drugimi proizvodi d.d., Tišinska ulica 29G, 9000

⁵⁰ Glej na primer str. 53 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija.

⁵¹ Predstavitev podjetja, dostopna na spletni strani podjetja Kemofarmacija: http://www.kemofarmacija.si/index.php?option=com_content&view=article&id=48&Itemid=85&lang=sl, 1. 8. 2012; Dokument št. 306-45/2010-121, priloga št. 14.

⁵² Letno poročilo družbe Kemofarmacija za leto 2008, str. 41, Letno poročilo družbe Kemofarmacija za leto 2009, str. 43, in Letno poročilo družbe Kemofarmacija za leto 2010, str. 44.

⁵³ Letno poročilo družbe Kemofarmacija za leto 2008, str. 4, javno dostopno na spletnem portalu AJPES.

Murska Sobota (v nadaljevanju: Galex), ki ima v družbi Vitapharm preostali 49% poslovni delež. Z nakupom poslovnega deleža v lokalnem podjetju si je družba Kemofarmacija želela utrditi položaj v Prekmurski regiji, kjer je bila do tedaj najslabše prisotna. V letu 2008 pa je Kemofarmacija sodelovala tudi pri ustanovitvi nove gospodarske družbe in sicer družbe NENSI, družba za obdelavo in vzdrževanje podatkovnih baz o izdelkih, d.o.o., Cesta na Brdo 100, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: Nensi). Družbo Nensi so ustanovile družbe Kemofarmacija (35%), Salus (30%), Farmadent (20%), Hakl IT, podjetje za računalništvo, d.o.o. (10%) in Pharmakon d.o.o. (5%), katere poslovni delež je bil v letu 2009 prenesen na družbo Salus. Kot izhaja iz predstavitve družbe Nensi⁵⁴, so jo ustanovila vodilna podjetja na področju oskrbe slovenskega trga s farmacevtskimi izdelki s ciljem zagotoviti enotno in nedvoumno identifikacijo vsakega izdelka, ki nastopa na slovenskem trgu oskrbe lekarn, zdravstvenih domov, bolnišnic in sorodnih dejavnosti (glej tudi točki 33 in 42 odločbe).

26. Kemofarmacija posluje predvsem na slovenskem trgu, kar je razvidno iz podatkov v zadnjem objavljenem letnem poročilu. Iz Letnega poročila za leto 2010 izhaja, da Kemofarmacija večino svojih prihodkov dosega na območju Republike Slovenije. Čisti prihodki od prodaje (podjetjem v skupini in drugim kupcem), doseženi na domačem trgu, so v letu 2010 znašali 292.275.442,00 evrov, doseženi na tujih trgih pa 1.675.590,00 evrov (skupaj 293.951.032,00 evrov).⁵⁵
27. Kot je že zgoraj navedeno, je glavna dejavnost podjetja Kemofarmacija veleprodaja zdravil in medicinskih pripomočkov. Na zalogi ima več kot 12.000 izdelkov (po naročilu pa neomejeno), med katerimi imajo že vrsto let najpomembnejše mesto zdravila. V letnem poročilu za leto 2010 navaja, da je pri prodaji zdravil v letu 2010 preseglo 2,0% rast in tako obdržalo vodilni tržni delež. Tržni delež pri distribuciji zdravil ob koncu leta 2010 je podjetje ocenilo na 42,28%.⁵⁶ Poslovno področje »zdravila« predstavlja več kot 80% prodajne realizacije podjetja Kemofarmacija, znotraj nje pa predstavljajo že vsa leta največji del zdravila na recept. Podjetje se uvršča med t.i. »full-line wholesalers«, saj ponuja zdravila in drugo blago, ki ga lekarne, zdravstvene ustanove ter zasebni zdravstveni izvajalci potrebujejo pri svojem delu. Poleg zdravil tako prodaja še medicinske pripomočke, diagnostiko, kozmetiko in živila (zlasti prehranska dopolnila).
28. Največje kupce podjetja Kemofarmacija predstavljajo lekarne (javni lekarniški zavodi in zasebne lekarne). V ta segment kupcev sodi tudi nasploh največji kupec podjetja Kemofarmacija (vsaj v obdobju do leta 2010), to je Lekarna Ljubljana, ki je največji javni lekarniški zavod na območju Republike Slovenije. Leta 2010 je podjetje ustvarilo prek 50 milijonov evrov z direktno prodajo bolnišnicam, kar znaša okrog 16% ustvarjene prodaje v letu 2010. V letnem poročilu za leto 2008 podjetje navaja, da so se v tistem letu prvič srečali z direktno dobavo zdravil posameznih proizvajalcev zdravil v bolnišnicah, kar je za podjetje Kemofarmacija pomenilo izrazit padec prodaje. Iz letnih poročil iz let 2009 in 2010 je razvidno, da ostaja prodaja bolnišnicam od leta 2008 dalje približno na isti stopnji. Podjetje prodaja tudi ostalim veletrgovcem z zdravili (na primer Salus in Farmadent), največji obseg prodaje pa predstavlja prodaja družbi Vitapharm, ki je odvisna družba družbe Kemofarmacija (glej točko 25 odločbe). Med kupci podjetja so v letnem poročilu za leto 2010 omenjeni tudi zdravstveni domovi in zasebno zdravstvo, veterinarski kupci in specializirane prodajalne, vendar gre pri navedenih za manjši obseg prodaje.
29. Struktura nabave podjetja Kemofarmacija je razpršena. V letu 2010 je podjetje nabavljalo za nadaljnjo prodajo različne programe blaga pri 423 dobaviteljih. Vrednost nabave blaga pri desetih največjih dobaviteljih je bila večja od 46% skupne nabavne vrednosti blaga, dvajset največjih dobaviteljev večja od 68%, vrednost nabave blaga petdeset največjih dobaviteljev pa je bila preko 86% skupne nabavne vrednosti blaga. Deleži nabavne vrednosti blaga deset največjih dobaviteljev v skupni nabavni vrednosti blaga so bili v letu 2010 naslednji: Krka (10,1%), Lek (6,4%), Bayer (4,9%), GlaxoSmithKline (4,5%),

⁵⁴ Predstavitve podjetja, dostopna na spletni strani podjetja Nensi, <http://www.nensi.si/>, 1. 8. 2012; Dokument št. 306-45/2010-121, priloga št. 15.

⁵⁵ Letno poročilo družbe Kemofarmacija za leto 2010, str. 39, javno dostopno na spletnem portalu AJ PES.

⁵⁶ V letu 2008 je bil ocenjen tržni delež v tej skupini nad 43%.

Novartis (4,2%), AstraZeneca (3,9%), Pfizer (3,8%), Merck Sharp & Dohme (3,0%), Schering - Plough (2,9%) in Roche (2,6%). Imena največjih dobaviteljev so podobna kot v letu 2009. V deseterici sta Novartis in AstraZeneca zamenjali mesti, Roche pa je na desetem mestu zamenjal Sanofi-Aventis. Na prvih mestih sta ostali družbi Krka, ki je zmanjšala delež, in Lek, s katerima je Kemofarmacija realizirala več kot 16% vrednosti nabave.⁵⁷

30. Agencija je iz vpogleda v redne in zgodovinske izpiske sodnega registra na spletni strani AJPES ugotovila, da so bile v relevantnem obdobju med drugim naslednje osebe pooblašene za zastopanje (naziv vrste zastopnika je povzet iz sodnega registra) družbe Kemofarmacija:

Obdobje	Osebe pooblašene za zastopanje družbe Kemofarmacija
od 1. 6. 2010	Mlinar Franc, član uprave
od 1. 6. 2010	Pukl Marko, član uprave
od 1. 6. 2012	Poherc Davorin, direktor
1. 6. 2005 - 1. 6. 2010	Pukl Marko, član uprave
1. 6. 2005 - 1. 6. 2010	Mlinar Franc, član uprave
1. 6. 2007 - 1. 6. 2012	Poherc Davorin, predsednik uprave
1. 6. 2005 – 1. 6. 2007	Poherc Davorin, član uprave
1. 6. 2005 – 31. 5. 2007	Urlep Vojmir, predsednik uprave

Vir: AJPES⁵⁸

Salus d.d.

31. Salus je ena vodilnih veleprodajnih podjetij na področju celovite oskrbe slovenskega trga z zdravili, medicinskimi pripomočki in drugimi farmacevtskimi izdelki.
32. Družba Salus je delniška družba s sedežem v Ljubljani, katere osnovna dejavnost je trgovina na debelo s farmacevtskimi, medicinskimi in drugimi proizvodi. Iz letnega poročila družbe Salus za leto 2011, javno objavljenega na spletnih straneh AJPES, je razvidno, da ima družba kosovne delnice, ki se glasijo na prinosnika, in zato nima delniške knjige oziroma podatkov o lastnikih delnic. Iz podatkov skupščine delničarjev z dne 21. 5. 2011 je razvidno, da ima kapitalske deleže v družbi Salus vsaj 7 fizičnih oseb, Slovenska odškodninska družba, KD Rastko, delniški in Abanka Vipa d.d.⁵⁹
33. Družba Salus je konec leta 2007 prevzela (in si jo v letu 2009 pripojila) družbo Pharmakon d.o.o., trgovina in storitve, Tbilisijska ulica 87, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: Pharmakon), katere osnovna dejavnost je bila trgovina na debelo s farmacevtskimi, medicinskimi in drugimi proizvodi. Družba Salus ima od začetka leta 2011 100% poslovni delež v družbi CARSO trgovina, d.o.o., Litostrojska cesta 46A, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: Carso), katere glavna dejavnost je proizvodnja homogeniziranih in dietetičnih živil. Salus v letnem poročilu navaja, da je bil nakup družbe Carso v skladu z odločitvijo podjetja o širitvi svoje osnovne dejavnosti tudi na področje dobave, proizvodnje, uvajanja na trg in trženja zdravil oziroma drugih izdelkov, ki se lahko prodajajo v prosti prodaji, in da je z nakupom navedenega poslovnega deleža pridobil potrebno znanje na področju prehranskih dopolnil in nutritivnih proizvodov kot tudi že utečenih blagovnih znamk. Družba Salus ima skupaj z družbama Kemofarmacija in Farmadent od leta 2008 (2009) dalje tudi 30% (35%) poslovni delež v družbi Nensi, katere poslanstvo je strokovna in kakovostna obdelava podatkov o izdelkih, ki se uporabljajo v okviru zdravstvene dejavnosti v Sloveniji, z uporabo Nacionalne Enotne Šifre Izdelka (NENSI)⁶⁰ (glej tudi točki 25 in 42 odločbe).

⁵⁷ Letno poročilo družbe Kemofarmacija za leto 2010, str. 8, javno dostopno na spletnem portalu AJPES.

⁵⁸ Redni izpis iz sodnega registra ter Zgodovinski izpisek iz sodnega registra na spletnem portalu AJPES.

⁵⁹ Po podatkih v bazi GVIN je bila lastniška struktura družbe Salus d.d. na dan 31. 12. 2008 naslednja: fizične osebe 79,61% delež, Slovenska odškodninska družba 8,4% delež, KD Rastko, delniški vzajemni sklad 4,35% delež, Poteza naložbe d.o.o. 3,14% delež, Zvon ena ID, d.d., 2,41% delež, Krekov sklad skala 1,16% delež in Kapitalska družba, d.d., 0,93% delež.

⁶⁰ Letno poročilo družbe Salus za leto 2009, str. 3, javno dostopno na spletnem portalu AJPES.

34. Podjetje Salus posluje predvsem na slovenskem trgu, kar je razvidno iz podatkov v zadnjem objavljenem letnem poročilu. Iz Letnega poročila za leto 2011 izhaja, da podjetje Salus večino svojih prihodkov dosega na območju Republike Slovenije. Čisti prihodki od prodaje (podjetjem v skupini in drugim kupcem), doseženi v Sloveniji, so v letu 2011 znašali 204.350.814,00 evrov, doseženi na tujih trgih pa 1.280.481,00 evrov (skupaj 205.631.295,00 evrov).⁶¹
35. Podjetje Salus v letnem poročilu za leto 2011 navaja, da je po podatkih IMS o ustvarjeni prodaji na trgu zdravil v Sloveniji za leto 2011 podjetje doseglo 31,83 % tržni delež, kar pomeni, da je zmanjšal svoj tržni delež za 0,8 odstotne točke glede na leto 2010. Nadalje še navaja, da je padec tržnega deleža predvsem posledica znatne rasti tržnega deleža podjetja LL Grosista (samo lekarniški kanal), pri čemer je padec rahlo ublažila rast tržnega deleža na bolnišničnem kanalu, ki je posledica uspešnega sodelovanja podjetja Salus na javnih naročilih bolnišnic.⁶²
36. Salus z zdravili, medicinskimi pripomočki in drugimi proizvodi oskrbuje lekarne, bolnišnice in ostale kupce ter se tako uvršča med veletrgovce s širokim prodajnim asortimanom (t.i. »full-line wholesalers«). Poleg zdravil, ki obsegajo daleč največji delež prodaje (nad 87%), prodaja še medicinske pripomočke (3,9%), prehrano (3,4%), kozmetiko in kozmetične izdelke (2%).⁶³
37. Iz letnega poročila za leto 2011 izhaja, da predstavljajo lekarne in bolnišnice največje kupce podjetja. Podjetje omenja nižji obseg prodaje v letu 2011 v primerjavi s predhodnim letom, ki naj bi bil posledica manjše prodaje največjim kupcem, v prvi vrsti Javnemu zavodu Lekarna Ljubljana (znižanje dobav na letnem nivoju Javnemu zavodu Lekarne Ljubljana v letu 2011 kar za 15,7 % v primerjavi z letom 2010). Direktne dobave zdravil s strani proizvajalcev obema največjima bolnišničnima kupcema so povzročile tudi nižji obseg prodaje zdravil tema dvema kupcema, medtem ko se je delež prodaje preostalim bolnišničnim kupcem v letu 2011 povečal.
38. Nabava blaga pri dobaviteljih v Sloveniji je v letu 2011 predstavljala 62,4 % celotne nabave podjetja Salus, nabava blaga pri dobaviteljih iz Evropske unije 30,0 % in pri dobaviteljih izven Evropske unije 7,6 %. V letnem poročilu za leto 2011 je omenjeno, da zunanjetrgovinska dejavnost družbe ostaja pomembna konkurenčna prednost podjetja Salus na zahtevnem slovenskem trgu zdravil, saj na ta način podjetje zagotavlja stabilno, kakovostno in celovito ponudbo svojega prodajnega asortimana, ki ga ves čas dopolnjuje in dodatno širi.
39. Agencija je iz vpogleda v redne in zgodovinske izpiske sodnega registra na spletni strani AJPES ugotovila, da so bile v relevantnem obdobju med drugim naslednje osebe pooblaščenice za zastopanje (naziv vrste zastopnika je povzet iz sodnega registra) družbe Salus:

Obdobje	Osebe, pooblaščenice za zastopanje družbe Salus
od 1. 1. 2013 od 1. 1. 2013	Lavrič Miha, predsednik uprave Žiga Hieng, član uprave
1. 1. 2000 - 31. 12. 2007	Rupret Marko, direktor
1. 1. 2008 - 31. 12. 2012	Lavrič Miha, direktor

Vir: AJPES⁶⁴

Farmadent d.o.o.

⁶¹ Letno poročilo družbe Salus za leto 2011, str. 40 in 64, javno dostopno na spletnem portalu AJPES.

⁶² Letno poročilo družbe Salus za leto 2011, str. 5, javno dostopno na spletnem portalu AJPES.

⁶³ Deleži posameznih izdelkov v prodaji so izračunani na podlagi podatkov o poslovnih prihodkih po posameznih izdelkih iz Letnega poročila družbe Salus za leto 2011, str. 64, javno dostopno na spletnem portalu AJPES.

⁶⁴ Redni izpis iz sodnega registra ter Zgodovinski izpisek iz sodnega registra na spletnem portalu AJPES.

40. Tudi Farmadent je ena izmed vodilnih slovenskih veletrgovin za oskrbo zdravstva. Poslovanje obsega oskrbo z inovativnimi in kakovostnimi materiali, med katerimi največji delež zavzemajo zdravila, sledijo pa jim medicinsko – potrošni materiali, dentalni materiali in veterinarska zdravila. Z navedenimi izdelki oskrbujejo lekarne, bolnišnice, zdravstvene domove, zobozdravstvene in veterinarske ustanove po Sloveniji.⁶⁵ Kot popolna veletrgovina na področju oskrbe z zdravili, sanitetnim in medicinsko potrošnim materialom se je podjetje Farmadent dokončno uveljavilo na slovenskem distribucijskem prostoru v letu 2008, kar pomeni, da je sposobno dostavljati lekarnam celoten asortiman, ki ga potrebujejo,⁶⁶ in se tako uvršča med t.i. »full-line wholesalers«. Z nakupom dveh farmacevtskih veletrgovalnic (glej točko 42 odločbe) v Novem mestu in Novi Gorici v letu 2008 lahko podjetje oziroma skupina Farmadent oskrbi vsakega kupca (lekarno) v eni uri.⁶⁷
41. Družba Farmadent je družba z omejeno odgovornostjo s sedežem v Mariboru, katere osnovna dejavnost je trgovina na debelo s farmacevtskimi izdelki ter medicinskimi potrebščinami in materiali. Ustanovitelj družbe in edini družbenik (100% poslovni delež) je Javni zdravstveni zavod Mariborske lekarne Maribor, Minaškova ulica 6, 2000 Maribor.⁶⁸
42. Skupino Farmadent sestavljajo poleg obvladujoče družbe Farmadent še odvisni družbi GOPHARM trgovina in laboratorijske storitve, d.o.o., Cesta 25. junija 1D, 5000 Nova Gorica (v nadaljevanju: Gopharm), in HYGIA Družba za proizvodnjo in promet zdravil na debelo, Novo mesto, d.o.o., Foersterjeva ulica 10, 8000 Novo mesto (v nadaljevanju: Hygia). V obeh navedenih družbah, katerih osnovna dejavnost je trgovina na debelo s farmacevtskimi izdelki ter medicinskimi potrebščinami in materiali, ima družba Farmadent od leta 2009 dalje 100% poslovni delež (v letu 2008 je družba Farmadent pridobila obvladujoči delež v navedenih družbah, ki sta se nato v letu 2008 (Hygia) in v letu 2009 (Gopharm) preoblikovali iz delniških družb v družbi z omejeno odgovornostjo).⁶⁹ S prevzemom obeh navedenih farmacevtskih veletrgovalnic v Novem mestu (Hygia) in Novi Gorici (Gopharm) je Farmadent prerastel iz regionalnega distributerja v podjetje, prisotno na veleprodajnem trgu celotne države. Družba Farmadent ima tudi 20% poslovni delež v podjetju Nensi (glej tudi točki 25 in 33 odločbe).
43. Podjetje Farmadent posluje predvsem na slovenskem trgu, kar je razvidno iz podatkov v zadnjem objavljenem letnem poročilu. Iz Letnega poročila za leto 2010 izhaja, da je delež poslovanja na tujih trgih zanemarljiv. Podjetje Farmadent večino svojih prihodkov dosega na območju Republike Slovenije. Tako so njegovi čisti prihodki od prodaje na domačem trgu v letu 2010 znašali 97.843.502,00 evrov, od prodaje na tujem trgu pa 146.544,00 evrov (skupaj 97.990.046,00 evrov).⁷⁰ Čisti prihodki od prodaje podjetij v skupini so v letu 2010 skupaj znašali 114.775.040,00 evrov (delež čistih prihodkov od prodaje blaga in materiala na tujem trgu je znašal le 0,14%).⁷¹
44. Ponudbo podjetja Farmadent predstavlja širok nabor izdelkov, med katerimi največji delež zavzemajo zdravila, sledijo pa jim medicinsko – potrošni materiali, dentalni materiali in veterinarska zdravila. Prodajni program podjetja Farmadent sestavljajo naslednji izdelki: zdravila (za humano uporabo in za veterinarsko uporabo), medicinski pripomočki, živila (na primer prehranska dopolnila in živila za posebne zdravstvene namene), kozmetika, zobozdravstveni izdelki in ostali izdelki (na primer analize kemikalije, laboratorijska oprema).⁷² Podjetje v letnem poročilu za leto 2008 navaja, da je povečalo skupni tržni delež (podjetja v skupini Farmadent) v Republiki Sloveniji. Tržni delež v Republiki Sloveniji na področju veleprodaje zdravil se je v letu 2009 povečal za 0,18% in

⁶⁵ Predstavitev podjetja, dostopna na spletni strani podjetja Farmadent: <http://www.farmadent.si/predstavitev>, 6. 8. 2012; Dokument št. 306-45/2010-121, priloga št. 16.

⁶⁶ Letno poročilo družbe Farmadent za leto 2008, str. 3, dostopno na spletni strani podjetja Farmadent: http://www.farmadent.si/sites/all/themes/farmadent/Letno_porocilo_2008.pdf.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Redni izpis iz sodnega registra ter Zgodovinski izpisek iz sodnega registra na spletnem portalu AJPES.

⁶⁹ Redni izpis iz sodnega registra ter Zgodovinski izpisek iz sodnega registra na spletnem portalu AJPES.

⁷⁰ Letno poročilo družbe Farmadent za leto 2010, str. 34 in 35, javno dostopno na spletnem portalu AJPES.

⁷¹ Konsolidirano letno poročilo 2010 skupine Farmadent, str. 12 in 24, javno dostopno na spletnem portalu AJPES.

⁷² Prodajni program, dostopno na spletni strani podjetja Farmadent: http://www.farmadent.si/sites/default/files/osebna_f.pdf, 6. 8. 2012; Dokument št. 306-45/2010-121, priloga št. 17.

je v letu 2010 ostal na nivoju preteklega poslovnega leta.⁷³

45. Podjetje Farmadent v letnem poročilu navaja, da je v letu 2010 prodaja javnim lekarniškimi zavodom in zasebnim lekarnarjem še vedno predstavljala največji delež v celotnem prometu podjetja (81,3%)⁷⁴, čeprav naj bi se trend upadanja nadaljeval. Največji kupec po prometu so ostali lekarniški zavodi z 61,2% (v letu 2009 63,3%) deležem, sledile so jim zasebne lekarne z 20,1% (v letu 2009 20,5%) deležem.⁷⁵ Največji porast prodaje so v podjetju zabeležili pri prodaji bolnišnicam, katerih delež v strukturi prodaje je znašal 4,1% (v letu 2009 3,1%). Prodaja zdravstvenim domovom je ostala na enakem nivoju kot v predhodnem letu, in sicer je znašala 0,3%, povečal pa se je delež prodaje ostalim kupcem (predvsem veledrogerijam), katerih skupaj je v letu 2010 znašala 14,2% (v letu 2009 12,8%). Iz letnega poročila za leto 2010 tudi izhaja, da naj bi se kazal trend upadanja deleža prodaje veletrgovcev bolnišnicam, kar naj bi bilo posledica vse pogostejšega neposrednega sodelovanja proizvajalcev zdravil v postopkih javnega naročanja bolnišnic.
46. Agencija je iz vpogleda v redne in zgodovinske izpiske sodnega registra na spletni strani AJPES ugotovila, da so bile v relevantnem obdobju med drugim naslednje osebe pooblaščenke za zastopanje (naziv vrste zastopnika je povzet iz sodnega registra) družbe Farmadent:

Obdobje	Osebe pooblaščenke za zastopanje družbe Farmadent
od 13. 3. 2012 od 14. 10. 2011	Mlinarič Aleš, direktor Jurenc Dušanka, prokurist
1. 1. 2008 - 12. 3. 2012	Donko Leopold, direktor
1. 1. 2004 - 1. 1. 2008	Donko Leopold, direktor
1. 2. 2006 - 31. 12. 2008	Pukšič Milan, prokurist

Vir: AJPES⁷⁶

Gopharm d.o.o.

47. Družba Gopharm je del skupine Farmadent (glej točko 42 odločbe). Iz letnih poročil družbe Gopharm izhaja, da ji povezava s strateškim partnerjem (to je družbo Farmadent) pomaga pri doseganju zastavljenih ciljev. Sinergijski učinki so zaenkrat prisotni predvsem na nabavnem področju, usklajeno delovanje pa naj bi se v prihodnje osredotočilo tudi na racionalizacijo na področju prodaje.⁷⁷
48. Družba Gopharm je družba z omejeno odgovornostjo s sedežem v Novi Gorici, katere osnovna dejavnost je trgovina na debelo s farmacevtskimi izdelki ter medicinskimi potrebščinami in materiali. Edini družbenik (100% poslovni delež) je od leta 2009 dalje družba Farmadent. Družba Gopharm je bila ustanovljena kot delniška družba v letu 1993, v družbo z omejeno odgovornostjo se je preoblikovala v letu 2009, ko jo je prevzela družba Farmadent.⁷⁸
49. Gopharm nima odvisnih družb.⁷⁹
50. Gopharm večino svojih prihodkov dosega na območju Republike Slovenije. Tako so njegovi čisti prihodki od prodaje na domačem trgu v letu 2010 znašali 19.431.464,00

⁷³ Letno poročilo družbe Farmadent za leto 2009, str. 3, in Letno poročilo družbe Farmadent za leto 2010, str. 4, javno dostopni na spletnem portalu AJPES.

⁷⁴ V letu 2007 91,3%, v letu 2009 83,8% delež (Letno poročilo družbe Farmadent za leto 2009, str. 12).

⁷⁵ Tudi skupina Farmadent največji delež prometa realizira z javnimi lekarniškimi zavodi in zasebnimi lekarnarji – koncesionarji. Skupni delež prodaje lekarnam je v letu 2010 znašal 84,9%, delež prodaje bolnišnicam pa 9% skupnega prometa (vir: Konsolidirano letno poročilo 2010 skupine Farmadent).

⁷⁶ Redni izpis iz sodnega registra ter Zgodovinski izpisek iz sodnega registra na spletnem portalu AJPES.

⁷⁷ Letno poročilo družbe Gopharm za leto 2009, str. 2, in Letno poročilo družbe Gopharm za leto 2010, str. 2, javno dostopni na spletnem portalu AJPES.

⁷⁸ Redni izpis iz sodnega registra ter Zgodovinski izpisek iz sodnega registra na spletnem portalu AJPES.

⁷⁹ Preverjeno v bazi Gvin.

evrov, od prodaje na tujem trgu pa 14.400,00 evrov (skupaj 19.445.864,00 evrov).⁸⁰

51. Iz letnega poročila za leto 2010 izhaja, da je imela družba Gopharm v navedenem letu po podatkih IMS na slovenskem trgu 3,31% (v letu 2009: 3,29%) tržni delež (če upoštevamo prodajo po vrednostih), kar je pomenilo 0,6% (v letu 2009: 4,1 %) povečanje glede na predhodno leto. Če se upošteva prodajo po pakiranjih, je delež v letu 2010 znašal 4,19% (v letu 2009: 4,07%). Navaja, da je prodaja neenakomerno razporejena po regijah in da je imela v goriški regiji 27,38% (v letu 2009: 24,91%) (vrednostno) oziroma 32,14% (v letu 2009: 28,98%) (po pakiranjih) tržni delež, v obalno-kraški regiji pa 10,78% (v letu 2009: 10,55 %) (vrednostno) oziroma 14,77% (v letu 2009: 14,39%) (po pakiranjih) tržni delež. Podjetje je dejavno tudi na območju ljubljanske regije, kjer je tržni delež v letu 2009 znašal 3,13% (vrednostno) oziroma 4,23% (po pakiranjih). Največji dvig tržnega deleža v letu 2010 je beležila v goriški regiji, in sicer za skoraj 10%.⁸¹
52. Družba sodeluje na vseh javnih razpisih za bolnišnice ter na izbranih javnih razpisih za lekarne, za katere oceni, da lahko ustreza zahtevam iz razpisa. Med njenimi kupci so tudi lekarnarji zasebniki, predvsem na območju goriške in obalno-kraške regije.⁸²
53. Glede nabave trgovskega blaga Gopharm v letnih poročilih navaja, da si prizadeva k neposrednim nakupom trgovskega blaga pri proizvajalcih, kjer je to mogoče, saj to zanjo pomeni višjo razliko v ceni. V primerih, kjer nima direktnih stikov s proizvajalci, pa izvaja nabave preko oziroma skupaj z družbo Farmadent, ki je v letu 2009 postala eden glavnih dobaviteljev trgovskega blaga družbi Gopharm. V zvezi z nabavami blaga pri obvladujoči družbi Farmadent navaja, da je delež prometa z družbo Farmadent v letu 2010 dosegel 30,3% (v letu 2009: 27,4%) celotne nabave trgovskega blaga in da te nabave potekajo pod enakimi pogoji kot veljajo za ostale kupce.⁸³
54. Agencija je iz vpogleda v redne in zgodovinske izpiske sodnega registra na spletni strani AJPES ugotovil, da so bile v relevantnem obdobju med drugim naslednje osebe pooblaščenice za zastopanje (naziv vrste zastopnika je povzet iz sodnega registra) družbe Gopharm:

Obdobje	Osebe pooblaščenice za zastopanje družbe Gopharm
od 27. 5. 2009	Štefančič Tadeja, direktor
1. 9. 2007 - 27. 5. 2009	Štefančič Tadeja, direktor
1. 5. 2002 - 30. 8. 2007	Štefančič Pavlovič Tadeja, prokurist
26. 6. 2000 – 1. 9. 2007	Kobal Žvanut Karolina, direktor

Vir: AJPES⁸⁴

III.3 Opis panoge oziroma dejavnosti, ki je predmet postopka

III.3.1 Promet z zdravili na debelo

55. Promet z zdravili na debelo v skladu z določbami ZZdr-1⁸⁵ pomeni dejavnosti nakupa, shranjevanja, prodaje, vnosa, iznosa, uvoza zdravil ali izvoza zdravil, razen izdaje zdravil posameznim fizičnim in pravnim osebam za njihovo osebno uporabo ali uporabo pri opravljanju zdravstvene dejavnosti. Promet z zdravili na debelo lahko opravljajo pravne ali fizične osebe, ki izpolnjujejo predpisane pogoje in imajo veljavno dovoljenje organa, pristojnega za zdravila, to je JAZMP, za opravljanje dejavnosti prometa z zdravili na debelo.

⁸⁰ Letno poročilo družbe Gopharm za leto 2010, str. 5, javno dostopno na spletnem portalu AJPES.

⁸¹ Letno poročilo družbe Gopharm za leto 2009, str. 2, in Letno poročilo družbe Gopharm za leto 2010, str. 2, javno dostopni na spletnem portalu AJPES.

⁸² Ibid.

⁸³ Letno poročilo podjetja družbe za leto 2009, str. 2 in 4, in Letno poročilo družbe Gopharm za leto 2010, str. 2 in 4, javno dostopni na spletnem portalu AJPES.

⁸⁴ Redni izpis iz sodnega registra ter Zgodovinski izpisek iz sodnega registra na spletnem portalu AJPES.

⁸⁵ 51. točka 6. člena ZZdr-1.

56. Promet z zdravili na debelo je podrobneje urejen s podzakonskimi predpisi. Na področju prometa z zdravili na debelo je bil konec leta 2008 sprejet Pravilnik o natančnejših pogojih za opravljanje dejavnosti prometa z zdravili na debelo in ugotavljanju izpolnjevanja teh pogojev ter o postopku priglasitve dejavnosti ali pridobitve dovoljenja za promet z zdravili na debelo⁸⁶ (v nadaljevanju: Pravilnik o pogojih za opravljanje dejavnosti prometa z zdravili na debelo 2009) z začetkom veljavnosti 4. 7. 2009. Pred uveljavitvijo navedenega pravilnika je v obdobju od 16. 8. 2003 do 4. 7. 2009 veljal Pravilnik o natančnejših pogojih za promet na debelo z zdravili⁸⁷.
57. Agencija ugotavlja, da je v letu 2011 znašal obseg prodaje zdravil po veleprodajni ceni (trg zdravil) v Republiki Sloveniji 573.186.514,00 evrov (in je bila za 1,47% nižja od velikosti trga zdravil v letu 2010), od tega v lekarniškem segmentu 454.783.051 evrov (79,34% celotnega trga zdravil) in v bolnišničnem segmentu 112.900.466 evrov (19,70% celotnega trga zdravil).⁸⁸ Na lekarniškem segmentu gre ves čas večji del prodaje zdravil javnim lekarniškim zavodom (razmerje med javnimi lekarniškimi zavodi in lekarnarji zasebniki je približno 70:30 - glej tudi točko 72 odločbe). Lekarnam večino zdravil prodajajo veletrgovci z zdravili, ki se uvrščajo med veletrgovce s celotnim asortimanom zdravil. Na območju Republike Slovenije delujejo le trije večji veletrgovci z zdravili, to so podjetja Kemofarmacija, Salus in Farmadent, ki so tudi stranke tega postopka, pri čemer je mogoče ugotoviti, da vsaj od leta 2005 dalje večji del (okrog 75%) trga dobave zdravil na debelo zavzemata podjetji Kemofarmacija in Salus.

III.3.1.1 Ponudba

58. Tako promet z zdravili na splošno kot tudi promet z zdravili na debelo sta močno regulirana. Za opravljanje dejavnosti in s tem nastopanje na trgu pri prodaji zdravil na debelo mora podjetje predhodno pridobiti ustrezno dovoljenje. Iz določb ZZdr-1 izhaja, da je veletrgovec z zdravili pravna oziroma fizična oseba, ki na podlagi dovoljenja organa, pristojnega za zdravila, opravlja dejavnost prometa na debelo z zdravili z namenom pridobivanja dobička ali brez.⁸⁹ Veletrgovci, ki opravljajo promet z zdravili na debelo, morajo pri izvajanju dejavnosti upoštevati načela in smernice dobre distribucijske prakse, zlasti pa morajo imeti vzpostavljen sistem zagotavljanja kakovosti, kar se odraža tudi prek zagotavljanja zadostnega števila strokovnjakov med njihovim osebjem in ustreznih prostorov (skladišč) in opreme.⁹⁰ Zaradi varovanja zdravja ljudi morajo veletrgovci zagotavljati stalen in ustrezen izbor zdravil, s katerim zadoščajo zahtevam določenega geografskega območja in v ustrezno kratkem času dostavljati zahtevane dobave celotnemu zadevnemu območju.⁹¹ To sta dve izmed obveznosti, ki jih ZZdr-1 nalaga vsem veletrgovcem z zdravili kot pogoj za pridobitev dovoljenja za trgovanje z zdravili na debelo na trgu Republike Slovenije. Podjetje Kemofarmacija v izjavi o PRD⁹² navaja, da so veletrgovci zavezani, da v vsakem trenutku razpolagajo s celotnim izborom zdravil, ne glede na morebitne spremembe cen posameznih zdravil. Če zaradi spremembe veljavne cene veletrgovci s trgovanjem sploh ne bi pričeli, ali pa bi slednje na lastno pobudo prekinili, kar bi ogrozilo preskrbo prebivalstva z zdravili, bi tržni inšpektor lahko na podlagi ZZdr-1 veletrgovcem z odločbo naložil obveznost trgovanja s temi zdravili in upoštevanje veljavnih cen pri trgovanju. Navaja tudi, da neizpolnjevanje navedenih obveznosti lahko na podlagi 75. člena ZZdr-1 privede do odvzema dovoljenja za trgovanje z zdravili na debelo.
59. Veletrgovci lahko **kupujejo** zdravila le pri pravnih in fizičnih osebah, ki imajo dovoljenje

⁸⁶ Ur. l. RS, št. 46/09.

⁸⁷ Ur. l. RS, št. 75/03.

⁸⁸ Vir: Članek »Slovenski trg zdravil v letu 2011«, dostopen na spletni strani podjetja Kemofarmacija; Dokument št. 306-45/2010-121, priloga št. 23.

⁸⁹ 72. točka 6. člena ZZdr-1.

⁹⁰ Glej na primer določbo 74. člena ZZdr-1 in določbe od 6. do 10. člena Pravilnika o pogojih za opravljanje dejavnosti prometa z zdravili na debelo 2009.

⁹¹ Glej določbo 47. člena ZZdr-1 in 3. člen Pravilnika o pogojih za opravljanje dejavnosti prometa z zdravili na debelo 2009.

⁹² Glej npr. str. 8 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija.

za opravljanje dejavnosti izdelave ali prometa z zdravili na debelo.⁹³ Iz navedenega izhaja, da veletrgovci kupujejo zdravila zlasti pri proizvajalcih zdravil ali pri drugih veletrgovcih. **Prodajati** pa jih smejo veletrgovci le tistim pravnim in fizičnim osebam, ki imajo dovoljenje za opravljanje dejavnosti prometa z zdravili na debelo ali drobno ter lekarnam. Poleg prodaje navedenim osebam lahko veletrgovci prodajajo zdravila tudi neposredno zdravstvenim zavodom oziroma pravnim in fizičnim osebam, ki imajo dovoljenje pristojnega organa za opravljanje zdravstvene dejavnosti⁹⁴ (podrobneje glede kupcev veletrgovcev z zdravili glej naslednji razdelek III.3.1.2 Povpraševanje).

60. Na strani ponudnikov zdravil v prometu z zdravili na debelo nastopajo podjetja, ki opravljajo dejavnost prometa z zdravili na debelo in imajo dovoljenje za promet z zdravili na debelo (veletrgovci z zdravili). Agencija ugotavlja, da ima na območju Republike Slovenije dovoljenje za promet z zdravili na debelo sicer večje število družb (trenutno preko 70)⁹⁵, vendar je med njimi le manjše število večjih veletrgovcev s polnim naborom zdravil (t.i. »full-line wholesalers«), ki so usposobljeni za dobavo zdravil lekarnam. To so zlasti podjetja Kemofarmacija, Salus in Farmadent (vključno z Gopharm), ki zavzemajo večji del trga dobave zdravil na debelo in so hkrati tudi podjetja, zoper katera Agencija vodi ta postopek (natančni opisi podjetij se nahajajo v podpoglavju III.2 Udeleženci na trgu / Stranke postopka). Poleg navedenih veletrgovcev z zdravili je treba omeniti še družbe Sanolabor, d.d., Medis d.o.o. in IRIS, Mednarodna trgovina d.o.o., katerih osnovna dejavnost je tudi dejavnost prometa s farmacevtskimi izdelki na debelo, vendar pa se ne uvrščajo med t.i. »full-line wholesalers« in ne dobavljajo zdravil lekarnam v takšnem obsegu, kot prej navedeni veletrgovci z zdravili. V Republiki Sloveniji ni predpisana obveznost proizvajalcev, da distribuirajo zdravila prek veletrgovcev, zato obstaja tudi neposredna distribucija zdravil. Tako v praksi poleg veletrgovcev z zdravili tudi proizvajalci sami (ali prek zastopnikov) prodajajo zdravila neposredno bolnišnicam (ne pa tudi lekarnam oziroma v zelo omejenem obsegu). Med imetniki dovoljenj za opravljanje dejavnosti prometa z zdravili na debelo so tako tudi proizvajalci zdravil oziroma njihovi zastopniki (na primer Bayer, farmacevtska družba d.o.o., GlaxoSmithKline d.o.o., Lek farmacevtska družba d.d., KRKA tovarna zdravil d.d., Novo mesto, Pliva Ljubljana, farmacevtska industrija d.o.o., Roche farmacevtska družba d.o.o., Sandoz farmacevtska družba d.d.).
61. Agencija ugotavlja, da so v obdobju, na katero se nanašajo ugotovitve v tej odločbi, na območju Republike Slovenije delovali le trije večji veletrgovci z zdravili, ki so tudi edini izpolnjevali pogoje za prodajo zdravil v večjem obsegu, in sicer so to podjetja Kemofarmacija, Salus in Farmadent (vključno z Gopharm). Navedene ugotovitve izhajajo tako iz navedb podjetja Salus v letnih poročilih kot tudi navedb podjetja Kemofarmacija v izjavi o PRD⁹⁶. Podjetje Salus navaja, da se je dejavnost prometa s farmacevtskimi izdelki na debelo v Sloveniji že v letu 2008 konsolidirala in da že od leta 2008 dalje v tej dejavnosti delujejo le trije večji distributerji zdravil.⁹⁷ V letu 2011 so v dejavnosti prometa s farmacevtskimi izdelki na debelo v Sloveniji delovali le trije večji veletrgovci s polnim naborom zdravil (t.i. »full-line wholesalers«).⁹⁸ Nadalje iz letnih poročil podjetja Salus tudi izhaja, da so vsaj od leta 2009 dalje v sistem javnih naročil vključene praktično vse slovenske bolnišnice in da se povečuje delež lekarniških zavodov, ki kupujejo zdravila prek javnih naročil. Podjetje navaja, da to prispeva k povečanju konkurence med dobavitelji in k zaostrovanju pogojev poslovanja na področju distribucije zdravil, vendar pa pomembneje ne vpliva na deleže prodaje posameznih distributerjev zdravil tem zavodom.⁹⁹

⁹³ Prvi odstavek 73. člena ZZdr-1.

⁹⁴ Drugi in tretji odstavek 73. člena ZZdr-1.

⁹⁵ Seznam imetnikov dovoljenja za opravljanje dejavnosti prometa z zdravili na debelo na dan 30.06.2012, objavljen na spletni strani JAZMP: <http://www.jazmp.si/fileadmin/datoteke/seznami/SFN/ImetnikiDovoljeniNaDebelo.pdf>; Dokument št. 306-45/2010-121, priloga št. 3.

⁹⁶ Glej npr. str. 51 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija.

⁹⁷ Letno poročilo družbe Salus za leto 2009, str. 2, Letno poročilo družbe Salus za leto 2010, str. 3.

⁹⁸ Letno poročilo družbe Salus za leto 2011, str. 5 in 11.

⁹⁹ Letno poročilo družbe Salus za leto 2011, str. 4 in 5, Letno poročilo družbe Salus za leto 2010, str. 1 in 2, Letno poročilo družbe Salus za leto 2009, str. 2.

62. Agencija je pridobila podatke o tržnih deležih pri distribuciji zdravil od leta 2008 dalje iz letnih poročil podjetij in drugih javno dostopnih virov. Tako je iz letnih poročil podjetja Kemofarmacija razvidno, da je njegov tržni delež pri distribuciji zdravil na koncu leta 2008 znašal 42,2%¹⁰⁰, na koncu leta 2009 42,4%¹⁰¹ in 42,28% v letu 2010¹⁰². Podjetje Salus navaja, da je po podatkih o ustvarjeni prodaji na trgu zdravil v Sloveniji za leto 2009 doseglo 33,43% tržni delež, kar naj bi pomenilo, da je v letu 2009 povečalo svoj tržni delež za 0,04 odstotne točke glede na leto 2008.¹⁰³ Po podatkih za leto 2010 je podjetje Salus doseglo 32,90% tržni delež, kar naj bi pomenilo, da je v letu 2010 zmanjšalo svoj tržni delež za 0,53 odstotne točke glede na leto 2009.¹⁰⁴ Po zadnjih, javno dostopnih podatkih v letnem poročilu, je podjetje Salus po podatkih IMS o ustvarjeni prodaji na trgu zdravil v Sloveniji za leto 2011 doseglo 31,83 % tržni delež, kar naj bi pomenilo, da je v letu 2011 zmanjšalo svoj tržni delež za 0,8 odstotne točke glede na leto 2010.¹⁰⁵ Podjetje Farmadent v letnih poročilih ne navaja ocenjene višine njegovega tržnega deleža pri distribuciji zdravil, ga pa po javno dostopnih podatkih ocenjujejo med 17%¹⁰⁶ in 20%¹⁰⁷.
63. Iz navedenega brez dvoma izhaja, da že vsaj od leta 2008 dalje večji del trga prodaje zdravil na debelo zavzemata podjetji Kemofarmacija (okrog 42%) in Salus (okrog 32%), katerima sledi podjetje Farmadent (pred letom 2009 manj kot 15%, od leta 2009 dalje okrog 17%). Preostali del trga prodaje zdravil na debelo si delijo podjetja z znatno nižjimi tržnimi deleži (na primer podjetji Sanolabor d.d. in Medis d.o.o.). Na tem mestu je treba omeniti tudi vstop novega veletrgovca z zdravili, družbe LL GROSIST družba za prodajo farmacevtskih, medicinskih in drugih proizvodov na debelo d.o.o. (v nadaljevanju: LL Grosist), ki jo je leta 2009 ustanovil Javni zavod Lekarna Ljubljana, dovoljenje za promet z zdravili na debelo pa je pridobilo v mesecu marcu 2010. Podjetje v letnem poročilu za leto 2011¹⁰⁸ navaja, da je bilo ustanovljeno z namenom opravljanja prometa z zdravili na debelo, predvsem za svojega ustanovitelja, Javni zavod Lekarna Ljubljana. Podjetje LL Grosist je v letu 2011 ustvarilo 19.797.540,00 evrov (v letu 2010: 2.582.338,00 evrov) čistih prihodkov od prodaje, glavnino s prodajo zdravil in blaga lekarnam Javnega zavoda Lekarna Ljubljana.
64. Agencija je pridobila tudi podatke o tržnih deležih pri prodaji zdravil na debelo pred letom 2008 iz odločb v zadevah presoje koncentracij, ki so jih priglasila Uradu (sedaj Agencija) podjetja Salus¹⁰⁹, Farmadent¹¹⁰ in Kemofarmacija¹¹¹. Iz navedenih odločb je razvidno, da so podjetja navajala naslednje tržne deleže (podjetij in njihovih konkurentov) pri prodaji zdravil, ki so temeljili na podatkih iz plačljive baze podatkov »PharMIS«: za leto 2005 (Kemofarmacija [ni podatka], Salus 32,52%, Farmadent 14,15% in Gopharm 3,92%), za leto 2006 (Kemofarmacija [ni podatka], Salus 32,91%, Farmadent 13,77% in Gopharm 3,83%) in za leto 2007 (Kemofarmacija 42%, Salus 35%, Farmadent 13,26%, Gopharm 3,62%, Vitapharm 2% in Hygia 0,73%). Navedena podjetja so navajala kot konkurente le tista podjetja, ki distribuirajo kompleten asortiman zdravil. Navedla¹¹² so, da ostala podjetja, ki imajo sicer dovoljenje za promet z zdravili, tržijo le zdravila enega ali dveh proizvajalcev ali ozek specializiran segment sicer večjega proizvajalca.
65. Agencija zaključuje, da so na območju Republike Slovenije vsaj od leta 2005 do začetka leta 2012 na trgu prodaje zdravil na debelo delovali trije večji veletrgovci z zdravili, ki

¹⁰⁰ Letno poročilo družbe Kemofarmacija za leto 2008, str. 3.

¹⁰¹ Letno poročilo družbe Kemofarmacija za leto 2009, str. 3.

¹⁰² Letno poročilo družbe Kemofarmacija za leto 2010, str. 3.

¹⁰³ Letno poročilo družbe Salus za leto 2009, str. 2.

¹⁰⁴ Letno poročilo družbe Salus za leto 2010, str. 2.

¹⁰⁵ Letno poročilo družbe Salus za leto 2011, str. 5.

¹⁰⁶ Članek na spletni strani časnika Večer; Damijan Toplak: Farmadent čaka težko leto, objavljen dne 30. 12. 2011, dostopno na spletni strani: <http://web.vecer.com/portali/vecer/v1/default.asp?kaj=3&id=2011123005728616>; Dokument št. 306-45/2010-121, priloga št. 4.

¹⁰⁷ Članek na spletni strani časnika Dnevnik; Katja Svenšek: Urad za varstvo konkurence ugotavlja kršitev konkurenčne zakonodaje: Trgovci z zdravili naj bi si razdelili trg, objavljen v Poslovnem dnevniku dne 14. 9. 2010, dostopno na spletni strani: http://moj.dnevnik.si/tiskane_izdaje/dnevnik/1042387471; Dokument št. 306-45/2010-121, priloga št. 5.

¹⁰⁸ Letno poročilo družbe LL Grosist za leto 2011; Dokument št. 306-45/2010-121, priloga št. 6.

¹⁰⁹ Odločba Urada opr. št. 306-64/2007-2 z dne 8. 6. 2007 (dokument opr. št. 306-45/2010-121, priloga št. 7).

¹¹⁰ Odločba Urada opr. št. 306-101/2008-22 z dne 29. 8. 2008 (dokument opr. št. 306-45/2010-121, priloga št. 8).

¹¹¹ Odločba Urada opr. št. 306-147/2008-6 z dne 10. 10. 2008 (dokument opr. št. 306-45/2010-121, priloga št. 9).

¹¹² Na primer podjetje Farmadent.

imajo vseskozi stabilne tržne deleže. To so podjetja Kemofarmacija, Salus in Farmadent, ki so tudi stranke predmetnega postopka pred Agencijo. Podjetjema Kemofarmacija in Salus se tržni delež z leti skoraj ni spreminjal (podjetju Salus se je njegov tržni delež le malenkost znižal). Podjetje Farmadent je pridobilo razmeroma večji tržni delež po letu 2009, kar sovпада s prevzemom družb Gopharm in Hygia. V preteklih letih (v letu 2010) je vstopil na trg prodaje zdravil na debelo nov veletrgovec LL Grosist, ki je vertikalno povezan z Lekarno Ljubljana, največjim javnim lekarniškim zavodom, kateremu prodaja tudi glavino zdravil. Podjetji Salus in Kemofarmacija ga omenjata kot konkurenta, zlasti pa podjetje Salus (v letnih poročilih za leto 2010 in 2011), ki izpostavlja, da se je zmanjšala prodaja zdravil kupcu Lekarna Ljubljana, kateremu vse več zdravil dobavlja njena odvisna družba LL Grosist. Glede na podatke o čistih prihodkih od prodaje v letu 2011 Agencija ocenjuje, da je bil tržni delež družbe LL Grosist pri prodaji zdravil na debelo vsaj v letu 2011 zelo nizek in ni bistveno vplival na tržne deleže družb Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm v obdobju, na katero se nanaša predmetna kršitev.

Opredelevitev do navedb strank

66. Stranke postopka zgoraj ugotovljenim tržnim deležem podjetij Kemofarmacija, Salus in Farmadent v izjavah o PRD niso ugovarjale. Podjetje Farmadent pa je ugovarjalo zaključkom Agencije glede tržnega deleža družbe LL Grosist pri prodaji zdravil na debelo, ki je bil po oceni Agencije v letu 2011 zelo nizek in ni bistveno vplival na tržne deleže. Farmadent navaja, da je ta zaključek Agencije napačen, saj je družba LL Grosist v letu 2011 dosegla večji promet kot družba Gopharm, in očita Agenciji, da ni ocenila trenda rasti družbe LL Grosist, ki naj bi po napovedih za leto 2012 dosegla promet cca 40 mio. Očita tudi, da Agencija ne pojasni, zakaj družba LL Grosist ni stranka v tem postopku. Agencija poudarja, da se ugotovitve v predmetnem postopku nanašajo na usklajeno oddajanje ponudb podjetij v postopkih oddaje javnih naročil in delitev javnih naročil / trga v obdobju od leta 2006 dalje, družba LL Grosist pa je dejavna na trgu šele od leta 2010 dalje, pri čemer dosega prihodke iz poslovanja pretežno iz prodaje zdravil in blaga lekarnam njenega ustanovitelja in edinega družbenika, to je Javnega zavoda Lekarna Ljubljana (glej točko 63 odločbe). Agencija tudi nima podatkov, da je družba LL Grosist v relevantnem obdobju sodelovala na kateremkoli izmed javnih razpisov, niti ne razpolaga z dokazi, iz katerih bi izhajalo, da je družba LL Grosist sodelovala pri kršitvi, ki je predmet tega postopka. Morebitne druge kršitve konkurenčnih pravil, na katere opozarjajo stranke postopka, pa niso predmet tega postopka. Iz navedenega izhaja, da so vsi očitki podjetja Farmadent neutemeljeni, zato jih Agencija zavrača.
67. Agencija v zvezi z navedbami podjetja Salus, da so proizvajalci in ostali izmed 70 družb, ki imajo dovoljenje JAZMP, veletrgovci z zdravili, ki bi lahko dobavljali zdravila tudi direktno javnim lekarniškim zavodom, in da naj bi to v omejenem obsegu tudi počeli, pojasnjuje, da je v tej odločbi brez dvoma ugotovljeno, da dobavljajo zdravila lekarnam skoraj izključno veletrgovalci s celotnim asortimanom zdravil, zato po oceni Agencije drugih imetnikov dovoljenj, kot so proizvajalci zdravil oziroma njihovi zastopniki, ne moremo šteti za konkurente veletrgovcev z zdravili pri dobavi zdravil lekarnam.
68. Podjetje Salus je v izjavi o PRD¹¹³ tudi ugovarjalo, da so ugotovitve Agencije, po katerih naj bi na strani ponudnikov nastopali *zlasti* veletrgovci z zdravili, netočne in da naj bi tudi proizvajalci oziroma njihovi zastopniki, ki prav tako nastopajo kot veletrgovci, lahko dobavljali zdravila tudi direktno javnim lekarniškim zavodom, kar naj bi tudi sicer v omejenem obsegu dejansko tudi počeli. Agencija pojasnjuje, da je navedeno upoštevala in tudi pojasnila v PRD ter v tej odločbi, zato zavrača kot nepotreben predlog Salusa, da naj opravi poizvedbe pri proizvajalcih zdravil in javnih lekarniških zavodih glede neposredne prodaje zdravil. Opredelevitev »veletrgovci z zdravili« uporablja za namene te odločbe za podjetja, ki v skladu z določbami ZZdr-1 opravljajo dejavnost prometa z zdravili na debelo in je njihova glavna registrirana dejavnost trgovina na debelo s farmacevtskimi izdelki in medicinskimi potrebščinami (šifra 46.460 po SKD). Navedeno je tudi, da so imetniki dovoljenj za opravljanje dejavnosti prometa z zdravili na debelo tudi

¹¹³ Glej npr. str. 24 in 25 izjave o PRD podjetja Salus.

proizvajalci zdravil (glej točko 60 odločbe), pri čemer je tudi iz nadaljnjih ugotovitev Agencije v odločbi razvidno, da lekarnam v pretežni meri dobavljajo veletrgovci z zdravili s celotnim asortimanom zdravil, katerih glavna dejavnost je trgovina na debelo s farmacevtskimi izdelki, in ne proizvajalci zdravil oziroma njihovi zastopniki (glej tudi Tabela št. 3: Strukturni deleži veletrgovcev z zdravili v javnih lekarniških zavodih, ki se nahaja v Prilogi 6: Tabeli št. 3 in 4). Glede na pojasnjeno Agencija na tem mestu tudi zavrača kot nepravilne navedbe podjetja Farmadent iz izjave o PRD¹¹⁴ (ki so celo v nasprotju z zgoraj povzetimi navedbami podjetja Salus), da lahko proizvajalci skladno s četrtem odstavkom 66. člena ZZDr-1 zdravila prodajajo le veletrgovcem, ne pa tudi neposredno bolnišnicam ali lekarnam. 66. člen ZZDr-1 se namreč nanaša na dovoljenje za izdelavo zdravil, ki glede na navedeno določbo obsega tudi dovoljenje za promet z zdravili na debelo do veletrgovca (torej od proizvajalca do veletrgovca), kar po mnenju Agencije ne izključuje možnosti, da tudi proizvajalec skladno z določbami 74. in 75. člena ZZDr-1 zaprosi in pridobi dovoljenje za opravljanje prometa na debelo. Da imajo takšna dovoljenja tudi proizvajalci zdravil oziroma njihovi zastopniki pa izhaja končno tudi iz Seznama imetnikov dovoljenja za opravljanje dejavnosti prometa z zdravili na debelo pri JAZMP (glej tudi točko 60 odločbe).

III.3.1.2 Povpraševanje

69. Na strani povpraševanja po zdravilih v prometu na debelo nastopa več subjektov, to so zlasti lekarnе in bolnišnice¹¹⁵, pri čemer je mogoče ugotoviti, da obstajajo zlasti zaradi obsega in strukture nabave zdravil s strani lekarn/bolnišnic ter načina izdaje in financiranja zdravil takšne razlike, da je treba obravnavati ločeno nabavo zdravil v lekarnah od nabave zdravil v bolnišnicah. Lekarnе namreč nabavljajo zdravila za nadaljnjo prodajo oziroma izdajo zdravil končnim potrošnikom, to je pacientom, medtem ko bolnišnice nabavljajo zdravila za paciente, ki se zdravijo v bolnišnicah in tam dobivajo zdravila. Lekarnе običajno naročajo zdravila po njihovih lastniških imenih in proizvajalcih, medtem ko bolnišnice zbirajo ponudbe za nakup zdravil po njihovih učinkovinah (navedejo na primer zdravilno učinkovino, farmacevtsko obliko, količinsko sestavo, pakiranje, enoto mere in količino). Pri dobavi zdravil lekarnam je končni plačnik ZZZS (zdravila na recept) ali pacient (OTC zdravila), bolnišnice pa so tako končni kupec kot tudi plačnik (bolnišnice namreč načeloma ne zaračunavajo ZZZS posebej zdravil, temveč so ti stroški zajeti med materialnimi stroški, ki so vključeni v vrednost programov oziroma cene zdravstvenih storitev, ki jih ZZZS zagotavlja bolnišnici za izvajanje njene dejavnosti).
70. Iz prejšnjega razdelka, izhaja, da veletrgovci z zdravili prodajajo zdravila zlasti lekarnam. Navedeno je tudi razvidno iz opisa posameznih podjetij, ki so stranke predmetnega postopka (podpoglavje III.2 Udeleženci na trgu / Stranke postopka).
71. Promet z zdravili na drobno poteka v lekarnah in specializiranih prodajalnah. Promet z zdravili na drobno v lekarnah je natančneje urejen v posebnem zakonu, to je Zakonu o lekarniški dejavnosti (ZLD)¹¹⁶, ki je v veljavi od leta 1992 in je bil nazadnje spremenjen v letu 2004. Promet z zdravili na drobno v specializiranih prodajalnah pa je podrobneje urejen v predpisu, ki ga izda minister, in sicer je to Pravilnik o natančnejših pogojih, ki jih morajo izpolnjevati specializirane prodajalne za promet z zdravili na drobno, in o postopku ugotavljanja teh pogojev¹¹⁷, ki velja od leta 2009 dalje¹¹⁸.

¹¹⁴ Glej npr. str. 5 in 6 izjave o PRD podjetja Farmadent.

¹¹⁵ Bolnišnice (zdravstveni zavodi) kupujejo zdravila večinoma za lastno preskrbo z zdravili, ki se uporabljajo za zdravljenje in nego hospitaliziranih oseb. Pri prodaji zdravil zdravstvenim zavodom je treba omeniti, da dejavnost bolnišnic in zdravstvenih domov ureja Zakon o zdravstveni dejavnosti (Ur. l. RS, št. 23/05-UPB2, 15/08-ZPacP, 23/08, 58/08-ZZdrS-E, 77/08-ZDZdr in 40/12-ZUJF; v nadaljevanju: ZZDej), v skladu s katerim opravljajo bolnišnice zdravstveno dejavnost na sekundarni ravni, medtem ko so zdravstveni domovi organizirani za opravljanje osnovne zdravstvene dejavnosti oziroma zdravstvene dejavnosti na primarni ravni. Navedeni subjekti so organizirani kot zdravstveni zavodi, pri čemer so javni zdravstveni zavodi zavezani ravnati v skladu s predpisi s področja javnega naročanja (bolnišnice so namreč kot javni zavodi v 100-odstotni lasti Republike Slovenije, zdravstveni domovi pa so kot javni zavodi v 100-odstotni lasti občin ali mest.).

Tako bolnišnice kupujejo tudi zdravila po postopkih oddaje javnih naročil, v katerih konkurirajo za pridobitev javnega naročila tako veletrgovci z zdravili kot tudi proizvajalci zdravil oziroma njihovi zastopniki.

¹¹⁶ Ur. l. RS, št. 9/92, 38/99, 2/04 in 36/04-UPB1.

¹¹⁷ Ur. l. RS, št. 64/09.

72. V ZLD je določeno, da so lekarnе in njihove podružnice organizirane bodisi kot organizacijska enota javnega zavoda, ustanovljenega za opravljanje lekarniške dejavnosti (v nadaljevanju: javni lekarniški zavod), ali kot poslovna enota zasebnika s koncesijo (v nadaljevanju: lekarnar, koncesionar, zasebna lekarna). Lekarniška dejavnost je del zdravstvene dejavnosti, ki zagotavlja preskrbo prebivalstva in zdravstvenih zavodov ter drugih organizacij z zdravili in obsega izdajo zdravil na recept in brez recepta ter magistrhalno pripravo zdravil.¹¹⁹ Splošno preskrbo prebivalstva, zdravstvenih zavodov in drugih organizacij z zdravili opravljajo t.i. javne lekarnе. Vsaka bolnišnica pa za lastno preskrbo z zdravili in drugimi pomožnimi sredstvi, ki se uporabljajo za zdravljenje in nego hospitaliziranih oseb, organizira bolnišnično lekarno. Na območju Republike Slovenije močno prevladujejo javni lekarniški zavodi, ki jih ustanovi občina ali mesto za opravljanje lekarniške dejavnosti na svojem območju.¹²⁰ Glede na podatke o vseh lekarniških enotah v Republiki Sloveniji v letu 2011, je razmerje med javnimi in zasebnimi lekarnami približno 70:30. Takšna ocena tudi bistveno ne odstopa od podatkov MZ, ki je pripravilo predlog novega zakona, ki naj bi urejal lekarniško dejavnost in je objavljen na spletni strani MZ, po katerih naj bi leta 2009 24 javnih lekarniških zavodov realiziralo prihodke v višini 463 milijonov evrov, medtem ko naj bi 86 zasebnih lekarn realiziralo prihodke v višini med 110 do 120 milijoni evrov.¹²¹ Iz navedenega izhaja, da naj bi bilo v letu 2009 razmerje med javnimi lekarniškiimi zavodi in zasebniki glede na realizirane prihodke celo 80:20.

73. Agencija zaključuje, da v prometu z zdravili na debelo največ povprašujejo po zdravilih lekarnе (javni lekarniški zavodi in zasebniki), ki nabavljajo zdravila (zdravila na recept in OTC zdravila) zaradi nadaljnje prodaje oziroma izdaje zdravil kupcem/pacientom/potrošnikom. Lekarnam dobavljajo zdravila večinoma veletrgovci z zdravili, ki imajo v svoji ponudbi celoten asortiman zdravil (t.i. full-line wholesalers), kot so Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm, ki so hkrati tudi največji tovrstni ponudniki na območju Republike Slovenije. Povpraševanje bolnišnic po zdravilih je manjše, saj te nabavljajo zdravila večinoma za potrebe zdravljenja pri njih hospitaliziranih pacientov. Bolnišnicam dobavljajo zdravila tako veletrgovci z zdravili («full-line wholesalers» in «short-line wholesalers») kot tudi proizvajalci oziroma njihovi zastopniki. Na lekarniškem segmentu se torej odvija konkurenca le med veletrgovci z zdravili, ki so full-line wholesalers, pri bolnišnicah pa si ne konkurirajo samo veletrgovci z zdravili temveč tudi proizvajalci oziroma njihovi zastopniki.
74. Javni lekarniški zavodi predstavljajo najpomembnejši prodajni kanal, preko katerega nastopajo veletrgovci z zdravili na debelo in prodaja zdravil na debelo.¹²² Predmetni postopek se nanaša na ravnanja podjetij pri dobavljanju zdravil javnim lekarniškim zavodom, ki so naročali zdravila po postopkih javnega naročanja. V nadaljevanju se nahaja podrobnejši opis naročanja/kupovanja zdravil s strani javnih lekarniških zavodov.

¹¹⁸ Pred njim je bil v obdobju od 27. 8. 2000 do 25. 8. 2009 v veljavi Pravilnik o pogojih, ki jih morajo izpolnjevati specializirane prodajalne za promet z zdravili na drobno ter o postopku ugotavljanja teh pogojev (Ur. l. RS, št. 73/00 in 54/03).

¹¹⁹ Drugi odstavek 1. člena ZLD.

¹²⁰ Tako je po statističnih podatkih Lekarniške zbornice Slovenije za leto 2008 (spletna stran Lekarniške zbornice Slovenije, <http://www.lzs.si/Uporabneteme/Pogostavprašanjainodgovori/lzvajanjelekarniškedejavnosti/tabid/93/language/sl-SI/Default.aspx>), javno lekarniško službo na dan 31. 12. 2008 opravljalo 24 javnih lekarniških zavodov s 167 lekarnami in 33 lekarniškiimi podružnicami, 82 zasebnih lekarn z 10 lekarniškiimi podružnicami ter 2 bolnišnični lekarni, ki opravljata tudi javno lekarniško službo, skupaj 294 lekarniških enot. Bolnišnične lekarnе s stalno zaposlenimi farmacevti so bile organizirane v 26 bolnišnicah z 29 lekarniškiimi enotami. (Dokument opr. št. 306-45/2010-121, priloga št. 10)

Po podatkih za leto 2011 (spletna stran Lekarniške zbornice Slovenije, <http://www.lzs.si/Uporabneteme/Statistika/Lekarne/tabid/110/language/sl-SI/Default.aspx>) je javno lekarniško službo na dan 31. 12. 2011 opravljalo še vedno 24 javnih lekarniških zavodov s 173 lekarnami in 38 lekarniškiimi podružnicami, 87 zasebnih lekarn z 12 lekarniškiimi podružnicami ter 2 bolnišnični lekarni, ki opravljata tudi javno lekarniško službo, skupaj 312 lekarniških enot. Bolnišnične lekarnе s stalno zaposlenimi farmacevti so bile organizirane v 26 bolnišnicah z 27 lekarniškiimi enotami. (Dokument opr. št. 306-45/2010-121, priloga št. 11)

¹²¹ Predlog zakona o lekarniški dejavnosti (ZLD-1), dostopen na spletni strani MZ: http://www.mz.gov.si/fileadmin/mz.gov.si/pageuploads/zakonodaja/nadgradnja/ZLD-1_2012.pdf; Dokument opr. št. 306-45/2010-121, priloga št. 12.

¹²² Smiselno podobno navaja tudi podjetje Kemofarmacija v izjavi o PRD, str. 52.

Javni lekarniški zavodi

a. Nabava zdravil po postopkih javnega naročanja

75. Javni lekarniški zavodi, ki predstavljajo skupaj tudi največjega kupca zdravil v prometu z zdravili na debelo (glede na druge kupce kot so zasebne lekarne - lekarnarji in bolnišnice), so kot javni zavodi v 100-odstotni lasti mest ali občin zavezani k uporabi predpisov s področja javnega naročanja in v skladu s temi predpisi naročati vse blago, storitve in gradnje, torej tudi zdravila.
76. V obdobju, na katerega se nanašajo ugotovitve Agencije v tej odločbi, so za postopke oddaje javnih naročil veljali oziroma so se uporabljali različni zakoni s področja javnega naročanja, in sicer:
- od 12. 11. 2000 do 23. 12. 2006 oziroma 7. 1. 2007 Zakon o javnih naročilih¹²³ (v nadaljevanju: ZJN-1) in
 - od 23. 12. 2006 oziroma 7. 1. 2007 dalje Zakon o javnem naročanju¹²⁴ (v nadaljevanju: ZJN-2).

Navedeni predpisi so se večkrat spreminjali in dopolnjevali, ves čas pa se med njihovimi pglavitnimi cilji poudarjajo zagotavljanje konkurence pri poslovanju z javnim sektorjem oziroma naročniki, preprečitev neenakopravnega obravnavanja ponudnikov in zagotavljanje gospodarne rabe javnih sredstev. Vrste postopkov, ki so jih ali so jih bili naročniki zavezani izvesti v skladu z veljavno zakonodajo, so se s časom sicer formalno spreminjale, vsebina in njihov namen pa se bistveno ni spreminjal.

77. Agencija je pridobila podatke o naročanju zdravil vseh 24 javnih lekarniških zavodov¹²⁵ v obdobju od leta 2005 do avgusta 2012. Iz pridobljenih podatkov, ki so jih posredovali javni lekarniški zavodi, izhaja, da je 9 javnih lekarniških zavodov (Lekarna Ljubljana, Dolenjske lekarne, Mestne lekarne, Obalne lekarne, Goriška lekarna, Zasavske lekarne, Lekarna Velenje, Lekarna Ribnica in Gorenjske lekarne) pri nabavi zdravil vodilo postopke oddaje javnih naročil v skladu z veljavnimi predpisi s področja javnih naročil, v katerih so zbirali ponudbe. Ostali javni lekarniški zavodi so sporočili, da pri naročanju zdravil niso oziroma ne izvajajo postopkov javnega naročanja, temveč nabavljajo zdravila na osnovi letnih pogajanj z dobavitelji. Pri tem so javni lekarniški zavodi navajali različne razloge, zakaj ne nabavljajo po postopkih javnega naročanja, glede katerih pa se Agencija ne opredeljuje, saj to ne vpliva na ugotovitve v predmetnem postopku. Do posebnosti, ki naj bi obstajale pri naročanju zdravil s strani javnih lekarniških zavodov, ki so izvajali postopke v skladu s predpisi s področja javnih naročil, in na katere so opozarjale stranke postopka, pa se Agencija opredeljuje v nadaljevanju odločbe.
78. Podjetje Farmadent je v izjavi o PRD¹²⁶ ugovarjalo, da so ti razlogi (zakaj ne nabavljajo po postopkih javnega naročanja) ključnega pomena, in navedlo, da je Agencija spregledala ključne posebnosti, ki veljajo na trgu naročanja zdravil. Svoje ugovore je oprlo na stališča Ministrstva za finance z dne 22. 3. 2001 in Lekarniške zbornice z dne 30. 6. 2004, iz katerih izhaja, da javnih naročil za naročanje zdravil pri opravljanju javne lekarniške službe ni mogoče izvajati oziroma lekarne niso dolžne nabavljati po postopkih javnega naročanja. Tudi Kemofarmacija¹²⁷ je obširno izpostavila probleme vključenosti javnih lekarniških zavodov v sistem javnega naročanja in se pri tem sklicevala na naslednje dokumente: mnenje Urada za javna naročila Vlade RS z dne 3. 9. 2002, dokumente Lekarniške zbornice in sicer nedatirano mnenje¹²⁸, elektronsko sporočilo z

¹²³ Ur. l. RS, št. 39/00 (102/00 popr.), 2/04-ZPNNVSM, 2/04, 36/04-UPB1 in 128/06-ZJN-2.

¹²⁴ Ur. l. RS, št. 128/06, 16/08, 19/10, 18/11 in 43/12 Odl.US: U-I-211/11-26.

¹²⁵ Po podatkih Lekarniške zbornice trenutno deluje na območju Republike Slovenije 24 javnih lekarniških zavodov (glej: <http://www.lzs.si/Mrežalekam/Organiziranostlekarn/Javnilekarniški Zavodi/tabid/219/language/sl-SI/Default.aspx>; Dokument opr. št. 306-45/2010-121, priloga št. 13). Agencija je naslovila zahteve za posredovanje podatkov na vse javne lekarniške zavode, navedene na spletni strani Lekarniške zbornice.

¹²⁶ Glej npr. str. 15-17 izjave o PRD podjetja Farmadent.

¹²⁷ Glej npr. str. 10-14 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija.

¹²⁸ Dokument »Mnenje LZS o uporabi postopkov javnega naročanja za nabavo zdravil za nadaljnjo prodajo v javnih lekarniških zavodih«.

dne 23. 4. 2008¹²⁹ in dopise z dne 28. 11. 2012¹³⁰ ter dopis Pomurskih lekarn z dne 22. 12. 2010, ki ga je Agencija prejela v predmetnem postopku na njeno zahtevo za posredovanje podatkov¹³¹. Na neprimernost in neustreznost izvajanja postopkov javnega naročanja za zdravila je opozorilo tudi podjetje Salus¹³², ki se prav tako sklicuje na dokumente Lekarniške zbornice. Agencija je preučila navedbe strank in dokaze, ki so jih slednje predložile v predmetnem postopku, v zvezi z (ne)ustreznostjo naročanja zdravil po postopkih javnega naročanja, katere pa vse kot nepotrebne zavrača. Poudarja, da je v predmetni zadevi bistveno to, da so se nekateri javni lekarniški zavodi odločili za nabavo zdravil po postopkih javnega naročanja, v katerih naj bi se prek oddaje ponudb odvijal konkurenčni boj med podjetji. Razlogi, iz katerih se ostali javni lekarniški zavodi niso odločali za takšne postopke zbiranja ponudb in izbire najugodnejšega/najugodnejših ponudnika/ponudnikov, v konkretnem primeru niso relevantni, niti ne morejo predstavljati razbremenilnih okoliščin za stranke postopka. Končno tudi iz dopisa Ministrstva za finance (Sektor za javna naročila, gospodarske javne službe in koncesije) z dne 10. 4. 2006¹³³, ki ga je predložila stranka postopka Kemofarmacija in ki je zadnje Agenciji znano stališče navedenega organa, izhaja, da se javni lekarniški zavodi glede na določbe ZJN-1 ne morejo izogniti uporabi ZJN-1 in da je odločitev o izvedbi postopkov javnih naročil v izključni pristojnosti naročnika ob uporabi zakona, ki opredeljuje postopke javnega naročanja in ustreznih podzakonskih predpisov. Gre za stališče organa (Ministrstvo za finance), ki je pristojno razlagati posamezne določbe ZJN-1, za razliko od Lekarniške zbornice ali strank postopka, ki te pristojnosti nimajo. Glede na navedeno Agencija zavrača kot nepotrebne in v tem smislu neutemeljene tudi argumente strank postopka¹³⁴, da naj bi se konkurenca med podjetji odvijala na ravni bilateralnih pogajanj med ponudniki in javnimi lekarniški zavodi. **Agencija poudarja, da pogajanja med podjetji in naročniki izven postopkov javnega naročanja ne morejo nadomestiti konkurence med podjetji, ki nastopijo z oddajo ponudb v konkretnem postopku oddaje javnega naročila, če se je ta izvajal (kot v konkretnih primerih pri 9 javnih lekarniških zavodih). Iz istega razloga je treba zavriniti kot neutemeljene tudi navedbe podjetja Salus, da lahko javni lekarniški zavodi v primeru sklenitve okvirnih sporazumov z več ponudniki dosežejo tekom izvajanja pogodb boljše druge pogoje poslovanja (finančne popuste) s sklicevanjem, da je drugi ponudnik ponudil boljše pogoje. Stališče Agencije je, da je v tem primeru, ko je sklenjen okvirni sporazum, s katerim naročnik dogovori s ponudniki deleže dobav, konkurenčni pritisk med ponudniki še manjši, saj imajo tako dobavitelji zagotovljen obseg dobav, kar vpliva na njihova pogajalska izhodišča pri odobravanju popustov v pogajanjih z naročnikom.**

79. Iz dokumentacije v spisu izhaja, da so javni lekarniški zavodi, ki so izvajali postopke oddaje javnih naročil za nakup zdravil, zbirali ponudbe za dobavo vseh zdravil, ki se izdajajo v lekarnah (tako zdravila na recept kot tudi OTC zdravila). Kot zavezanci k uporabi predpisov s področja javnega naročanja morajo v skladu s temi predpisi naročiti vso blago (v konkretnem primeru zdravila), ne glede na to, ali gre za zdravila na recept (torej zdravila, ki so namenjena za financiranje iz javnih sredstev, in je končni plačnik ZZZS - lekarna zaračuna ZZZS zdravila po nabavni ceni¹³⁵) ali za OTC zdravila, ki jih lekarna lahko prodaja pacientom, ki so končni potrošniki in tudi plačajo zdravilo lekarni. Agencija ugotavlja, da so v obdobju, na katero se nanaša kršitev, obstajale »regulirane«, maksimalne cene na debelo ne samo za zdravila, ki se izdajajo na recept, temveč tudi za večji del OTC zdravil. Tako je na primer znašala regulirana cena na debelo OTC zdravila kot je »Aspirin 500 mg tbl. 50x« od 8. 8. 2006 do 13. 2. 2008 4,34 EUR, od 14. 2. 2008

¹²⁹ Elektronsko sporočilo »Javna naročila - amandma«, ki ga je dne 23. 4. 2008 [redacted] (predsednica Lekarniške zbornice) poslala [redacted] (Gorenjske lekarne).

¹³⁰ Dopisi Lekarniške zbornice »Izključitev javnih zavodov s področja lekarniške dejavnosti iz obveznosti javnega naročanja v novem Zakonu o zdravilih«, naslovljeni na ZZZS, JAZMP in Vlado RS.

¹³¹ Dokument opr. št. 306-45/2010-50.

¹³² Glej npr. str. 62-63 izjave o PRD podjetja Salus.

¹³³ Dopis Ministrstva za finance št. 007-283/2006/2 »Odgovor na vaš dopis, št. 96/03-06MZ z dne 3. 4. 2006«, naslovljen na Goriško lekarno Nova Gorica.

¹³⁴ Glej npr. izjave o PRD podjetij Salus in Kemofarmacija.

¹³⁵ Glej na primer Splošni dogovor za pogodbeno leto 2010, 17. člen, zlasti 5. in 10. odst., ali Splošni dogovor za pogodbeno leto 2012, 17. člen, zlasti 6. in 13. odst. .

do 31. 1. 2011 pa 4,61 EUR, pri čemer od 1. 2. 2011 dalje cena na debelo navedenega zdravila ni regulirana in se oblikuje prosto na trgu.¹³⁶ Na spletnih straneh JAZMP so bile od 2. 4. 2007 dalje objavljene vse cene na debelo zdravil, ki bremenijo javna sredstva, ter tudi cene na debelo za nekatera zdravila, ki ne gredo v breme javnih sredstev.

80. V nadaljevanju je Agencija strnila ugotovitve glede izvajanja postopkov oddaje javnih naročil za dobavo zdravil pri javnih lekarniških zavodih, ki so izvajali postopke oddaje javnih naročil z zbiranjem ponudb (vsi postopki javnega naročanja za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih so podrobneje predstavljeni v Prilogi 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih). Običajno so bila predmet javnega naročila samo zdravila, tako zdravila, ki se izdajajo na recept, kot tudi zdravila, ki se izdajajo brez recepta, (na primer pri Obalnih lekarnah, Zasavskih lekarnah, Goriški lekarni, Dolenjskih lekarnah, Lekarni Velenje, Mestnih lekarnah in Lekarni Ribnici), Lekarna Ljubljana pa je do leta 2009 skupaj z zdravili naročala tudi drugo blago za nadaljnjo prodajo¹³⁷. Iz predložene dokumentacije javnih lekarniških zavodov izhaja, da so naročniki vsa javna naročila za dobavo zdravil objavljali tako na Portalu javnih naročil (oziroma v Uradnem listu RS) kot tudi v Dodatku k Uradnem listu Evropske unije – TED. V večini primerov so naročniki sklepali z dobavitelji zdravil (veletrgovci) okvirne sporazume z veljavnostjo 3 ali 4 let. Za izbiro strank okvirnega sporazuma so naročniki praviloma uporabljali odprti postopek, včasih tudi postopek s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti. V večini primerov sklenitve okvirnih sporazumov so naročniki vsako leto »odpirali konkurenco«, kar je pomenilo, da je naročnik pozval podjetja, s katerimi je sklenil okvirni sporazum, da so pred iztekom posameznega obdobja (enega leta), predložili ponudbe za dobavo zdravil po specifikacijah, ki jih je pripravil naročnik. V večini primerov je bilo ves čas merilo najnižja cena, razen v letu 2012, ko je eden izmed naročnikov določil dodatno merilo (poleg cene) še odzivni čas. Naročniki so opredelili naročila tako, da so navedli konkretne artikle (lastniška imena zdravil) in vedno tudi predvidene količine (običajno letne) posameznih artiklov (število komadov/kosov), za katere je moral ponudnik navesti v svoji ponudbi ceno za posamezni komad/kos, popust/rabat ter ceno za vso zahtevano (predvideno) količino posameznega artikla. V vzorcih specifikacij ponudb (ponudbeni predračuni), na katerih so morali ponudniki oddati ponudbe, je naročnik torej večinoma celo izrecno dodal stolpec, v katerem je bila ponudnikom pri vsakem zdravilu posebej dana možnost navedbe popusta. Nadalje je tudi razvidno, da so si nekateri naročniki, glede na to, da so ves čas prejemali ponudbe z enakimi vrednostmi, prizadevali voditi pogajanja s podjetji, ki so oddala ponudbe za dobavo zdravil z enakimi cenami, vendar je bil rezultat pogajanj le uskladitev z/med ponudniki glede razdelitve konkretnega javnega naročila, ne pa nižje vrednosti ponudb oziroma kakršnikoli popusti.¹³⁸ Agencija je tudi ugotovila, da so veletrgovci z zdravili in javni lekarniški zavodi sklepali v obdobju, na katerega se nanaša očitana kršitev, tudi številne dodatne dogovore o priznavanju popustov (poimenovane: aneksi h kupoprodajnim pogodbam, aneksi k poslovnim dogovorom oziroma poslovni dogovori k pogodbam o poslovnem sodelovanju), kar dokazuje, da so veletrgovci z zdravili dajali popuste lekarnam izven postopkov oddaje javnega naročanja. Navedeno izhaja iz dogovorov o priznanih popustih tako javnim lekarniškim zavodom, ki so oddajali javna naročila v skladu s predpisi o javnem naročanju (na primer: Lekarna Velenje¹³⁹, Mestne lekarne¹⁴⁰, Goriška Lekarna¹⁴¹, Lekarna Ribnica¹⁴²), kot tudi ostalim javnim lekarniškim zavodom, ki niso naročali zdravil po

¹³⁶ Vpogled v Centralno bazo zdravil.

¹³⁷ To je: medicinsko tehnične pripomočke (na primer merilci pritiska, merilci telesne temperature, testi za ugotavljanje nosečnosti), prehrano (na primer čaji, vitamini, mleko za dojenčke) in celo blago široke potrošnje (na primer zobne kreme, ustne vode)

¹³⁸ Nekoliko drugače v postopku oddaje javnega naročila pri Gorenjskih lekarnah, ki je že v začetku drugače opredelil javno naročilo kot ostali javni lekarniški zavodi. Naročniku je v tem primeru celo uspelo v postopku s pogajanja doseči popust pri ponudbi za dobavo zdravil s strani podjetij Kemofarmacija in Salus. To pa mu je uspelo doseči šele v postopku s pogajanja. Pred postopkom s pogajanja je namreč naročnik ugotovil, da sta podjetji oddali ponudbi, v katerih je bil popust nesorazmerno nizek, kar je pomenilo, da bi naročnik kupoval zdravila po višji ceni, kot jih je kupoval do sedaj.

¹³⁹ Dokument opr. št. 306-45/2010-84.

¹⁴⁰ Dokument opr. št. 306-45/2010-98.

¹⁴¹ Dokument opr. št. 306-45/2010-96.

¹⁴² Dokument opr. št. 306-45/2010-119.

postopkih javnega naročanja (na primer: Lekarna Krško¹⁴³, Pomurske Lekarne¹⁴⁴, Lekarna Ajdovščina¹⁴⁵, Lekarna Brežice¹⁴⁶, Lekarne Ptuj¹⁴⁷, Koroška Lekarna¹⁴⁸, Pomurske Lekarne¹⁴⁹, Lekarna Ormož¹⁵⁰, Žalske Lekarne¹⁵¹). Ugotovitve Agencije potrjujejo med drugim tudi navedbe Lekarne Sevnica¹⁵², da vsi dobavitelji priznavajo enak % popusta za predčasna plačila (t.i. »kasa skonto«; ■% za plačilo 15 dni pred zapadlostjo računa)¹⁵³, imajo pa različne pogoje za doseganje bonusa za letni promet (od ■ do ■%), glede na vrednost letnega prometa in vključitev posameznih proizvajalcev blaga. V zvezi z navedbami strank, da naj bi prej navedeni različni popusti, ki so jih naknadno odobraval vedrogeristi, izkazovali, da so si podjetja konkurirala, Agencija poudarja, da predmet kršitve v predmetnem postopku ni priznavanje popustov izven postopkov oddaje javnih naročil, temveč usklajeno ravnanje podjetij pri oddaji ponudb v postopkih javnega naročanja, kjer podjetja niso tekmovala med seboj s popusti (glej tudi točko 133 odločbe). Tako se ugotovitve o prepovedanem usklajevanju strank v predmetni odločbi nanašajo predvsem na njihovo ravnanje pred oziroma ob oddaji ponudb za dobavo zdravil, ki so vse vsebovale enake cene zdravil, brez popustov, ne pa na ravnanje strank pri naknadno odobrenih popustih oziroma sklepanju aneksov o popustih. Navedeno nekonkuriranje pri oddaji ponudb za dobavo zdravil na razpisih pa je po oceni Agencije naslovnikom odločbe tudi omogočilo, da so si lahko delili trg oziroma javna naročila za dobavo zdravil glede na že obstoječe deleže dobav posameznim javnim lekarniškim zavodom.

b. Vrednosti dobav zdravil javnim lekarniškim zavodom

81. Agencija nadalje ugotavlja, da gre pri naročilih zdravil s strani lekarn za predvidljiva, redna in stalna naročila večjih vrednosti. Lekarne običajno sklepajo letne pogodbe za dobavo zdravil, pri čemer se realizirane dobave zdravil po vrednosti (glej Tabela št. 1 spodaj) in obsegu z leti bistveno ne spreminjajo. Iz dokumentacije, ki so jo predložili javni lekarniški zavodi, namreč izhaja, da vsi naročajo po približno 1.500 artiklov (zdravil), razlike so predvsem v količinah posameznih artiklov, ki variirajo glede na velikost lekarn oziroma njene potrebe. Te pa se tudi z leti bistveno ne spreminjajo, kar izhaja zlasti iz prej navedenih letnih vrednosti realiziranih dobav zdravil po posameznih lekarnah, pa tudi iz dejstva, da se število javnih lekarniških zavodov z leti skoraj ne spreminja, prav tako ni prišlo do bistvenih sprememb v razmerju med zasebnimi lekarnami in javnimi lekarniški zavodi.

Tabela št. 1: Realizirana nabava zdravil za uporabo v humani medicini vseh 24 javnih lekarniških zavodov od 2005 do 2011

Realizirana nabava zdravil za uporabo v humani medicini (v EUR brez DDV)							
Javni zavod	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Lekarna Ljubljana	■	■	■	■	■	■	■
Mariborske Lekarne	■	■	■	■	■	■	■
Gorenjske Lekarne	■	■	■	■	■	■	■
Celjske Lekarne	■	■	■	■	■	■	■
Pomurske Lekarne	■	■	■	■	■	■	■

¹⁴³ Dokument opr. št. 306-45/2010-95.

¹⁴⁴ Dokument opr. št. 306-45/2010-93.

¹⁴⁵ Dokument opr. št. 306-45/2010-91.

¹⁴⁶ Dokument opr. št. 306-45/2010-90.

¹⁴⁷ Dokument opr. št. 306-45/2010-82.

¹⁴⁸ Dokument opr. št. 306-45/2010-76.

¹⁴⁹ Dokument opr. št. 306-45/2010-50.

¹⁵⁰ Dokument opr. št. 306-45/2010-118.

¹⁵¹ Dokument opr. št. 306-45/2010-115.

¹⁵² Odgovor na zahtevo za posredovanje podatkov, dokument opr. št. 306-45/2010-97.

¹⁵³ Farmadent je v izjavi o PRD navedel, da ta zaključek Agencije ni sporen, ker ta popust odraža ceno denarja na trgu, zato je logično, da so ti popusti enaki oziroma vsaj zelo podobni.

Dolenjske Lekarne							
Mestne Lekarne							
Obalne lekarne							
Koroške Lekarne							
Kraške Lekarne							
Goriške Lekarne							
Lekarne Velenje							
Zasavske Lekarne							
Lekarne Ptuj							
Lekarna Brežice							
Lekarna Slovenska Bistrica							
Lekarna Sevnica							
Lekarna Ajdovščina							
Žalske Lekarne							
Lekarna Kočevje							
Lekarna Krško							
Lekarna Ormož							
Lekarna Mozirje							
Lekarna Ribnica							

* ni podatka

Vir: podatki o realiziranih deležih dobav zdravil po vrednosti, ki jih je Agencija prejela od vseh 24 javnih lekarniških zavodov

82. Agencija na podlagi podatkov iz prejšnje točke odločbe in drugih podatkov, s katerimi razpolaga, navedenih v Tabeli št. 2 spodaj, ocenjuje, da predstavlja prodaja zdravil javnim lekarniškim zavodom približno ████████ celotne prodaje vseh treh največjih veletrgovcev z zdravili (to je podjetij Kemofarmacija, Salus in Farmadent).

Tabela št. 2: Delež prodaje veletrgovcev z zdravili vsem 24 javnim lekarniškim zavodom v letih od 2009 do 2011

		Kemofarmacija	Salus	Farmadent
2009	čisti prih. od prodaje (v EUR)	291.525.090	220.240.153	112.459.794
	realizirana prodaja javnim lekarniškim zavodom (v EUR)	████████	████████	████████
	delež prodaje javnim lekarniškim zavodom (v %)	████	████	████
2010	čisti prih. od prodaje (v EUR)	292.275.442	216.557.913	114.775.040
	realizirana prodaja javnim lekarniškim zavodom (v EUR)	████████	████████	████████
	delež prodaje javnim lekarniškim zavodom (v %)	████	████	████
2011	čisti prih. od prodaje (v EUR)	278.264.619	204.350.814	109.396.624
	realizirana prodaja javnim lekarniškim zavodom (v EUR)	████████	████████	████████
	delež prodaje javnim lekarniškim zavodom (v %)	████	████	████

Vir: Agencija je na podlagi podatkov o realiziranih deležih dobav zdravil, ki jih je prejela od vseh 24 javnih

lekarniških zavodov, ki delujejo na območju Republike Slovenije, in podatkov o čistih prihodkih od prodaje na domačem trgu podjetij Kemofarmacija, Salus in Farmadent, opravila izračune o deležih dobav navedenih podjetij javnim lekarniškim zavodom.

83. Agencija zaključuje, da gre pri nabavi zdravil s strani javnih lekarniških zavodov za predvidljiva, redna in stalna naročila večjih vrednosti, pri čemer se realizirane dobave zdravil po vrednosti in obsegu z leti bistveno ne spreminjajo. Prodaja zdravil javnim lekarniškim zavodom zavzema približno polovico celotne prodaje vseh treh največjih veletrgovcev z zdravili, to je Kemofarmacije, Salusa in Farmadenta, ki so naslovniki te odločbe. V obdobju, na katero se nanaša kršitev, je 9 javnih lekarniških zavodov (od skupno vseh 24 javnih lekarniških zavodov, ki delujejo na območju Republike Slovenije) pri nabavi zdravil vodilo postopke oddaje javnih naročil v skladu z veljavnimi predpisi s področja javnih naročil, v katerih so zbirali ponudbe. Ostali javni lekarniški zavodi so nabavljali zdravila na osnovi letnih pogajanj z dobavitelji. Vseh teh 9 javnih lekarniških zavodov je v postopkih javnega naročanja zbiralo ponudbe za izbiro dobavitelja zdravil po merilu najnižje cene ponudbe. Naročniki, javni lekarniški zavodi, so v specifikacijah javnih naročil pri vsakem artiklu (zdravilu) navedli okvirne količine artiklov (zdravil) in stolpce s popusti. Ker so naročniki prejeli ponudbe s pretežno enakimi vrednostmi, niso mogli opraviti izbire med ponudniki na podlagi najnižje cene, zato je večina naročnikov vodila postopke s pogajanjem, katerih so se udeleževali predstavniki ponudnikov. Po zaključku pogajanj javna naročila za dobavo zdravil niso bila dodeljena ponudnikom glede na višino (ceno) njihovih ponudb, temveč glede na njihove pretekle deleže dobav. Vsi popusti, ki so jih izbrani ponudniki odobrili naročnikom, so bili dogovorjeni naknadno z aneksi k pogodbam, potem, ko je jim je bilo naročilo že dodeljeno in znan tudi obseg njihovih dobav.

III.3.2 Geografski okvir

84. Veletrgovci z zdravili, zoper katere Agencija vodi predmetni postopek (Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm), se ukvarjajo z dejavnostjo prometa z zdravili na debelo in dobavljajo zdravila javnim lekarniškim zavodom na območju celotne Republike Slovenije.

IV. OPIS POSTOPKA

IV.1 Uvedba postopka in preiskovalni postopek pred izdajo PRD

85. Agencija je dne 31. 3. 2010 prejela anonimno prijavo, v kateri je prijavitelj med drugim navajal, da naj bi se trije večji veletrgovci z zdravili vnaprej dogovarjali glede oddaje ponudb za prodajo zdravil v postopkih javnega naročanja javnim lekarniškim zavodom. Prijavi je bil priložen tudi zapisnik o izvedbi postopka s pogajanjem, sestavljen dne 19. 3. 2010 pri naročniku Lekarna Velenje, Vodnikova cesta 1, 3320 Velenje (v nadaljevanju: Lekarna Velenje).¹⁵⁴ Zaradi potrebe po pridobitvi dodatnih podatkov je Agencija pred izdajo sklepa o uvedbi postopka (dne 17. 5. 2010 in 26. 5. 2010) naslovila zahteve za posredovanje podatkov na naslednje subjekte (javne lekarniške zavode): Lekarna Velenje¹⁵⁵, Obalne lekarne Koper, Kidričeva ulica 2, 6000 Koper (v nadaljevanju: Obalne lekarne)¹⁵⁶, Dolenjske lekarne Novo mesto p.o., Kandijska cesta 1, 8000 Novo mesto (v nadaljevanju: Dolenjske lekarne)¹⁵⁷, in Javni zavod Lekarna Ljubljana, Komenskega ulica 11, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: Lekarna Ljubljana)¹⁵⁸. Naslovniki zahtev za posredovanje podatkov so Agenciji posredovali podatke, in sicer Obalne lekarne dne 4. 6. 2010¹⁵⁹ in 7. 6. 2010¹⁶⁰, Lekarna Velenje dne 7. 6. 2010¹⁶¹, Lekarna Ljubljana dne 11. 6. 2010 in 14. 6. 2010¹⁶² in Dolenjske lekarne dne 28. 7. 2010¹⁶³.

¹⁵⁴ Dokument št. 306-45/2010-1.

¹⁵⁵ Dokument št. 306-45/2010-3.

¹⁵⁶ Dokument št. 306-45/2010-4.

¹⁵⁷ Dokument št. 306-45/2010-5.

¹⁵⁸ Dokument št. 306-45/2010-6.

¹⁵⁹ Dokument št. 306-45/2010-7.

¹⁶⁰ Dokument št. 306-45/2010-8.

¹⁶¹ Dokument št. 306-45/2010-9.

¹⁶² Dokument št. 306-45/2010-10 in 306-45/2010-11.

¹⁶³ Dokument št. 306-45/2010-12.

86. Agencija je dne 29. 7. 2010 izdala sklep¹⁶⁴, s katerim je proti podjetjem: Kemofarmacija, Salus, Farmadent, Gopharm in Nensi uvedla postopek ugotavljanja kršitve 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU (81. člen PES). Naslovniki navedenega sklepa naj bi kršili 6. člen ZPOmK-1 in 101. člen PDEU (81. člen PES) s sporazumi oziroma usklajenim ravnanjem pri pripravi in oddaji ponudb in pri pogajanjih oziroma sklepanju pogodb ter z izmenjavo občutljivih informacij, ki se nanašajo na cene in druge poslovne pogoje na trgu prodaje zdravil za uporabo v humani medicini na debelo, zlasti v postopkih javnega naročanja v Republiki Sloveniji.
87. Agencija je dne 29. 7. 2010 izdala sklepe o preiskavi podjetij: Kemofarmacija¹⁶⁵, Salus¹⁶⁶, Farmadent¹⁶⁷ in Nensi¹⁶⁸. Na podlagi navedenih sklepov je Agencija dne 3. 8. 2010, 4. 8. 2010, 6. 8. 2010, 9. 8. 2010 in 16. 8. 2010 v prostorih podjetja Kemofarmacija, dne 3. 8. 2010 v prostorih podjetja Salus, dne 3. 8. 2010, 4. 8. 2010 in 16. 8. 2010 v prostorih podjetja Farmadent in dne 3. 8. 2010 v prostorih podjetja Nensi opravila preiskavo.
88. Agencija je v navedenih preiskavah pridobila kopije dokumentacije, ki so v zvezi s poslovanjem podjetij in ki se nahajajo v prilogah uradnih zaznamkov v spisu, in sicer kopije pridobljenih dokumentov v podjetjih Kemofarmacija¹⁶⁹ in Farmadent¹⁷⁰. V podjetjih Salus in Nensi ni pridobila nobenih dokumentov v zvezi s poslovanjem podjetij, kar je razvidno iz uradnih zaznamkov v spisu¹⁷¹.
89. Dne 10. 9. 2010 je Agencija podjetjem Nensi¹⁷², Kemofarmacija¹⁷³, Farmadent¹⁷⁴ in Salus¹⁷⁵ posredovala poročila o preiskavi. V poročilih o preiskavi je navedena podjetja obvestila, da lahko v skladu s četrtem odstavkom 34. člena ZPOmK-1 v 15 dneh od vročitve poročila podajo pripombe k poročilu o preiskavi. Poročila o preiskavi so bila vsem navedenim podjetjem vročena dne 13. 9. 2010, kar izhaja iz podpisanih vročilnic v spisu. Navedena podjetja na poročilo o preiskavi niso podala pripomb.
90. Dne 10. 9. 2010 je Agencija na svoji spletni strani objavila izvleček sklepa o uvedbi postopka zoper podjetja Kemofarmacija, Salus, Farmadent, Gopharm in Nensi ter v objavi pozvala vse osebe, da ji pošljejo podatke, ki bi bili lahko pomembni za odločitev. Agencija je v zvezi z navedeno objavo prejela podatke v treh anonimnih vlogah.¹⁷⁶
91. Agencija je tekom postopka pridobila številne podatke na podlagi zahtev za posredovanje podatkov, katere je dne 1. 12. 2010¹⁷⁷ naslovila na naslednje subjekte (javne lekarniške zavode): Javni zavod Kraške lekarne Ilirska Bistrica, Gregorčičeva cesta 8A, 6250 Ilirska Bistrica (v nadaljevanju: Kraške lekarne), Celjske lekarne Javni zavod, Miklošičeva ulica 1, 3000 Celje (v nadaljevanju: Celjske lekarne), Javni zdravstveni zavod Mariborske lekarne Maribor, Minašnikova ulica 6, 2000 Maribor (v nadaljevanju: Mariborske lekarne), Koroška lekarna, Ob Suhi 9, 2390 Ravne na Koroškem (v nadaljevanju: Koroška lekarna), Gorenjske lekarne, Gosposvetska ulica 12, 4000 Kranj (v nadaljevanju: Gorenjske lekarne), Zasavske lekarne Trbovlje, Rudarska cesta 12, 1420 Trbovlje (v nadaljevanju: Zasavske lekarne), Goriška lekarna Nova Gorica, Rejčeva ulica 2, 5000 Nova Gorica (v nadaljevanju: Goriška lekarna), Pomurske lekarne Murska Sobota, Kocljeva ulica 2, 9000 Murska Sobota (v nadaljevanju: Pomurske lekarne), Javni zavod Mestne lekarne, Šutna 7, 1241 Kamnik (v nadaljevanju: Mestne lekarne) in Lekarne Ptuj,

¹⁶⁴ Dokument št. 306-45/2010-14.

¹⁶⁵ Dokument št. 306-45/2010-15.

¹⁶⁶ Dokument št. 306-45/2010-16.

¹⁶⁷ Dokument št. 306-45/2010-17.

¹⁶⁸ Dokument št. 306-45/2010-18.

¹⁶⁹ Dokument št. 306-45/2010-21.

¹⁷⁰ Dokument št. 306-45/2010-25.

¹⁷¹ Dokumenta št. 306-45/2010-22 in 306-45/2010-23.

¹⁷² Dokument št. 306-45/2010-30.

¹⁷³ Dokument št. 306-45/2010-31.

¹⁷⁴ Dokument št. 306-45/2010-32.

¹⁷⁵ Dokument št. 306-45/2010-33.

¹⁷⁶ Dokumenti št. 306-45/2010-34, 306-45/2010-35 in 306-45/2010-40.

¹⁷⁷ Dokument št. 306-45/2010-38.

Trstenjakova ulica 9, 2250 Ptuj (v nadaljevanju: Lekarne Ptuj). Z navedenimi zahtevami je Agencija naslovnikom naložila, da ji morajo v danem roku od njihovega prejema posredovati določene podatke. Zahteve za posredovanje podatkov so bile izdane na podlagi prvega odstavka 27. člena ZPOmK-1.

92. Naslovniki zahtev za posredovanje podatkov so Agenciji posredovali podatke, in sicer Mestne lekarne dne 9. 12. 2010¹⁷⁸, Lekarne Ptuj dne 16. 12. 2010¹⁷⁹, Koroška lekarna dne 17. 12. 2010¹⁸⁰, Gorenjske lekarne dne 17. 12. 2010¹⁸¹, Kraške lekarne dne 20. 12. 2010¹⁸², Zasavske lekarne dne 20. 12. 2010¹⁸³, Mariborske lekarne dne 20. 12. 2010¹⁸⁴, Celjske lekarne dne 20. 12. 2010¹⁸⁵, Goriška lekarna dne 20. 12. 2010¹⁸⁶ in Pomurske lekarne dne 23. 12. 2010¹⁸⁷.
93. Agencija je dne 12. 9. 2010¹⁸⁸ posredovala zahtevo za posredovanje podatkov naslednjim naslovnikom: Lekarna Brežice, Černelčeva 8, 8250 Brežice (v nadaljevanju: Lekarna Brežice), Lekarna Slovenska Bistrica, Partizanska ulica 30, 2310 Slovenska Bistrica (v nadaljevanju: Lekarna Slovenska Bistrica), Lekarna Sevnica, Trg svobode 14, 8290 Sevnica (v nadaljevanju: Lekarna Sevnica), Lekarna Ajdovščina, Tovarniška cesta 3E, 5270 Ajdovščina (v nadaljevanju: Lekarna Ajdovščina), Žalske lekarne Žalec, Prešernova 6, 3310 Žalec (v nadaljevanju: Žalske lekarne), Lekarna Kočevje, Roška cesta 12, 1330 Kočevje (v nadaljevanju: Lekarna Kočevje), Lekarna Krško, Cesta krških žrtev 132 c, 8270 Krško (v nadaljevanju: Lekarna Krško), Lekarna Ormož, Ptujska c. 25, 2270 Ormož (v nadaljevanju: Lekarna Ormož), Lekarna Mozirje, Hribernikova ulica 4, 3330 Mozirje (v nadaljevanju: Lekarna Mozirje), in Lekarna Ribnica, Majnikova ulica 1, 1310 Ribnica (v nadaljevanju: Lekarna Ribnica). Iste dne je Agencija naslovila zahtevo za posredovanje podatkov tudi na: Lekarne Ptuj¹⁸⁹, Zasavske lekarne¹⁹⁰, Lekarno Velenje¹⁹¹, Goriško lekarno¹⁹², Kraške lekarne¹⁹³, Koroško lekarno¹⁹⁴, Obalne lekarne¹⁹⁵, Mestne lekarne¹⁹⁶, Dolenjske lekarne¹⁹⁷, Pomurske lekarne¹⁹⁸, Celjske lekarne¹⁹⁹, Gorenjske lekarne²⁰⁰, Mariborske lekarne²⁰¹ in Lekarne Ljubljana²⁰².
94. Zgoraj navedeni naslovniki so Agenciji posredovali podatke, in sicer: Koroška lekarna dne 20. 9. 2012²⁰³, Obalne lekarne dne 21. 9. 2012 in dne 24. 9. 2012²⁰⁴, Lekarne Ptuj dne 24. 9. 2012²⁰⁵, Lekarna Slovenska Bistrica dne 24. 9. 2012²⁰⁶, Lekarna Velenje dne 24. 9. 2012²⁰⁷, Lekarna Ormož dne 24. 9. 2012²⁰⁸ in dne 1. 10. 2012²⁰⁹, Žalske lekarne dne 24.

¹⁷⁸ Dokument št. 306-45/2010-39.

¹⁷⁹ Dokument št. 306-45/2010-41.

¹⁸⁰ Dokument št. 306-45/2010-42.

¹⁸¹ Dokument št. 306-45/2010-43.

¹⁸² Dokument št. 306-45/2010-44.

¹⁸³ Dokument št. 306-45/2010-45.

¹⁸⁴ Dokument št. 306-45/2010-46.

¹⁸⁵ Dokumenta št. 306-45/2010-47 in 306-45/2010-48.

¹⁸⁶ Dokument št. 306-45/2010-49.

¹⁸⁷ Dokument št. 306-45/2010-50.

¹⁸⁸ Dokument št. 306-45/2010-55.

¹⁸⁹ Dokument št. 306-45/2010-56.

¹⁹⁰ Dokument št. 306-45/2010-57.

¹⁹¹ Dokument št. 306-45/2010-58.

¹⁹² Dokument št. 306-45/2010-59.

¹⁹³ Dokument št. 306-45/2010-60.

¹⁹⁴ Dokument št. 306-45/2010-61.

¹⁹⁵ Dokument št. 306-45/2010-62.

¹⁹⁶ Dokument št. 306-45/2010-63.

¹⁹⁷ Dokument št. 306-45/2010-64.

¹⁹⁸ Dokument št. 306-45/2010-65.

¹⁹⁹ Dokument št. 306-45/2010-66.

²⁰⁰ Dokument št. 306-45/2010-67.

²⁰¹ Dokument št. 306-45/2010-68.

²⁰² Dokument št. 306-45/2010-69.

²⁰³ Dokument št. 306-45/2010-76.

²⁰⁴ Dokument št. 306-45/2010-81.

²⁰⁵ Dokument št. 306-45/2010-82.

²⁰⁶ Dokument št. 306-45/2010-83.

²⁰⁷ Dokument št. 306-45/2010-84.

²⁰⁸ Dokument št. 306-45/2010-87.

²⁰⁹ Dokument št. 306-45/2010-118.

9. 2012²¹⁰ in dne 1. 10. 2012²¹¹, Lekarne Ljubljana dne 24. 9. 2012²¹², Lekarna Brežice dne 25. 9. 2012²¹³, Lekarna Ajdovščina dne 25. 9. 2012²¹⁴, Lekarna Mozirje dne 25. 9. 2012²¹⁵ in dne 28. 9. 2012²¹⁶, Pomurske lekarne dne 25. 9. 2012²¹⁷, Mariborske lekarne dne 25. 9. 2012²¹⁸, Lekarna Krško dne 25. 9. 2012²¹⁹, Goriška lekarna dne 25. 9. 2012²²⁰, Lekarna Sevnica dne 25. 9. 2012²²¹, Mestne lekarne dne 25. 9. 2012²²² in dne 27. 9. 2012²²³, Gorenjske lekarne dne 25. 9. 2012²²⁴, Zasavske lekarne dne 24. 9. 2012²²⁵ in dne 1. 10. 2012²²⁶, Lekarna Kočevje dne 26. 9. 2012²²⁷, Dolenjske lekarne dne 25. 9. 2012²²⁸, Kraške lekarne dne 26. 9. 2012²²⁹, dne 27. 9. 2012²³⁰ in dne 28. 9. 2012²³¹, Celjske lekarne dne 28. 9. 2012²³² ter Lekarna Ribnica dne 4. 10. 2012²³³. Dne 9. 10. 2012²³⁴ je Lekarna Ljubljana na poziv Agencije opredelila podatke, ki predstavljajo poslovno skrivnost, v vlogah, ki jih je Agenciji predložila v obliki odgovorov na zahteve Agencije za posredovanje podatkov.

95. Agencija je tekom postopka določene podatke pridobila tudi na podlagi vpogleda v spletne strani podjetij, javnih institucij in drugih subjektov ter v javno dostopne evidence podatkov.

IV.1.1 Pregled, prepis oziroma preslikava dokumentov zadeve (vpogledi v spis)

96. Dne 8. 10. 2010 je Agencija prejela zahtevo podjetja Kemofarmacija za pregled dokumentov spisa zadeve²³⁵. Agencija je dne 12. 10. 2010 izdala sklep²³⁶, s katerim je strankam postopka odložila pravico do pregleda dokumentov do vročitve PRD.
97. Stranke postopka so v izjavah o PRD zatrjevale²³⁷, da jim je bila zaradi odložitve pravice do pregleda dokumentov zadeve s sklepom Agencije iz prejšnje točke kršena pravica do zaslišanja in s tem pravica, da se izjavijo o vseh relevantnih dejstvih in okoliščinah. Salus je poudaril tudi, da je bil sklep izdan nezakonito ter da ni obrazložen. Vse stranke postopka so si pridržale pravico do dodatnih izjasnitev tudi po vložitvi izjave o PRD zlasti glede na dejstvo, da ZPOmK-1 izrecno ne prepoveduje Agenciji, da upošteva tudi izjave, ki jih prejme po poteku 45 dnevne roka, in da je PRD obsežen.
98. Agencija pojasnjuje, da je bil sklep, s katerim je Agencija odložila pravico do pregleda dokumentov predmetne zadeve, izdan na podlagi določbe tretjega odstavka 18. člena ZPOmK-1. Ker zoper navedeni sklep po določbah ZPOmK-1 ni sodnega varstva, takšnega sklepa tudi ni treba obrazložiti. Ta odložitev vpogleda v spis pa tudi ne krši pravice do obrambe podjetij, saj v vsakem primeru pridobijo možnost vpogleda v

²¹⁰ Dokument št. 306-45/2010-88.

²¹¹ Dokument št. 306-45/2010-115.

²¹² Dokument št. 306-45/2010-89.

²¹³ Dokument št. 306-45/2010-90.

²¹⁴ Dokument št. 306-45/2010-91.

²¹⁵ Dokument št. 306-45/2010-92.

²¹⁶ Dokument št. 306-45/2010-112.

²¹⁷ Dokument št. 306-45/2010-93.

²¹⁸ Dokument št. 306-45/2010-94.

²¹⁹ Dokument št. 306-45/2010-95.

²²⁰ Dokument št. 306-45/2010-96.

²²¹ Dokument št. 306-45/2010-97.

²²² Dokument št. 306-45/2010-98.

²²³ Dokument št. 306-45/2010-103

²²⁴ Dokument št. 306-45/2010-99.

²²⁵ Dokument št. 306-45/2010-100.

²²⁶ Dokument št. 306-45/2010-116.

²²⁷ Dokument št. 306-45/2010-101.

²²⁸ Dokument št. 306-45/2010-102.

²²⁹ Dokument št. 306-45/2010-106.

²³⁰ Dokument št. 306-45/2010-107 in dokument št. 306-45/2010-110 .

²³¹ Dokument št. 306-45/2010-111.

²³² Dokument št. 306-45/2010-113.

²³³ Dokument št. 306-45/2010-119.

²³⁴ Dokument št. 306-45/2010-120.

²³⁵ Dokument št. 306-45/2010-36.

²³⁶ Dokument št. 306-45/2010-37.

²³⁷ Glej str. 7 izjave o PRD podjetja Farmadent in str. 20 in 21 izjave o PRD podjetja Salus.

dokumente z vročitvijo povzetka relevantnih dejstev²³⁸. Navedbe strank postopka, da jim je bila z izdajo predmetnega sklepa kršena pravica do zaslišanja oziroma kontradiktornosti postopka, so tako popolnoma neutemeljene. Vse stranke postopka so imele od izdaje PRD ves čas možnost pregledovati spis zadeve. Iz opisa postopka je razvidno, da so to možnost tudi večkrat izkoristile. Agencija je dala strankam postopka na voljo zakonsko najdaljši možni čas za izjavo o PRD, iz predmetne odločbe pa je razvidno, da se je opredelila tudi do vlog strank postopka, ki jih je prejela po prejemu njihovih izjav o PRD. Hkrati Agencija poudarja, da je v predmetni zadevi izdala tudi dopolnitev PRD, s čimer so stranke pridobile dodatni rok za predložitev vlog, za vpogled v spis ipd., torej za izvrševanje vseh pravic v postopku pred Agencijo, ki jim gredo po zakonu.

IV.2 Postopek po izdanem PRD

99. Agencija je dne 15. 10. 2012 izdala PRD²³⁹, ki je bil vsem naslovnikom vročen dne 17. 10. 2012. Farmadent in Gopharm sta posredovala Agenciji izjavo o PRD dne 30. 11. 2012²⁴⁰, Salus in Kemofarmacija pa dne 3. 12. 2012²⁴¹. Stranke postopka Farmadent, Gopharm ter Kemofarmacija so hkrati z izjavo o PRD predložile Agenciji tudi nezaupni različici izjav o PRD, Salus pa je posredoval Agenciji nezaupno različico izjave o PRD dne 5. 12. 2012²⁴². Družbi Farmadent in Gopharm sta podali izjavo o PRD po istem pooblaščenču in navedli, da glede na ugotovljeno ekonomsko celoto podajata en in enoten odgovor na PRD, razen če je izrecno izpostavljeno, da velja navedba samo za določeno podjetje. Glede na navedeno je tudi Agencija v tej odločbi povzemala izjavo o PRD oziroma ugovore podjetij Farmadent in Gopharm tako, da je navedla le podjetje Farmadent, pri čemer sta mišljeni obe podjetji, razen če ni izrecno zapisano drugače.
100. Dne 5. 4. 2013 je Agencija naslovila zahtevo za posredovanje podatkov na JAZMP²⁴³, ZZZS²⁴⁴ in na Lekarniško zbornico²⁴⁵. Odgovor JAZMP je Agencija prejela dne 15. 4. 2013²⁴⁶, odgovor ZZZS dne 18. 4. 2013²⁴⁷ in odgovor Lekarniške zbornice dne 22. 4. 2013²⁴⁸.
101. Dne 15. 5. 2013 je Agencija prejela pripravljeno vlogo Salusa²⁴⁹.
102. Agencija je dne 3. 6. 2013 izdala dopolnitev povzetka relevantnih dejstev²⁵⁰ (v nadaljevanju: dopolnitev PRD), ki je bila Farmadentu in Gopharmu vročena dne 4. 6. 2013, Kemofarmaciji dne 5. 6. 2013, Salusu pa dne 10. 6. 2013, kar je razvidno iz podpisanih vročilnic v spisu.
103. Kemofarmacija je Agenciji posredovala izjavo o dopolnitvi PRD dne 4. 7. 2013²⁵¹, Farmadent in Gopharm dne 4. 7. 2013²⁵² ter dne 9. 7. 2013 nezaupno različico izjave o dopolnitvi PRD²⁵³, Salus pa dne 10. 7. 2013²⁵⁴ ter dne 11. 7. 2013 nezaupno različico izjave o dopolnitvi PRD²⁵⁵.

²³⁸ Grilc, Peter in ostali, Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence s komentarjem (ZPOmK-1), GV Založba, Ljubljana 2009, str. 247.

²³⁹ Dokument št. 306-45/2010-122.

²⁴⁰ Dokument št. 306-45/2010-144.

²⁴¹ Dokument št. 306-45/2010-146 in dokument št. 306-45/2010-147.

²⁴² Dokument št. 306-45/2010-148.

²⁴³ Dokument št. 306-45/2010-161.

²⁴⁴ Dokument št. 306-45/2010-162.

²⁴⁵ Dokument št. 306-45/2010-163.

²⁴⁶ Dokument št. 306-45/2010-164.

²⁴⁷ Dokument št. 306-45/2010-165.

²⁴⁸ Dokument št. 306-45/2010-170.

²⁴⁹ Dokument št. 306-45/2010-177.

²⁵⁰ Dokument št. 306-45/2010-178.

²⁵¹ Dokument št. 306-45/2010-187.

²⁵² Dokument št. 306-45/2010-188.

²⁵³ Dokument št. 306-45/2010-189.

²⁵⁴ Dokument št. 306-45/2010-190.

²⁵⁵ Dokument št. 306-45/2010-191.

IV.2.1 Pregled, prepis oziroma preslikava dokumentov zadeve (vpogledi v spis)

104. Po prejemu PRD so stranke postopka večkrat vpogledale v spis predmetne zadeve in pridobile fotokopije dokumentov iz spisa, in sicer Kemofarmacija dne 29. 10. 2012²⁵⁶, 2. 11. 2012²⁵⁷, 23. 11. 2012²⁵⁸, 27. 11. 2012²⁵⁹, 14. 1. 2013²⁶⁰, 18. 1. 2013²⁶¹, 24. 4. 2013²⁶², 5. 6. 2013²⁶³, 15. 7. 2013²⁶⁴ in dne 4. 10. 2013²⁶⁵, Salus dne 2. 11. 2012²⁶⁶, 6. 11. 2012²⁶⁷, 11. 1. 2013²⁶⁸, 14. 1. 2013²⁶⁹ in dne 22. 4. 2013²⁷⁰ ter Farmadent dne 14. 6. 2013²⁷¹.

IV.2.2 Zaveze

105. Salus je dne 3. 12. 2012 posredoval Agenciji pripravljeno vlogo, v kateri je podal predlog zavez²⁷². Zaveze je v okviru izjave o povzetku relevantnih dejstev predložila tudi Kemofarmacija²⁷³. Farmadent in Gopharm pa sta v izjavi o PRD navedla, da sta pripravljena podati predlog zavez²⁷⁴, vendar konkretnega predloga do izdaje dopolnitve PRD nista predložila. Agencija se je do navedenih predlogov zavez pisno opredelila v dopolnitvi PRD. Stranka Kemofarmacija je v izjavi o dopolnitvi PRD²⁷⁵ navedla, da bo konkretne predloge zavez lahko podala šele po tem, ko bo izvedela, kakšna so vsebinska pričakovanja Agencije v zvezi s predlaganimi zavezami. Farmadent in Gopharm sta v izjavi o dopolnitvi PRD²⁷⁶ predlagala zaveze, Salus pa je v izjavi o dopolnitvi PRD ponovno predlagal, da Agencija sprejme zaveze, kot jih je stranka predlagala v vlogi z dne 3. 12. 2012, upošteva prilagoditve, ki bi jih dogovorila skupaj z Agencijo. Vse stranke so tudi predlagale, da Agencija skliče sestanek, na katerem bodo lahko konkretizirale in pojasnile svoje predloge zavez. Agencija je sklicala sestanke z vsemi strankami postopka, na katere se nanaša odločba, dne 19. 8. 2013, 20. 8. 2013 in 21. 8. 2013, kjer je Agencija pojasnila stališče glede zavez. Agencija novih predlogov zavez do dne izdaje te odločbe ni prejela.

IV.2.3 Prošnje za sestanek

106. Dne 9. 11. 2012 je Kemofarmacija predložila Agenciji prošnjo za sestanek v predmetni zadevi²⁷⁷, ki je potekal v prostorih Agencije dne 13. 11. 2012²⁷⁸. Tekom postopka je Agencija prejela prošnjo za sestanek tudi s strani Salusa, in sicer dne 1. 2. 2013²⁷⁹ ter dne 15. 5. 2013²⁸⁰, in s strani strank postopka Farmadent in Gopharm dne 15. 2. 2013²⁸¹. Agencija je z dopisom obvestila stranke postopka, ki so te prošnje podale, da je postopek pred Agencijo praviloma pisen in jih pozvala, da svoja stališča, ki se nanašajo na

²⁵⁶ Dokument št. 306-45/2010-124.

²⁵⁷ Dokument št. 306-45/2010-128.

²⁵⁸ Dokument št. 306-45/2010-140 in dokument št. 306-45/2010-141.

²⁵⁹ Dokument št. 306-45/2010-143.

²⁶⁰ Dokument št. 306-45/2010-153.

²⁶¹ Dokument št. 306-45/2010-155.

²⁶² Dokumenti št. 306-45/2010-172 do 306-45/2010-175.

²⁶³ Dokument št. 306-45/2010-182 in dokument št. 306-45/2010-183.

²⁶⁴ Dokument št. 306-45/2010-192.

²⁶⁵ Dokument št. 306-45/2010-217.

²⁶⁶ Dokument št. 306-45/2010-129.

²⁶⁷ Dokument št. 306-45/2010-130.

²⁶⁸ Dokument št. 306-45/2010-151.

²⁶⁹ Dokument št. 306-45/2010-152.

²⁷⁰ Dokument št. 306-45/2010-168 in dokument št. 306-45/2010-169.

²⁷¹ Dokument št. 306-45/2010-185.

²⁷² Dokument št. 306-45/2010-145.

²⁷³ Dokument št. 306-45/2010-147.

²⁷⁴ Dokument št. 306-45/2010-144.

²⁷⁵ Dokument št. 306-45/2010-187, str. 26.

²⁷⁶ Dokument št. 306-45/2010-188, str. 10.

²⁷⁷ Dokument št. 306-45/2010-133 in dokument št. 306-45/2010-134.

²⁷⁸ Dokument št. 306-45/2010-137.

²⁷⁹ Dokument št. 306-45/2010-157.

²⁸⁰ Dokument št. 306-45/2010-177.

²⁸¹ Dokument št. 306-45/2010-159.

predmetni postopek, predložijo Agenciji pisno²⁸².

107. Stranka postopka Salus je v svoji vlogi oziroma ponovni prošnji za sestanek z dne 14. 5. 2013²⁸³ navedla, da je zavrnitev sestanka s strani Agencije nezakonita in lahko vpliva na zakonitost in pravilnost celotnega postopka. Dodala je, da je Agencija ob pravilnem in zakonitem poslovanju dolžna omogočiti strankam dostop do uradnih oseb Agencije in posledično ugoditi njeni prošnji. Sklicevala se je tudi na načelo nepristranskosti in enake obravnave strank postopka, kar naj bi Agencija po njenem mnenju kršila s tem, ko je eno od strank postopka (Kemofarmacija) že sprejela na sestanek. Poudarila je, da je Agencija dolžna zagotoviti strankam, da čim hitreje in čim lažje uresničujejo svoje pravice in pravne koristi. Glede na dejstvo, da se Agencija še ni opredelila do vseh navedb stranke postopka, podanih v postopku, slednja ne more učinkovito izvrševati pravice do obrambe. V nadaljevanju se je sklicevala še na prakso Evropske komisije in na preglednost njenih postopkov ter ponovno predlagala, da se njeni prošnji po sestanku ugodi.
108. Agencija glede očitkov o sklicevanju sestankov sporoča, da sama presoja, ali je treba v posamezni zadevi/postopku sklicati sestanek, ker je to potrebno za razjasnitev določenih dejstev oziroma okoliščin primera. Ker je Agencija v konkretni zadevi ocenila, da do izdaje dopolnitve PRD to ni potrebno, Agencija tudi ni sklicala sestanka. Je pa vse stranke postopka, ki so predložile prošnjo za sestanek, obvestila, da je v skladu z določbami ZPOmK-1 postopek pred Agencijo praviloma pisen, stranke postopka pa se lahko tekom postopka na Agencijo obračajo z vlogami, ki jih predložijo v skladu z določbami ZPOmK-1 in določbami zakona, ki ureja splošni upravni postopek. Stranke postopka lahko tako vsa svoja stališča, ki se nanašajo na postopek, kadarkoli predložijo v obliki pisnih vlog, česar Agencija nikoli ni omejevala, stranka Salus pa je to možnost celo izkoristila.
109. Glede očitkov, da se Agencija še ni opredelila do vseh navedb, ki so jih podale stranke postopka, Agencija ponavlja, da se Agencija do navedb strank ne opredeljuje na sestankih s strankami, temveč to stori v pisnih aktih Agencije, kot so na primer povzetek relevantnih dejstev, odločba ali sklep.
110. Glede sestanka, ki je potekal v prostorih Agencije dne 13. 11. 2012²⁸⁴, pa Agencija pojasnjuje, da je iz uradnega zaznamka o sestanku razvidno, da je bil ta sklican na pobudo Kemofarmacije zlasti iz razloga, ker je slednja izrazila željo, da vrne Agenciji fotokopije določenih dokumentov, ki jih je pridobila na vpogledu v spis, in da Agencija prekrije določene podatke, za katere je menila, da so poslovna skrivnost. Kemofarmacija je na sestanku sicer na kratko predstavila svoje stališče o izdanem PRD, vendar so ji uradne osebe pojasnile, da naj jih slednja predloži v obliki pisne izjave o PRD, torej smiselno enako, kot je Agencija sporočila tudi v odgovorih na prošnje za sestanke. Agencija je namreč svoje ugotovitve in stališča ter dejstva in dokaze vsem strankam postopka predstavila enotno, in sicer pisno v izdanem PRD, stranke postopka pa so imele možnost, da svoja stališča predstavijo Agenciji v obliki pisne izjave o PRD, kar pa so tudi storile. Tako so navedbe stranke postopka Salus v tem delu v celoti neutemeljene, saj njene procesne pravice niso bile kršene.
111. Agencija je dne 23. 7. 2013 posredovala naslovnikom odločbe vabilo na sestanek²⁸⁵, v zvezi s katerim je od vseh naslovnikov vabila prejela prošnjo, da se predlagani termini za sestanek prestavijo v drugo polovico meseca avgusta²⁸⁶. V skladu z navedenim je Agencija dne 26. 7. 2013 naslovnikom poslala novo vabilo na sestanek²⁸⁷. Sestanek s stranko postopka Salus je tako v predstavniki Agencije potekal dne 19. 8. 2013²⁸⁸, s

²⁸² Dokument št. 306-45/2010-158 in dokument št. 306-45/2010-160.

²⁸³ Dokument št. 306-45/2010-177.

²⁸⁴ Dokument št. 306-45/2010-137.

²⁸⁵ Dokument št. 306-45/2010-194.

²⁸⁶ Dokument št. 306-45/2010-197, dokument št. 306-45/2010-198 in dokument št. 306-45/2010-200.

²⁸⁷ Dokument št. 306-45/2010-201.

²⁸⁸ Dokument št. 306-45/2010-205.

strankama Farmadent in Gopharm dne 20. 8. 2013²⁸⁹ in stranko Kemofarmacija dne 21. 8. 2013²⁹⁰. Na teh sestankih so stranke postopka ponovno predstavile svoja stališča o izdanih PRD. Agencija je vsem udeležencem sestanka dne 30. 8. 2013 posredovala kopijo uradnega zaznamka o sestanku in jih pozvala, da podajo pripombe in v uradnem zaznamku označijo morebitne zaupne podatke.²⁹¹ V danem roku je zgolj Salus podal pripombe k posredovanemu uradnemu zaznamku, ki jih je Agencija v celoti upoštevala.²⁹²

IV.2.4 Zahteve za izločitve

112. Agencija je dne 6. 5. 2013 posredovala pristojnemu organu, t.j. Ministrstvu za gospodarski razvoj in tehnologijo, v odločanje predloga za izločitev določenih uradnih oseb²⁹³, ki sta ju podali stranki postopka Salus²⁹⁴ in Kemofarmacija²⁹⁵. Agencija je dne 27. 6. 2013 dopolnila predlog za izločitev uradnih oseb²⁹⁶. Dne 24. 7. 2013 je Agencija prejela sklep Ministrstva za gospodarski razvoj in tehnologijo, s katerim je slednje odločilo, da se zahteva Kemofarmacije za izločitev uradnih oseb iz postopka odločanja v predmetni upravni zadevi zavrže²⁹⁷. O zahtevi Salusa je Ministrstvo za gospodarski razvoj in tehnologijo odločilo dne 8. 8. 2013²⁹⁸, pri čemer je zahtevo Salusa za izločitev uradnih oseb iz vodenja predmetnega postopka zavrnilo, zahtevo za izločitev uradnih oseb iz postopka odločanja pa zavrglo. Stranki Salus in Kemofarmacija sta z navedeno vlogo zahtevali tudi, da se iz postopka izloči nekdanji direktor Urada Damjan Matičič, o katerem je Svet Agencije odločil dne 21. 8. 2013 tako, da je predlog strank postopka zavrgel.²⁹⁹
113. Salus je v izjavi o dopolnitvi PRD zahteval, da se iz postopka izločijo direktor Agencije in uradne osebe, ki so pripravile dopolnitev PRD, ker so podane okoliščine, ki vzbujajo dvom o njihovi nepristranosti. Salus je zahtevo za izločitev posredoval tudi Ministrstvu za gospodarski razvoj in tehnologijo, kot pristojnemu organu za odločanje o izločitvi uradnih oseb iz postopka. Slednje je nato z dopisom z dne 19. 7. 2013³⁰⁰ pozvalo Agencijo, da mu posreduje relevantne dokumente zadeve in podatke o uradnih osebah, ki so pripravile dopolnitev PRD. Agencija se je do poziva ministrstva opredelila dne 26. 7. 2013³⁰¹. O zahtevi Salusa je Ministrstvo za gospodarski razvoj in tehnologijo odločilo dne 21. 8. 2013³⁰², pri čemer je zahtevo Salusa za izločitev uradnih oseb iz vodenja predmetnega postopka zavrnilo, zahtevo za izločitev uradnih oseb iz postopka odločanja pa zavrglo. V zvezi s predlogom za izločitev direktorja Agencije Andreja Kraška iz postopka je Svet Agencije dne 21. 8. 2013 sprejel odločitev, da se predlog stranke postopka Salus zavrne³⁰³.

IV.3 Zaupni podatki in njihovo varstvo

114. Agencija na tem mestu pojasnjuje, da je podjetji Kemofarmacija in Farmadent, pri katerih so bile v preiskavi pridobljene kopije poslovne dokumentacije, obvestila o varstvu zaupnih podatkov po določbah ZPOmK-1 (podjetje Farmadent dne 4. 8. 2010³⁰⁴ in podjetje Kemofarmacija dne 16. 8. 2010³⁰⁵) in jima dala možnost, da v danem roku sporočita Agenciji, ali določeni podatki iz kopij dokumentov predstavljajo zaupne podatke v skladu z ZPOmK-1. Podjetje Kemofarmacija je v danem roku posredovalo obrazloženo zahtevo za

²⁸⁹ Dokument št. 306-45/2010-206.

²⁹⁰ Dokument št. 306-45/2010-207.

²⁹¹ Dokument št. 306-45/2010-212, dokument št. 306-45/2010-213 in dokument št. 306-45/2010-214.

²⁹² Dokument št. 306-45/2010-215.

²⁹³ Dokument št. 306-45/2010-176.

²⁹⁴ Dokument št. 306-45/2010-146.

²⁹⁵ Dokument št. 306-45/2010-147 in dokument št. 306-45/2010-148.

²⁹⁶ Dokument št. 306-45/2010-186.

²⁹⁷ Dokument št. 306-45/2010-196.

²⁹⁸ Dokument št. 306-45/2010-210.

²⁹⁹ Dokument št. 306-45/2010-208.

³⁰⁰ Dokument št. 306-45/2010-195.

³⁰¹ Dokument št. 306-45/2010-199.

³⁰² Dokument št. 306-45/2010-211.

³⁰³ Dokument št. 306-45/2010-209.

³⁰⁴ Priloga v dokumentu št. 306-45/2010-25.

³⁰⁵ Priloga v dokumentu št. 306-45/2010-21.

uveljavljanje poslovnih skrivnosti in drugih zaupnih podatkov v dokumentaciji iz preiskave, in tudi predložilo Agenciji nezaupne različice dokumentov³⁰⁶. Podjetje Farmadent v danem roku, kljub ponovnemu pozivu z dne 27. 9. 2012³⁰⁷, ni posredovalo Agenciji odgovora na navedeno obvestilo o zaupnih podatkih. Agencija na tem mestu zavrača zahteve strank, da štejejo določeni dokazi oziroma dokumenti v postopku za poslovno skrivnost oziroma zaupne podatke, v kolikor ni Agencija tega že storila med postopkom. Agencija je obremenjujoče dokaze razkrila drugim strankam postopka, četudi so podjetja zatrjevala, da predstavljajo le-ti poslovno skrivnost, v skladu z varstvom pravice strank, da se izjavijo o dejstvih in dokazih, na katere se opira ta odločba. Kršitev pravice do obrambe pa stranke lahko zatrjujejo zgolj v primeru, da Agencija vsebine teh dokumentov ne razkrije, pa na takšen dokaz opre odločbo in je ta nujen za dokazovanje navedb strank. Stranke, ki so zahtevale vpogled v t.i. razbremenjujoče dokaze, pa niso uspele dokazati, da bi nerazkritje lahko v njihovo škodo vplivalo na potek postopka in vsebino te odločbe. Podjetja so imela tekom postopka ves čas vpogled v t.i. nezaupne različice dokumentov, v kolikor so jih podjetja predložila, ali pa v celotne dokumente, če podjetja niso podatkov opredelila kot zaupnih oziroma se niso odzvala na zahteve Agencije, da jih kot takšne opredelijo.

115. Agencija je pridobivala podatke od strank in drugih subjektov (zlasti javni lekarniški zavodi). Agencija je vse pozvala, da označijo zaupne podatke in predložijo različico dokumentov, ki ne vsebuje poslovnih skrivnosti. V kolikor se na takšne zahteve Agencije ne odzovejo, Agencija dokumentov, ki jih pridobi tekom postopka, ni dolžna varovati kot zaupne. Agencija tudi ni dolžna varovati zaupnih podatkov v dokumentih, če podjetja zgolj pavšalno opredeljujejo svoje dokumente za zaupne, pa tega z ničemer ne utemeljijo oziroma obrazložijo. Podjetje mora namreč natančno opredeliti podatke, ki po njegovem mnenju pomenijo poslovno skrivnost, in predložiti dokaze, ki takšno zahtevo utemeljujejo. Pavšalna navedba, da gre za poslovne skrivnosti, ne zadošča. Agencija tudi ne sledi zahtevi za varovanje zaupnih podatkov podjetij, če gre za podatke, ki so znani širšemu krogu oseb, ali pa podatke, ki so izgubili svoj gospodarski pomen (na primer zaradi zastarelosti). Prav tako se ne morejo za poslovno skrivnost določiti podatki, ki so po zakonu javni, ali podatki o kršitvi zakona ali dobrih poslovnih običajev. Agencija je kljub temu, zlasti zaradi zagotovitve učinkovitega varstva zaupnih podatkov, določene podatke oziroma dokumente, ki jih je pridobila tekom postopka, varovala kot zaupne. Je pa Agencija omogočila strankam postopka, da se izjavijo o dejstvih in dokazih, na katere se opira ta odločba. Zaradi uresničevanja pravice do obrambe in načela kontradiktornosti se mora namreč interes varstva občutljivih podatkov umakniti in je treba dokumente, ki sodijo med izjeme, razkriti, vselej ko se odločitev Agencije opira na te dokumente³⁰⁸.

V. OPIS RAVNANJ

V.1 Uvod

116. Javni lekarniški zavodi so kot naročniki zavezani uporabljati predpise s področja javnih naročil, zato morajo praviloma za vsa naročila za nakup zdravil izvesti postopek oddaje javnega naročila v skladu s predpisi s področja javnih naročil. Javni lekarniški zavodi so v kritičnem obdobju, na katerega se nanaša ta odločba, v skladu z vsakokrat veljavnimi predpisi s področja javnih naročil praviloma objavili informativno obvestilo o konkretnem javnem naročilu skupaj z razpisno dokumentacijo, ki je vsebovala povabilo k oddaji ponudb, navodila ponudnikom za pripravo ponudb, vključno s pogoji za ugotavljanje sposobnosti in merili za izbor ponudnikov. Eden izmed temeljnih ciljev predpisovanja in izvajanja postopkov oddaje javnih naročil je zagotoviti kakovostne proizvode in storitve po najnižjih cenah. Takšne cilje je mogoče uresničevati predvsem z vzpostavitvijo konkurence med ponudniki oziroma podjetji. Pri tem je pomembno, da si podjetja resnično konkurirajo, kar pomeni, da določijo cene in druge poslovne pogoje pošteno in neodvisno od drugih podjetij. V obravnavanem primeru pa naslovniki odločbe niso ravnali

³⁰⁶ Dokument št. 306-45/2010-29.

³⁰⁷ Dokument št. 306-45/2010-105.

³⁰⁸ Grilc, Peter in ostali, Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence s komentarjem (ZPOmK-1), GV Založba, Ljubljana 2009, str. 250.

neodvisno drug od drugega, temveč so oddajali vrednostno enake ponudbe v postopkih oddaje javnih naročil, se usklajevali glede cen zdravil in celo sklepali dogovore o delitvi posameznih javnih naročil za dobavo zdravil, razpisanih s strani javnih lekarniških zavodov.

117. Stranke postopka so oddajale usklajene ponudbe v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil (oziroma jih usklajeno niso oddajale) in se usklajevale in/ali dogovarjale o tem, kakšen del konkretnega javnega naročila za dobavo zdravil bo pridobilo posamezno podjetje. Podjetja, na katera se nanaša ta odločba, so se prek elektronske pošte in sestankov usklajevala, da oblikujejo ponudbe v razmerjih do lekarn v skladu z dogovorjenimi cenami med proizvajalci in ZZZS, brez popustov. Pri usklajevanjih glede delitve posameznih javnih naročil so izhajala predvsem iz t.i. strukturnih deležev, ki so predstavljali realizirane deleže preteklih dobav pri posameznih naročnikih javnih lekarniških zavodih. Deleži posameznih podjetij pri dobavi zdravil posameznim naročnikom javnim lekarniškim zavodom so se od leta 2005 dalje malenkostno spreminjali. Prav tako se je malenkostno spreminjalo število podjetij, ki so bila udeležena pri delitvi javnih naročil za dobavo zdravil naročnikov javnih lekarniških zavodov. Navedene spremembe so bile pretežno posledica pridobivanja poslovnih deležev v družbah Pharmakon (Salus), Gopharm in Hygia (Farmadent) ter Vitapharm (Kemofarmacija).
118. Agencija je pri pregledu dokumentacije, ki so ji jo javni lekarniški zavodi posredovali v zvezi s postopki oddaje javnih naročil za nakup zdravil, ugotovila, da so podjetja, naslovniki odločbe, in sicer podjetji Kemofarmacija in Salus v obdobju vsaj od leta 2006 dalje³⁰⁹, podjetje Gopharm od leta 2007 dalje in podjetje Farmadent od leta 2008 dalje, oddajala večinoma povsem enake ponudbe v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil (podroben opis se nahaja v Prilogi 5: Oddajanje ponudb v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil lekarnam). Iz ponudb, ki so jih v relevantnem obdobju oddajala podjetja Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm, izhaja, da so navedena podjetja oddajala ponudbe, ki so večinoma vsebovale popolnoma enake cene za vsa zdravila, ki so bila predmet javnega naročanja. Agencija ugotavlja, da so vsa navedena podjetja v ponudbah lekarnam ponujala zdravila po njihovih najvišjih dopustnih »reguliranih« vrednostih (to je NDC, prej »cena na debelo«, ki so od 2. 4. 2007 dalje tudi javno objavljene na spletni strani JAZMP³¹⁰, ali IVDC), od začetka leta 2009, ko so bili sklenjeni prvi dogovori med proizvajalci zdravil in ZZZS glede cen določenih zdravil, pa so ponujala lekarnam ta zdravila po dogovornih cenah, ki so od 17. 5. 2012 dalje tudi javno objavljene v Centralni bazi zdravil. Iz dokumentacije v spisu je razvidno, da ni do 26. 3. 2012, ko je bila oddaja ponudb pri naročniku Gorenjske lekarnе (kjer pa je naročnik drugače opredelil javno naročilo in merilo, poleg navedenega je vodil tudi postopek s pogajanjmi, ker je ugotovil, da sta podjetji Kemofarmacija in Farmadent v ponudbah ponudili nesorazmerno nizek popust – glej točko 13 Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), nobeno od podjetij nikoli (v nobenem postopku oddaje javnega naročila) v ponudbi ponudilo kakršnegakoli popusta oziroma nižje cene od reguliranih (NDC ali IVDC ali dogovornih) cen zdravil. Popustov tudi niso ponudila kasneje v postopkih s pogajanjmi, ki so jih izvajali naročniki po pridobitvi ponudb, da bi izbrali najugodnejšega ponudnika (glej na primer pogajanja pri naročnikih Zasavske lekarnе in Lekarna Velenje ter pri Mestnih lekarnah, kjer je naročnik vodil celo ločena pogajanja z vsakim ponudnikom posebej, ki pa sta oba izrecno izjavila, da je cena iz ponudbe njuna zadnja cena, pa tudi da ponudbena cena ne more biti nižja, kot jo določa JAZMP).
119. Navedeno izkazuje, da si podjetja Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm, ki so oddajala ponudbe po najvišjih dovoljenih vrednostih zdravil (NDC/IVDC/dogovorne cene),

³⁰⁹ Agencija je pridobivala podatke od lekarn o izvajanju postopkov oddaje javnih naročil za nakup zdravil le od leta 2005 dalje. Iz pojasnil, ki so jih Agenciji dale lekarnе, javni lekarniški zavodi, na zahteve za posredovanje podatkov, izhaja, da je pred letom 2007 za nakup zdravil izvajala postopke v skladu s predpisi s področja javnega naročanja le Lekarna Ljubljana. Druge lekarnе, ki naročajo zdravila v skladu s predpisi s področja javnih naročil, so začele z izvajanjem postopkov oddaje javnih naročil za nakup zdravil šele v letih 2007 in 2008.

³¹⁰ JAZMP od 2. 4. 2007 dalje objavlja na svoji spletni strani »SEZNAM CEN ZDRAVIL IN CEN ZDRAVIL NA DEBELO« oziroma »SEZNAM VELJAVNIH CEN ZDRAVIL«, iz katerega je za vsako zdravilo na seznamu razvidna njegova cena na debelo glede na vsakokrat veljavni pravilnik o cenah zdravil.

niso konkurirala pri pridobivanju naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom in posledično naročniki (javni lekarniški zavodi) med njimi niso mogli izbrati najugodnejšega ponudnika po merilu za oddajo ponudb, to je najnižji ceni. Agencija ugotavlja, da je v obravnavanem primeru edina možna razlaga za tako ravnanje podjetij, ki so oddajala ponudbe brez popustov, da je moral med strankami postopka o tem obstajati dogovor (glej razdelek V.2.1 Vzporedno ravnanje veletrgovcev z zdravili, točko 125 odločbe in naslednje).

120. Ugotovitev Agencije, da je med podjetji obstajala usklajena volja o sodelovanju namesto konkuriranju, pa ne temelji le na vzporednosti ravnanj, temveč tudi na več dokumentih, ki jih je Agencija pridobila tekom postopka in ki dokazujejo obstoj usklajenega ravnanja (podrobneje so predstavljeni in analizirani v nadaljevanju odločbe - glej točko 148 odločbe in naslednje; razdelek Dokazi o obstoju usklajenega ravnanja).
121. Navedeno usklajeno oddajanje ponudb je omogočilo podjetjem, ki so oddala nekonkurenčne ponudbe, da so si nato med seboj razdelila posamezna javna naročila za dobavo zdravil v skladu z realiziranimi deleži dobav glede na predhodna leta. Agencija ugotavlja, da je tudi iz sporazumov o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil (glej točko 171 odločbe; razdelek Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil), razviden skupen cilj, ki so ga zasledovala podjetja, ki si niso konkurirala na razpisih. Ta pa je bil delitev naročil za dobavo zdravil glede na pretekle deleže dobav vsakega posameznega podjetja in s tem vzdrževanje *statusa quo*, kar je omogočalo vsem sodelujočim ohranjanje njihovih tržnih deležev in manjši konkurenčni pritisk pri odobravanju popustov v fazi sklepanja aneksov.
122. Iz dokumentov v spisu je razvidno, da so vsaj od leta 2008 dalje brez dvoma med podjetji, naslovniki odločbe, obstajali redni večstranski stiki, dvostranski stiki med največjima veletrgovcema z zdravili (podjetjema Kemofarmacija in Salus) pa celo že pred letom 2008. Glede večstranskih stikov med podjetji, naslovniki odločbe, Agencija ugotavlja, da so se predstavniki podjetij Kemofarmacija, Salus in Farmadent redno srečevali na sestankih kot družbeniki podjetja Nensi, ki so ga ustanovili v začetku leta 2008.³¹¹ Vsa tri navedena podjetja (in družba Gopharm, ki je od leta 2009 dalje odvisna družba podjetja Farmadent) so tudi člani Sekcije veletrgovcev z zdravili pri Trgovinski zbornici Slovenije, pri kateri so se sestajali (tako veletrgovci med seboj kot tudi z interesnimi združenji njihovih kupcev (na primer s predstavniki Lekarniške zbornice

³¹¹ Kemofarmacija, Salus in Farmadent so v letu 2008 skupaj ustanovili podjetje Nensi, ki je bilo kot gospodarska družba dne 10. 4. 2008 vpisano v sodni register. Tako so bila navedena podjetja vsaj od ustanovitve družbe Nensi dalje v rednih medsebojnih stikih že zaradi sodelovanja pri vodenju njihovega skupnega podjetja, kjer so se vsa tri intenzivno vključevala. Navedeno potrjujejo tudi dokumenti, ki jih je Agencija pridobila med preiskavo v podjetju Farmadent: »Zapisnik [redacted] in elektronsko sporočilo [redacted] sodelovanju v projektu NENSI« z dne 23. 2. 2010 (Dokument opr. št. 306-45/2010-25, mapa 4, zaporedna št. 1), ki ga je poslal direktor družbe Nensi, [redacted], predstavnikom podjetij Kemofarmacija ([redacted]), v vednost tudi: [redacted], [redacted], Salus ([redacted]), v vednost tudi: [redacted] in [redacted] in Farmadent ([redacted]), v vednost tudi: [redacted]. Iz navedenih dokumentov izhaja, da je bil dne 11. 2. 2010 ob 9.30. uri v prostorih podjetja Kemofarmacija v Ljubljani že 11. redni sestanek družbenikov družbe Nensi, na katerem so bili prisotni poleg direktorja družbe Nensi tudi predstavniki družbenikov družbe Nensi, to je družb Kemofarmacija ([redacted]), Salus ([redacted]) in Farmadent ([redacted]). Na sestanku so bili pri določenih obravnavanih zadevah prisotni tudi drugi predstavniki Kemofarmacije ([redacted], [redacted]) in Salusa ([redacted], [redacted]). Iz lastnoročnega zapisa na dokumentu je razvidno, da je bil dogovorjen naslednji sestanek družbenikov v širši sestavi (»prodaja in nabava«) [redacted]

Slovenije) in interesnimi združenji njihovih dobaviteljev (na primer s predstavniki Foruma) ter si izmenjavali sporočila po elektronski pošti. Podjetja so se ves čas tudi redno udeleževala sestankov pri naročnikih (javnih lekarniških zavodih) v postopkih oddaje javnih naročil, kjer so razpravljala oziroma se pogajala o razdelitvi posameznih bodočih javnih naročil za dobavo zdravil, o čemer so bili sestavljeni tudi zapisniki (zapisniki sestankov pri naročniku Zasavske lekarne z dne 29. 1. 2008, 9. 2. 2009, 4. 2. 2010 in 1. 2. 2010, zapisniki sestankov pri naročniku Lekarna Velenje z dne 13. 3. 2009, 19. 3. 2010, 22. 3. 2011 in 23. 3. 2012 ter zapisniki sestankov pri naročniku Lekarna Ribnica z dne 16. 10. 2009, 27. 10. 2010 in 27. 10. 2011). Podrobne vsebine predmetnih zapisnikov in sklici na dokumente v spisu se nahajajo v razdelku V.3.1 Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil v nadaljevanju odločbe in v Prilogi 6: Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil. Na sestankih in pri izmenjavi elektronskih sporočil so bili običajno udeleženi direktorji podjetij, pa tudi predstavniki iz prodajnih sektorjev v podjetjih. Iz dokumentov, ki jih je pridobila Agencija, izhaja, da so bili predstavniki posameznih podjetij, ki so se sestajali, si izmenjevali elektronska sporočila oziroma podpisovali dokumente, zlasti naslednji:

- za podjetje Kemofarmacija: [redacted], [redacted], [redacted], [redacted];
- za podjetje Salus: [redacted], [redacted], [redacted];
- za podjetje Farmadent: [redacted], [redacted];
- za podjetje Gopharm: [redacted].

123. Agencija na tem mestu pojasnjuje, da ne zatrjuje, da so bili vsi zgoraj navedeni stiki med podjetji (na sestankih in prek elektronske pošte) sami po sebi protipravni.³¹² Poudarja, da v predmetni zadevi ni nikjer navedla, da šteje že samo dejstvo, da so se podjetja srečevala v okviru njihove dejavnosti na ravni združenja (Sekcije pri Trgovinski zbornici), udeležbe v skupni družbi Nensi ali celo na sestankih pri naročnikih v zvezi s postopki oddaje javnih naročil, za indic o prepovedanem usklajevanju. Agencija je ustrezno pojasnila, katere sestanke pri naročniku in izmenjana elektronska sporočila šteje za sporne z vidika konkurenčnega prava in za to predložila dokaze in utemeljila, da so se srečanja oziroma elektronska sporočila nanašala na omejevanje konkurence. Navedla je vse okoliščine, iz katerih je razvidno, da razprave med podjetji niso potekale glede vprašanj, ki so bila potrebna za izvajanje njihove skupne dejavnosti, temveč so se nanašala na kršenje konkurenčnega prava.
124. Ugotovljena dejstva in dokazi, ki podpirajo ugotovitve o kršitvi in jih je Agencija pridobila tekom ugotovitvenega postopka, so navedeni, povzeti in analizirani v nadaljevanju odločbe, zlasti v tem poglavju (Opis ravnanj). Sklepni pravni zaključki Agencije pa se nahajajo tudi v poglavju VI. Presoja ravnanj z vidika pravil konkurence.

V.2 Usklajeno ravnanje glede določanja cen in oddajanja ponudb v postopkih javnega naročanja

V.2.1 Vzporedno ravnanje veletrgovcev z zdravili

V.2.1.1 Oddajanje ponudb v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom

125. Iz dokumentacije, ki jo je pridobila Agencija v predmetnem postopku, brez dvoma izhaja, da so podjetja Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm v postopkih javnega naročanja pri naročnikih javnih lekarniških zavodih oddajala večinoma enake ponudbe v delu, ki se nanaša na ceno in popuste za dobavo zdravil (glej Priloga 5: Oddajanje

³¹² Podjetja (npr. Farmadent in Salus) so namreč v izjavah o PRD ugovarjala, da so povsem neosnovani zaključki Agencije, da naj bi skupno podjetje Nensi služilo za nedovoljeno izmenjevanje podatkov in da Agencija svojih zaključkov ne podpre z nobenim dokazom, da so podjetja skupno družbo zlorabila za izmenjevanje občutljivih podatkov. Farmadent je tudi navedel, da seznam dobaviteljev in odjemalcev posamezne stranke v postopku ni občutljiva informacija, saj stranke blago kupujejo tudi druga od druge, predvsem pa se srečujejo s ponudbami pri posameznih lekarnah, kjer prihaja do javnega odpiranja ponudb in pogajanj. Salus pa je ugovarjal, da si stranke postopka s tem, ko so se 7. 4. 2010 dogovorile o tem, da si razdelijo, katere lekarne naj povabi katera k sodelovanju, niso delile poslovanje, temveč je šlo zgolj za razdelitev odgovornosti za povabilo k sodelovanju, saj družba Nensi nima dovolj zaposlenih.

ponudb v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil lekarnam). Ta ugotovitev tudi ni sporna, saj vse stranke postopka med drugim zatrjujejo, da so bile vse dolžne uporabljati veljavne cene pri naročnikih, javnih lekarniških zavodih, brez popustov, in da je do minimalnih razlik med ponudbami prišlo zaradi napak ali sprememb vsakokrat veljavnih cen zdravil glede na datum priprave ponudbe za konkretno javno naročilo in ne možnosti veletrgovcev, da bi dejansko ponujali nižje cene posameznih zdravil.³¹³ Posebej za razpise pri Lekarni Ljubljana je bilo izpostavljeno, da je prihajalo do odstopanj, ker so se razpisi poleg zdravil nanašali tudi na drugo blago.

126. Agencija ugotavlja, da iz dokumentov v spisu izhaja, da so javni lekarniški zavodi, ki so se odločili za zbiranje ponudb za dobavo zdravil po postopkih javnega naročanja, vodili te postopke na način, ki po oceni Agencije dovolj jasno izkazuje njihovo prizadevanje pridobiti konkurenčne ponudbe za dobavo zdravil. Iz razpisnih dokumentacij javnih lekarniških zavodov je razvidno, da so naročniki navedli, da bodo izbrali ponudnika(e) po merilu najnižja cene (vrednosti) ponudbe, pri čemer je bilo celo v obrazcih specifikacije ponudb, na katerih so ponudniki oddajali ponudbe, predvidena možnost nudenja popustov. Ponudnikom so bile pred oddajo ponudb znane tudi okvirne količine zdravil, ki so bila predmet naročila. Agencija meni, da je v tem primeru normalno poslovno obnašanje subjektov na trgu, ki izpolnjujejo razpisne pogoje, da oddajo ponudbe s popusti na veljavne cene in s tem med seboj tekmujejo za pridobitev naročila. Tudi glede na to, da si v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom konkurira majhno število ponudnikov, da gre za precej konstantno povpraševanje s strani javnih lekarniških zavodov in da udeleženci na trgu poznajo predhodna poslovna dejanja konkurentov (nihče ne nastopa na razpisih s popusti, kupci in deleži dobav veletrgovcev z zdravili pa so že leta isti), bi bilo z vidika posameznega podjetja ekonomsko racionalno, da to nastopi s popustom v ponudbi za dobavo zdravil, in tako kot najugodnejši - zmagoviti ponudnik pridobi javno naročilo v celoti, ne pa samo njegov delež. To bi bilo tudi poslovno racionalno obnašanje glede na pritoževanje veletrgovcev z zdravili, da jim vsaj od leta 2011 upadajo naročila pri njihovem največjem kupcu, Lekarni Ljubljana (tako na primer Salus v letnem poročilu za leto 2011- glej točko 37 odločbe), in da se od leta 2008 dalje srečujejo s konkurenco proizvajalcev zdravil pri dobavi zdravil bolnišnicam, kar naj bi za veletrgovce z zdravili pomenilo izrazit padec prodaje (tako na primer Kemofarmacija v letnem poročilu za leto 2008 - glej točko 28 odločbe, podobno tudi Salus - glej točko 37 odločbe in Farmadent - glej točko 45 odločbe). Sploh pa po oceni Agencije oddajanja enakih ponudb podjetij na razpisih (brez popustov) ni mogoče opredeliti kot racionalno početje tudi glede na to, da vsa podjetja naknadno (izven postopkov javnega naročanja) vseeno odobrijo javnim lekarniškim zavodom popuste. Ob nespremenjenih okoliščinah torej podjetja, čeprav jim to ni treba, naknadno znižajo cene iz svojih ponudb oziroma odobrijo popuste, kar ekonomsko gledano tudi ni racionalno početje. Agencija meni, da si je težko predstavljati, da je nastopanje na razpisih javnih lekarniških zavodov brez popustov rezultat tržnih odločitev, do katerih so podjetja vsakokrat pred oddajo ponudb prišla samostojno. Agencija zaključuje, da bi bilo racionalno obnašanje podjetij, ki so vsa sposobna dobavljati zdravila na območju celotne Slovenije, da si prizadevajo pridobiti dodatne kupce (javne lekarniške zavode) in večji obseg naročil pri posameznih kupcih, kar pa ne izhaja iz dejstev, ugotovljenih v predmetnem postopku.

Opredelevitev do navedb strank

127. Stranke so v izjavah o PRD navajale, da že glede na pravno ureditev oziroma predpise ne obstaja možnost dajanja popustov in da so dolžne ponujati zdravila po veljavnih cenah. Do vseh teh navedb strank, ki so po mnenju Agencije neutemeljene, se je Agencija opredelila v tej odločbi (glej zlasti točko 16 in naslednje v odločbi). Poleg teh ugovorov so stranke navajale tudi druge razloge, zaradi katerih niso nastopale s popusti v postopkih zbiranja ponudb, ki so jih vodili javni lekarniški zavodi. Ti razlogi naj bi bili zlasti naslednji: (i) interes javnih lekarniških zavodov, da pridobijo popuste izven postopkov javnega naročanja in zadržijo ta sredstva zase, ter (ii) specifike povpraševanja na trgu zdravil, zaradi katerih so postopki javnega naročanja za naročanje zdravil neustrezni in ni mogoče konkurirati s popusti v fazi oddaje ponudb v teh postopkih. Stranke postopka so

³¹³ Glej npr. izjavo o PRD podjetja Salus.

ugovarjale, da na podlagi dejstev, ugotovljenih v PRD, ni možno ugotoviti niti obstoja protikonkurenčnega sporazuma niti usklajenega ravnanja med strankami postopka. Salus (smiselno enako tudi Kemofarmacija) je navedel, da iz opisa ravnanj ne izhaja nikakršno protipravno ravnanje, ampak gre za normalno neodvisno tržno obnašanje posameznih poslovnih subjektov na trgu prodaje zdravil za humano medicino na debelo javnim lekarniškimi zavodom v postopkih javnih naročil in da je razloge za takšno ravnanje treba iskati predvsem v pozitivni zakonodaji glede regulacije cene zdravil in posebnosti postopkov naročanja zdravil.

128. Salus je tudi navedel, da so enake cene na nivoju NDC posledica dejstva, da dobavitelji nimajo dovolj velikih proizvodnih kapacitet, s katerimi bi lahko zadovoljili potrebe celotnega trga. Agencija v zvezi s tem najprej pojasnjuje, da ne zatrjuje, da je sposoben vsak izmed veletrgovcev zadovoljiti potrebe celotnega trga in da bi javnim lekarniškimi zavodom lahko dobavljal le en veletrgovec. Kot je bilo že zgoraj navedeno, so se od leta 2008 dalje veletrgovci z zdravili, na katere se nanaša ta odločba, začeli srečevati s konkurenco s strani proizvajalcev zdravil oziroma njihovih zastopnikov, kar je vplivalo na njihovo prodajo. Čeprav se je to dogajalo na bolnišničnem trgu zdravil, na katerega se predmetni postopek ne nanaša, pa ni mogoče spregledati dejstva, da je pri naslovnih odločbe zaradi tega prišlo do padca prodaje, kar pomeni, da so se jim povečevale proste »proizvodne kapacitete«. Tudi sicer Agencija zgornjega argumenta podjetja Salus ne sprejema kot utemeljenega, saj je celo sama stranka v izjavi o PRD navedla, da je poskušala pridobiti čim višji tržni delež tudi z investicijami v lekarniške prostore in opremo in da je tudi povečala svoje kapacitete (glej tudi točko 249 odločbe). Dodatno se Agencija opredeljuje do teh navedb tudi v točki 197 odločbe in Prilogi 3: Ponujanje popustov javnim lekarniškimi zavodom v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil, zlasti točka 10 priloge. Agencija zaključuje, da so proizvodne kapacitete veletrgovcev različne in da so se v relevantnem obdobju, na katero se nanaša kršitev, brez dvoma spreminjale, zato so navedbe Salusa, da so enake cene zdravil na debelo na nivoju NDC povezane z velikostjo proizvodnih kapacitet veletrgovcev, nelogične in neutemeljene, zato jih je treba zavrniti.

(i) Interes javnih lekarniških zavodov

129. Stranke postopka so v izjavah o PRD³¹⁴ med posebnostmi zadevnega trga opozarjale na interes javnih lekarniških zavodov, da na vsakokratnem javnem razpisu pridobijo več ponudnikov. Farmadent je izpostavil, da so lekarne kot javni zavodi zavezane k obvladovanju tveganj na področju preskrbe z zdravili, zato poleg izpolnjevanja osnovnih pogojev presojujejo tudi pomembne zahteve, kot so na primer sposobnost zagotavljanja celotnega asortimana zdravil v roku 24 ur v vse lekarniške enote, logistične zmogljivosti, roke in uspešnost reševanja reklamacij in zagotavljanje poslovanja v elektronski obliki. Dodaja, da so lekarne v skladu z določili Splošnega dogovora z ZZS dolžne zdravilo pacientu zagotoviti v roku 24 ur od prejema recepta, zato se odločajo za poslovanje z več veledrogerijami, saj bi poslovanje samo z eno veledrogerijo pomenilo preveliko tveganje. Izjema je le, če se zdravilo ne nahaja na slovenskem tržišču. Iz navedenega po zatrjevanju podjetja Kemofarmacija izhaja, da so vse lekarne zavezane bodisi imeti na zalogi celoten nabor zdravil, ki jih zdravniki predpisujejo, ali pa imeti pogodbo z veledrogerijo, ki jim bo sposobna, ob vsakokratni potrebi in na poziv, zagotoviti zdravilo pravočasno in v zadostnih količinah. Tudi Salus je navedel več razlogov, zaradi katerih je javnim lekarniškimi zavodom v interesu, da imajo več dobaviteljev zdravil (zagotavljanje nemotene oskrbe, ni mogoče vnaprej določiti potrebe po zdravilih, saj jo določajo zdravniki s predpisovanjem itd, majhne zaloge blaga v lekarnah). Tudi veletrgovci nimajo vedno na razpolago vseh možnih zdravil, kar je posledica omejitve kapacitet in kratkega roka veljavnosti zdravil, zato ne morejo vedno izpolniti vseh naročil, ki jih prejmejo. V tem primeru lekarne opravijo naročilo pri drugem ponudniku. Agencija sprejema dejanske trditve, ne sprejema pa strankinega nadaljnega pravnega sklepanja, da to izkazuje interes naročnikov, da na razpisu izbere dva ali več ponudnikov, in da jo to, kar zatrjuje, razbremeni njene odgovornosti za očitana ravnanja. Po mnenju Agencije so te navedbe strank postopka tudi nerelevantne glede na to, da iz odločbe (in prej PRD),

³¹⁴ Glej npr. izjavi o PRD podjetij Farmadent (str. 17-18) in Salus (str. 60-61).

izhaja, da se očitki ne nanašajo na odločitev, da se izbere več ponudnikov hkrati, temveč je sporen način razdelitve javnih naročil, ki se je vzpostavil v postopkih s pogajanjem pred razdelitvijo javnega naročila med ponudniki.

130. Stranke postopka so med postopkom tudi navajale, da naj bi bilo v interesu naročnikov, to je javnih lekarniških zavodov, da se deleži dobav vsakega dobavitelja ne spreminjajo. Za te navedbe stranke niso dale utemeljitve, kaj šele konkretnih dokazov. Farmadent je sicer pojasnjeval, da lekarnam ni v interesu bistveno spreminjati deležev dobav zato, ker imajo veledrogerije glede na dogovorjeni delež ustaljene proge po dnevih in celo urah za dobavo v posamezne lekarne (na primer v ponedeljek dopoldne dostavlja Salus, popoldne Gopharm, v torek izključno Kemofarmacija ipd.). Za vsak odmik od usklajenega urnika je potrebno precej usklajevanja, saj je treba organizirati dodatno progo. Urniku lekarn pa je prilagojeno in organizirano tudi delo veledrogerij. Agencija poudarja, da navedena pojasnila oziroma utemeljitve Farmadenta glede ustaljenih urnikov prog ne utemeljujejo njegovih navedb, da naj bi to izkazovalo interes naročnikov, to je lekarn, da se deleži dobav vsakega dobavitelja ne spreminjajo. Poleg navedenega tudi iz razpisnih dokumentacij in postopkov oddaje javnih naročil ali drugih dokumentov v spisu ne izhaja, da bi naročniki, javni lekarniški zavodi, na kakršenkoli način izkazali interes, da se deleži dobav vsakega dobavitelja ne spreminjajo. Agencija dodaja, da navedeni razlogi, kot jih zatrjujejo stranke, in sicer, da ustaljeni urniki izkazujejo interes naročnika, da se deleži dobav posameznih podjetij ne spreminjajo, tudi sicer ne more predstavljati razbremenilnega dokaza oziroma opravičiti usklajevanja med veletrgovci glede deležev dobav posameznim lekarnam, zato Agencija gornje navedbe zavrača kot neutemeljene. Glede na navedeno Agencija zavrača tudi dokazne predloge in dokaze, ki jih je predlagal Farmadent, in sicer: zaslišanje [redacted] (Gopharm) in [redacted] ([redacted] Lekane Velenje) ter dopis Lekarne Velenje z dne 26. 11. 2012, saj Agencija sprejema dejanske trditve, ne sprejema le strankinega nadaljnjega pravnega sklepanja, da jo to, kar zatrjuje, razbremeni njene odgovornosti za očitana ravnanja.
131. Tudi dajanje oziroma odobravanje popustov izven postopkov javnega naročanja naj bi bilo po navedbah strank postopka v interesu javnih lekarniških zavodov. Tako je Farmadent v izjavi o PRD navedel, da lekarne od veledrogerij zahtevajo popuste (izven razpisov) glede na strukturo in obseg nabavljenega blaga, saj na ta način ta sredstva lahko obdržijo zase in jim jih ni treba prenesti na ZZZS. Dodal je, da glede na ustroj lekarn kot javnih zavodov pa »obdržati zase« ne pomeni osebnega okoriščenja, temveč boljše izvajanje javne službe, saj financiranje javnega dela lekarniške dejavnosti s strani ZZZS ne omogoča pogojev za kakovostno in nemoteno oskrbo prebivalcev z zdravili. V nadaljevanju je med drugim tudi navedel, da je v trenutni situaciji prenizkega vrednotenja lekarniških storitev pri izdaji zdravil na recept edino možno pozitivno poslovanje zagotavljati na način, da si lekarne za svoje poslovanje pri veledrogerijah izpogajajo popuste, ki so vezani na doseženi obseg in strukturo nabav. Tako naknadno odobrene popuste lekarne priznajo dejavnosti javne službe in na ta način zagotovijo pozitivno poslovanje oziroma pokrijejo manko sredstev iz zdravstvene blagajne. Iz navedenega po navedbah podjetja Farmadent izhaja, da so si veledrogerije dejansko med seboj konkurirale, saj so si z višino ponujenega rabata zviševale delež dobave, kar izrecno izhaja iz aneksov. Tudi Kemofarmacija smiselno podobno zatrjuje, da so lekarne zainteresirane, da od veletrgovcev pridobijo čim višje popuste, saj s temi sredstvi financirajo tudi dejavnost javne službe. Iz izjave o PRD izhaja, da lekarne pridobivajo sredstva od ZZZS za plačilo njihovih storitev pri izdaji zdravil na recept, ker pa ta višina plačila ne pokriva dejanskih stroškov lekarn, so te zainteresirane za opravljanje komercialne dejavnosti (to je prodaja vseh vrst OTC zdravil, medicinskih pripomočkov, kozmetike itd.), kjer naj bi bila tveganja manjša, njihov zaslužek pa večji (višje marže). Navaja, da lekarne pridobivajo potrebna sredstva tudi iz naslova popustov, ki jih lekarnam ob koncu določenih časovnih obdobjev odpravljajo veledrogeristi, ki so sklenjeni izven postopkov javnih naročil. Podjetje Kemofarmacija v nadaljevanju izpostavi, da je v letu 2011 iz naslova komercialnih popustov vsem 24 javnim lekarniškim zavodom nakazala znesek [redacted] in da ocenjuje, da znaša znesek popustov, ki so jih vsi ti javni lekarniški zavodi prejeli od vseh veledrogeristov skupaj, približno [redacted]. V primeru, da bi javni lekarniški zavodi ostali brez vira financiranja v obliki komercialnih popustov, bi to pomenilo, da bi več kot polovica javnih lekarniških zavodov poslovala z

izgubo. Agencija navedbam strank, iz katerih izhaja, da naj bi bilo dajanje oziroma odobravanje popustov izven postopkov javnega naročanja tudi v interesu javnih lekarniških zavodov, ne nasprotuje. Vendar, tudi če tak interes lekarn obstaja, to v obravnavanem primeru ne more predstavljati razbremenilnega dokaza oziroma opravičiti usklajevanja med veletrgovci pri oddaji ponudb v postopkih javnega naročanja in glede deležev dobav posameznim lekarnam. Stranke namreč niso predložile nobenega dokaza, iz katerega bi izhajalo, da so javni lekarniški zavodi zahtevali od strank postopka, da oddajajo ponudbe po veljavnih cenah, brez popustov. Iz spisa predmetne zadeve, zlasti pa dokumentacije naročnikov v zvezi z izvedbo postopkov javnega naročanja, izhaja ravno nasprotno: naročniki, javni lekarniški zavodi, so v razpisnih dokumentacijah v večini primerov najnižjo ceno navajali kot merilo za izbiro dobavitelja in v vzorcih specifikacij ponudb, na katerih so morali ponudniki oddati ponudbe, so večinoma celo izrecno dodali stolpec, v katerem je bila ponudnikom pri vsakem zdravilu posebej dana možnost navedbe popusta.³¹⁵ Glede na navedeno je tudi razumljivo početje javnih lekarniških zavodov, ki v postopkih po predpisih s področja javnega naročanja s strani dobaviteljev zdravil niso prejeli popustov oziroma nižjih ponudb za dobavo zdravil, da so od veletrgoerij naknadno, izven razpisov, zahtevali popuste, kot to zatrjujejo stranke postopka³¹⁶.

132. Kemofarmacija je v svojo obrambo tudi navedla, da naj bi bilo vodenje postopkov javnih naročil, kjer se zahteva najnižja cena, pravzaprav manever javnih lekarniških zavodov, s katerim po eni strani zadovoljijo zahtevam zakonodaje s področja javnega naročanja, po drugi strani pa ustvarijo situacijo, v kateri zahtevajo od veletrgoeristov, da tekmujejo na področju, kjer tekmovanja zaradi posebnosti trga ni. Zatrjuje, da se tekmovanje med veletrgoerijami dogaja na segmentu komercialnih popustov (aneksi) in da je le en javni lekarniški zavod (Gorenjske lekarne, pa še to šele od leta 2012) svoj razpis prilagodil dejanski situaciji na trgu. Pri tem je podala še očitke, da naj bi tudi Gorenjske lekarne najverjetneje zadržale komercialne popuste zase in ga ne prenašajo na ZZS. Agencija tudi te pavšalne navedbe zavrača in dodaja, da morebitne nepravilnosti javnih lekarniških zavodov glede zaračunavanja popustov v razmerju do ZZS niso predmet tega postopka. Enako velja glede navedb podjetja Kemofarmacija, ki v izjavi o PRD navaja, da tudi ZZS ni bil zainteresiran za izkazovanje komercialnih popustov na fakturi za dobavo zdravil. Navedeno naj bi izhajalo iz predloženega elektronskega sporočila "Metadon" [redacted] [redacted] iz ZZS z dne 22. 3. 2009³¹⁷. Agencija je vpogledala v predloženi dokument in ugotavlja, da se ta ne nanaša na priznavanje popustov s strani veletrgoeristov, temveč proizvajalca zdravil (Krka d.d.). Tudi ZZS je v odgovoru na zahtevo za posredovanje podatkov z dne 16. 4. 2013³¹⁸ izrecno navedel, da se stališče iz navedenega elektronskega sporočila ne nanaša na dogovarjanje o cenah zdravil na debelo, ki jih posamezni veletrgoevci z zdravili ponudi javnemu lekarniškemu zavodu, temveč se nanaša izključno na plačilo zdravila iz sredstev za obvezno zdravstveno zavarovanje, to je na razmerje med ZZS in javnim lekarniškim zavodom.

(ii) Specifike povpraševanja na trgu zdravil, zaradi katerih naj bi bili postopki javnega naročanja za naročanje zdravil neustrezni

133. Vse stranke postopka so v izjavah o PRD navajale in dokazovale, da so si dejansko med seboj konkurirale izven postopkov oddaje javnih naročil, zlasti s priznavanjem različnih popustov. Tako je na primer Farmadent izpostavil, da so si veletrgoerije dejansko med seboj konkurirale, saj so si z višino ponujenega rabata zviševale delež dobave, kar

³¹⁵ Končno je tudi Lekarniška zbornica, katere člani so javni lekarniški zavodi in na katero je Agencija naslovila zahtevo za posredovanje podatkov, v odgovoru (Dokument št. 306-45/2010-170) navedla, da se cene zdravil v Sloveniji, katerih strošek se krije iz javnih sredstev, določajo le do nivoja prometa na debelo, ta pa ne spada na področje lekarniške dejavnosti. Navedla je, da Lekarniška zbornica nima vloge niti pristojnosti podajati stališča ali mnenja glede uporabe veljavnih cen zdravil v prometu z zdravili na debelo in da JAZMP, če izda kakršnokoli mnenje ali razlago glede določanja cen v prometu na debelo, ni dolžan o tem seznanjati Lekarniške zbornice. Lekarniška zbornica pa je, kot izhaja iz njenega odgovora, glede ureditve izvajanja javnih naročil javnih lekarniških zavodov podala dve stališči/mnenji (20. 5. 2004 in 24. 4. 2008) ter sodelovala s predlogi pri pripravi zakonodaje na področju javnega naročanja in lekarniške dejavnosti.

³¹⁶ Glej na primer izjavo o PRD podjetja Farmadent str. 19.

³¹⁷ Elektronsko sporočilo »Metadon«, ki ga je dne 22. 3. 2010 [redacted] (ZZS) poslal [redacted] (Krka).

³¹⁸ Dokument št. 306-45/2010-165.

izrecno izhaja iz aneksov. Navaja, da bi Agencija, če bi napravila podrobno analizo pogodbenih določil med veletrgovci in lekarnami, ugotovila, da cene zdravil zaradi obračunanega rabata na celoletni promet dejansko niso bile enake in da je obstajala konkurenca med veletrgovci, saj so lekarnarji naročila pri posameznem dobavitelju pogojevale z višino rabata. Smiselno podobno se je opredelil tudi Salus,

[REDACTED]. Agencija ponavlja, da predmet kršitve v predmetnem postopku ni priznavanje popustov izven postopkov oddaje javnih naročil, temveč usklajeno ravnanje podjetij pri oddaji ponudb v postopkih javnega naročanja, kjer podjetja niso tekmovala med seboj s popusti. Agencija je v PRD sicer ugotovila, da se razponi popustov, ki so jih posamezna podjetja dajala oziroma odobrila kupcem, javnim lekarniškim zavodom, med seboj le malenkostno razlikujejo, vendar so stranke postopka v izjavah o PRD s pojasnili, da imajo malo maneverskega prostora, uspele izkazati obstoj druge verjetne razlage za malenkostne razlike med popusti, zato Agencija brez dodatnega dokaznega postopka ne more z gotovostjo zaključiti, da so se podjetja usklajevala glede cen zdravil oziroma popustov tudi v fazi sklepanja aneksov k pogodbam, izven postopkov javnega naročanja. Dodatni dokazni postopek, ki bi ga v tem primeru morala izvesti Agencija, bi moral vključevati izčrpno in obsežno ekonomsko analizo vseh pogodb in aneksov, sklenjenih med veletrgovci in javnimi lekarniški zavodi v relevantnem obdobju. Rezultat dokaznega postopka pa ne bi spremenil ugotovitev v predmetni odločbi glede ravnanja podjetij v fazi oddaje ponudb ali o delitvi javnih naročil, temveč bi lahko le podkrepil ugotovitve Agencije, da so podjetja kršila 6. člen ZPOMK-1 in 101. člen PDEU.

134. Stranka (Farmadent) je celo sama navedla, da so lekarnarji pogojevale naročila pri posameznem veletrgovcu z višino rabata, kar po oceni Agencije kaže na to, da so lekarnarji želele pridobiti konkurenčne ponudbe in nabaviti blago (zdravila) pri tistem veletrgovcu, ki bi ji ponudil najvišji rabat (popust). V danem primeru pa, ko si veletrgovci pri oddaji ponudb niso konkurirali s cenami oziroma popusti, je bil naročnik primoran razdeliti naročilo na drug način, ne glede na ekonomsko (cenovno) najugodnejšega ponudnika, in sicer glede na pretekle deleže dobav ponudnikov/podjetij. Tako je bilo vsem podjetjem, ki so oddala ponudbe, zagotovljeno, da vsakemu izmed njih pripade določen del (obseg) naročila. S tem je odpadla negotovost glede pridobitve naročila, posledično pa se je s tem tudi občutno zmanjšal konkurenčni pritisk med veletrgovci pri priznavanju oziroma odobravanju popustov naročnikom, javnim lekarniškim zavodom. Ti so namreč na podlagi izvedenega postopka oddaje javnega naročila sklenili z veletrgovci pogodbe oziroma sporazume, v katerih so bili dogovorjeni deleži dobav vsakemu izmed njih. Šlo je za pravno zavezujoče dogovore, ki so jih bili naročniki zavezani spoštovati, ne glede na morebitne druge poslovne pogoje, kot so morebitni popusti, zaradi katerih bi naročnik vsa zdravila, ki so bila predmet javnega naročila, naročal pri podjetju z najugodnejšimi pogoji oziroma popusti in bi slednje posledično dobavljalo naročniku večji obseg zdravil.
135. Agencija je namreč ugotovila, da so popusti, ki jih nudijo veletrgovci izven postopkov javnih naročil, izraženi v obliki rabatnih lestvic³¹⁹ in so namenjeni motiviranju javnih lekarniških zavodov, da ti v posameznem letu dosežejo oziroma presežejo predvideno količino zdravil ali predvideno skupno vrednost zdravil³²⁰, določeno v postopku javnega naročanja. Podobno bi lahko veletrgovci ponudili popuste (četudi v manjšem obsegu, vseeno pa) tudi v postopku javnih naročil, s čimer bi se vzpostavila konkurenca med veletrgovci v postopkih javnih naročil, ki bi veletrgovce prisilila k izboljšanju finančnih pogojev poslovanja, saj bi si ob upoštevanju osnovnih ekonomskih principov slednji

³¹⁹ Kjer je višina popusta odvisna od višine realiziranega prometa.

³²⁰ Veletrgovci sklenejo s svojimi kupci (javnimi lekarniški zavodi) kupoprodajne pogodbe, v katerih so opredeljeni navedeni parametri.

morali prizadevati zagotoviti čim večji obseg naročil in s tem večjo maržo oziroma večjo razliko v ceni, kar jim sedaj, ko je delež prodaje oziroma okvirna vrednost naročila dogovorjena že v postopkih javnih naročil³²¹, ni treba. Ker se morajo pogodbeniki v skladu z načelom *pacta sunt servanda* držati pogodbenih določil in jih izpolnjevati v skladu z načelom vestnosti in poštenja, veletrgovci izven postopkov javnih naročil nimajo več motiva, da bi ponudili najoptimalnejše pogoje kot jih lahko, ker je delež pogodbene vrednosti oziroma predvidena količina zdravil posameznega naročila dogovorjena že v postopku javnih naročil, javni lekarniški zavodi pa morajo v skladu s prej omenjenim načelom izpolniti pogodbo tudi v tem delu. Navedeno ugotovitev potrjujejo primerjave med, (i) v javnem razpisu³²² predvidenim deležem oziroma vrednostjo posameznih naročil javnih lekarniških zavodov in (ii) dejansko realiziranim deležu nabave zdravil javnih lekarniških zavodov, ki jih je izvedla Agencija in na podlagi katerih je mogoče zaključiti, da se v večini primerov pogodbeno dogovorjene okvirne vrednosti dobav realizirajo tudi v praksi, ne glede na višino popustov, ki jih veletrgovci odobrijo naročnikom (podrobneje je to obrazloženo v Prilogi 3: Ponujanje popustov javnim lekarniškim zavodom v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil).

136. Razlaga podjetij iz izjav o PRD, da je obstajala konkurenca med veletrgovci, saj naj bi lekarnarji naročila pri posameznem dobavitelju pogojevale z višino rabata, ni skladna z dokazi iz spisa. Agencija na tem mestu kot nepotrebne zavrača dokazne predloge in dokaze, ki sta jih podjetji Farmadent in Salus priložili v izjavi o PRD v zvezi s konkuriranjem izven postopkov javnega naročanja in sicer zaslišanje [redacted] (Gopharm) in [redacted] ([redacted] Lekarne Velenje), elektronsko sporočilo [redacted] [redacted] z dne 19. 11. 2012, dopis Lekarne Velenje z dne 26. 11. 2012, vzorci aneksov podjetij Gopharm in Farmadent z lekarnami, proizvodnje pri 9 javnih lekarniških zavodih glede pogojev poslovanja, ekonomska analiza ter dogovori, ki so urejali pogoje poslovanja družbe Salus z posameznimi javnimi lekarniški zavodi. Agencija je priložene dokaze pregledala in ugotovila, da noben dokaz ne predstavlja razbremenilnega dokaza za katerikoli od strank postopka. Razlogi za zavrnitev teh dokaznih predlogov so navedeni zlasti v prejšnjih dveh točkah te odločbe, hkrati pa Agencija poudarja, da dajanje popustov izven postopkov javnega naročanja ni predmet očitkov v tem postopku, zato tudi ni potrebe po izvajanju dokazov in dokaznih predlogov, ki so jih podale stranke v podkrepitev njihovih navedb, da konkurirajo izven postopkov javnega naročanja in da torej obstaja konkurenca med njimi.
137. Stranke postopka³²³ so nadalje navajale, da niso nastopale s popusti v postopkih javnega naročanja v fazi oddaje ponudb tudi zaradi oblikovanja razpisne dokumentacije s strani naročnikov. Kemofarmacija zatrjuje, da javni lekarniški zavodi ne dajo nobenih podatkov o količinah, iz razpisa pa je jasno, da bo vedno izbranih več ponudnikov, ob tem da na trgu razpisne pogoje izpolnjujejo samo trije veletrgovci (ki bodo posledično skoraj gotovo izbrani). S tem v zvezi navaja, da naročniki v razpisih ne dajo podatkov o količinah zdravil, ki jih bodo dejansko kupili, zato ponudnik (podjetje) ne more izračunati ustreznih popustov in je posledično najbolj racionalno, da ponudi eno od veljavnih cen. Agencija te navedbe zavrača kot neutemeljene in neresnične, saj je iz razpisnih dokumentacij brez dvoma razvidno, da so naročniki pri vsakem artiklu (zdravilu) posebej na ponudbenih obrazcih navedli okvirne količine in da so ponudniki, naslovniki te odločbe, tudi oddali ponudbe za dobavo zdravil na teh obrazcih. Iz navedenega izhaja, da so bile stranke postopka brez dvoma seznanjene z okvirnimi količinami pred oddajo ponudb v postopkih javnega naročanja. Iz dokumentacije v spisu je nadalje razvidno, da podjetja v trenutku sklepanja aneksov o popustih, katere so sklepala izven postopkov javnega naročanja, prav tako niso razpolagala z dejanskimi količinami, ki so jih kupovali naročniki, saj so se ti sklepali vnaprej, torej ko še niso bile znane dejanske količine, ki jih bo nabavil posamezni javni lekarniški zavod (podrobneje je to obrazloženo v Prilogi 4: Ponujanje popustov javnim lekarniškim zavodom v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil). Glede na

³²¹ V kupoprodajni pogodbi ali okvirnemu sporazumu so opredeljeni pogoji, med drugim se opredeli kupec, dobavitelj, predmet poslovnega sodelovanja, pogoje dostave in reklamacij in vračil, ter okvirna določena pogodbena vrednost oziroma količina zdravil, ki jih namerava kupiti javni lekarniški zavod, ali delež pogodbene vrednosti.

³²² Dogovorjen s pogodbo oziroma okvirnim sporazumom, ta pa je bil(a) le naknadni zapis sklenjenega dogovora med konkurenti na sestankih pri naročnikih, kjer so se dogovarjali o razdelitvi javnega naročila.

³²³ Glej na primer str. 53 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija.

navedeno so neutemeljeni ugovori strank, da niso mogle nastopati na razpisih s popusti, ker naj ne bi imele podatkov o količinah zdravil in drugih produktov, in da je bilo najbolj racionalno ponujanje zdravil po veljavnih cenah. Dodatno je treba omeniti na tem mestu navedbe Kemofarmacije³²⁴, ki pri uveljavljanju izjeme po tretjem odstavku 6. člena ZPOmK-1 izpostavlja dejstvo, da so komercialni popusti oziroma popusti, ki jih veletrgovci odobrijo javnim lekarniškimi zavodom z aneksi, višji kot pa popusti, ki jih veletrgovci odobrijo bolnišnicam v okviru javnih razpisov, in da so popusti, dani bolnišnicam vnaprej, znatno nižji in končne cene zdravil višje, kot popusti in cene, dane javnim lekarniškimi zavodom na podlagi komercialnih dobropisov. To dajanje nižjih popustov bolnišnicam pa utemeljuje ravno s tem, da nima natančnega podatka o količinah zdravil, ki jih namerava bolnišnica kupiti, zato v ponudbi na javni razpis ponudijo bolnišnici čim nižji, pa vendar še konkurenčni popust. Agencija meni, da ni razloga, da ne bi bilo tako ravnanje racionalno tudi v primeru razpisov javnih lekarniških zavodov, kjer bi podjetja lahko na ta način med seboj konkurirala. Glede na navedeno je mogoče zaključiti, da je ponujanje popustov v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil racionalno početje ne glede na to, ali je naročnik bolnišnica ali javni lekarniški zavod, saj v obeh primerih še niso znani natančni podatki o količinah zdravil, ki so predmet naročila. Zato Agencija zavrača kot neutemeljene navedbe, da ponujanje popustov v postopkih javnega naročanja pri dobavi zdravil javnim lekarniškimi zavodom ni racionalno obnašanje iz razloga, ker naj ne bi bile znane količine.

138. Agencija nadalje zavrača tudi trditve³²⁵, da naj bi bilo vedno jasno, da bo izbranih več ponudnikov. Tudi Salus je navajal, da je v interesu javnih lekarniških zavodov, da na vsakokratnem razpisu pridobijo več ponudnikov, kar tudi izhaja iz večine razpisov. Agencija glede teh navedb strank pojasnjuje, da iz razpisnih dokumentacij naročnikov izhaja, da so ti sicer res predvideli možnost izbire več ponudnikov hkrati, vendar pa s tem ni bila izključena konkurenca med ponudniki v smislu, da morajo biti na določenem razpisu izbrani vsi veletrgovci. Kot izhaja iz spisa predmetne zadeve in tudi opisa posameznih postopkov oddaje javnih naročil za dobavo zdravil (v Prilogi 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), so naročniki določili, da bodo izbrane poleg cenovno najugodnejše ponudbe tudi tiste ponudbe, ki ne bodo v določenih razponih odstopale od najnižje ponudbe. Ti razponi so bili določeni različno: (i) naročnik³²⁶ je na primer navedel, da bo naročilo oddal načeloma trem ponudnikom, vendar pod pogojem, da ponudbi drugo in tretje uvrščenega ponudnika ne bosta odstopali več kot 10% od najnižje ponudbe, ali (ii) da bo načeloma izbral dva ponudnika, vendar le v primeru, da ponudba drugo uvrščenega ponudnika ne bo odstopala od najnižje ponudbe za več kot 5%³²⁷, ali (iii) da bo načeloma izbral tri ponudnike, vendar le v primeru, da odstopanje med prvo in tretjo ponudbo ne bo več kot 5%³²⁸, ali (iv) da bo sprejel ponudbe, ki bodo odstopale do 0,001% od vrednosti najnižje ponudbe³²⁹. Iz navedenega izhaja, da brez dvoma ni bilo gotovo, da bo izbranih več ponudnikov, saj je naročnik izrecno navedel razpone, do katerih lahko odstopajo ponudbe po cenah, da bodo za naročnika sprejemljive. Zato je bilo glede na razpisna določila jasno, da naročnik lahko izbere več ponudnikov, vendar le pod pogojem, da bosta ponudbi drugo ali tretje uvrščenega ponudnika znotraj tolerance, ki je bila vnaprej znana ponudnikom. Navedeno pomeni, da ne drži, da je bilo že vnaprej gotovo (znano ali jasno), da bo vsako naročilo dobilo več ponudnikov - če bi kateri od ponudnikov ponudil popust višji od razpona 10% / 5% / 0,001% ostali ponudniki pa ne, bi bil ta najugodnejši ponudnik in bi ostali izpadli iz postopka pridobitve naročila za dobavo zdravil.
139. Iz navedenega izhaja, da je bil v primeru javnih naročil za dobavo zdravil dovolj jasno izražen interes naročnikov, javnih lekarniških zavodov, da izbirajo med več ponudniki s konkurenčnimi ponodbami. Sploh glede na to, da so nekateri naročniki v razpisni dokumentaciji navedli toleranco odstopanja med ponodbami, katere bodo šteli za sprejemljive. Takšno ravnanje naročnikov pri vodenju postopkov oddaje javnih naročil za

³²⁴ Glej na primer str. 61 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija.

³²⁵ Glej na primer str. 53 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija.

³²⁶ Na primer Obalne lekarnice, Goriška lekarna in Dolenjske lekarnice.

³²⁷ Na primer Lekarna Ljubljana.

³²⁸ Na primer Lekarna Ljubljana.

³²⁹ Na primer Lekarna Ljubljana.

dobavo zdravil pa kaže na neutemeljenost in tudi nelogičnost navedb strank glede regulacije in nujnosti uporabe veljavnih cen v prometu z zdravili na debelo: javni lekarniški zavodi so očitno glede na uveljavljeno prakso priznavanja naknadnih popustov izven postopkov javnega naročanja pričakovali konkurenčne ponudbe za dobavo zdravil.

140. Treba je tudi omeniti, da so stranke postopka navajale, da je njihova povprečna marža nizka. Kemofarmacija je navedla, da imajo veletrgovci z zdravili povprečno maržo na zdravilih [REDACTED], iz tega pa morajo pokriti še vse stroške poslovanja, zato je dejansko razpoložljivo potencialno maksimalno znižanje cene (v primeru, da bi veletrgovci poslovali brez kakršnegakoli dobička) [REDACTED]. Salus je glede marže navedel, da je povprečna bruto marža v panogi prodaje blaga s strani veletrgovcev v Sloveniji znašala 7,7% in da bi tako že 5% popust lahko pomenil realizacijo izgube s strani posameznega ponudnika. Zatrjevale so³³⁰, da zato tudi ni bilo mogoče pričakovati, da bi se predložene ponudbe lahko razlikovale za toliko, da bi bila kakšna nesprejemljiva in da je zato strategija veletrgovcev, da nastopijo na takem razpisu z veljavno ceno, edina racionalna. Agencija ugotavlja, da je že iz samih izjav strank o PRD mogoče sklepati, da obstajajo precejšnje razlike med udeleženci na trgu glede njihovih zmožnosti dajanja popustov pri prodaji zdravil na debelo (Kemofarmacija [REDACTED], Salus [REDACTED] popust). V zvezi z navedbami strank, da so naročniki preširoko določali razpone sprejemljivih ponudb glede na zmožnosti podjetij nudenja nižjih cen, pa Agencija izpostavlja, da to (glede na podatke, ki so jih posredovale same stranke, in podatke iz razpisnih dokumentacij) ne drži, saj je razvidno, da je bilo v določenih postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil predvidena toleranca v 5% ali celo 0,001%, kar je brez dvoma zagotavljalo prostor za konkuriranje znotraj njihovih zmožnosti.
141. Glede na navedeno Agencija ugotavlja, da v obravnavanem primeru zagotovo ni bilo edino racionalno obnašanje veletrgovcev, da nastopajo na vseh razpisih brez popustov, in da je edina možna razlaga za tako ravnanje podjetij, ki so oddajala ponudbe brez popustov, da je moral med strankami postopka o tem obstajati dogovor. To prepričanje dodatno utruje tudi dejstvo, da sta podjetji Kemofarmacija in Salus pri naročniku Lekarna Ljubljana oddajali ponudbe, v katerih sta ponudili naročniku večinoma popolnoma enake cene celo za drugo blago, ki je bilo tudi predmet naročila (na primer oddaja ponudb dne 25. 4. 2006, 11. 5. 2007, 21. 5. 2008)³³¹, kjer ni dvoma, da ne obstaja kakršnakoli regulacija cen s strani države. Tako je iz navedene dokumentacije v spisu razvidno, da sta podjetji Kemofarmacija in Salus ponudili enake cene tudi za artikle, ki se prodajajo v lekarnah in so bile predmet javnih naročil poleg zdravil, kot so na primer šamponi, zobne ščetke, čaji, bonboni, robčki itd. Salus je v izjavi o PRD navedel, da ostalo blago predstavlja manjši del njegove ponudbe, manjše naj bi bilo tudi povpraševanje na razpisih, oziroma praviloma sploh ni predmet razpisov. Zato Salus v tem primeru uporabi veljavne enotne cenike, ki jih ima oblikovane, in ne oblikuje drugačnih cen za posameznega naročnika. Oblikovanje drugačnih cen bi namreč bilo povezano z nesorazmernimi stroški za razvoj ustreznega informacijskega sistema, ki bi dovoljeval upravljanje različnih cen. Dodaja, da to tudi ne bi bilo ekonomsko utemeljeno, ker ne bi imelo vpliva na uspeh podjetja Salus na javnem razpisu. Agencija v zvezi z navedbami Salusa poudarja, da so te neupoštevne, saj podjetje pojasnjuje, da je uporabljalo veljavne enotne cenike za vse naročnike, kako je oblikovalo te cene, pa ne pojasni. V predmetnem primeru je relevantno vprašanje, ali je podjetje oblikovalo cene blaga v razmerju do naročnika samostojno, neodvisno od konkurentov, ne pa ali oziroma zakaj ima podjetje enotne cenike za vse njegove naročnike, kupce.

³³⁰ Glej na primer str. 51 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija in str 61 izjave o PRD podjetja Salus.

³³¹ Na primer:

- oddaja ponudb dne 25. 4. 2006 (vsi trije ponudniki so ponudili enake cene naslednjim artiklom: npr. artikel zap. št. 2855, Fitoval šampon 200ml; zap. št. 2926, glina v prahu 1000g Matik; zap. št. 3511, balzam za noge; 3665, zobna ščetka Curaprox) ali

- oddaja ponudb dne 11. 5. 2007 (vsi trije ponudniki so ponudili enake cene naslednjim artiklom: na primer artikel šifra: 248460, bonbon žajbelj; šifra 351121, čaj filt meta; šifra 421715, zobna ščetka Jordan; šifra 214469, orbit bonboni; šifra 301787, paloma družinski robčki; 432199, škarjice cici), ali

- oddaja ponudb dne 21. 5. 2008 (vsi trije ponudniki so ponudili enake cene naslednjim artiklom; na primer artikel šifra 219800, robčki za očala; šifra 779113, rokavice latetex; šifra 425842, Scholl kamen za trdo kožo; šifra 247103, Vogel žajbelj bonboni).

142. Agencija na tem mestu tudi izrecno zavrača kot neutemeljen dokaz - ekonomsko analizo³³², ki jo je za utemeljitev svojih navedb v izjavi o PRD predložil Salus. Agencija ugotavlja, da ekonomska analiza temelji na napačnih izhodiščih, zaradi katerih so napačni tudi vsi glavni zaključki v analizi. Agencija izpostavlja, da je v analizi med teoretičnimi izhodišči navedeno³³³, da se ta naslanja na »empirično opaženo dejstvo, da lekarne na javnih razpisih vedno izberejo vsaj dva dobavitelja«. Ker zahteva po takem ravnanju javnih lekarniških zavodov zakonsko ni nikjer opredeljena, prav tako ni noben javnih lekarniški zavod tega navedel v razpisni dokumentaciji, Agencija meni, da omenjena predpostavka v konkretnem modeliranju ni upravičena, saj je prav to opaženo empirično dejstvo rezultat nekonkuriranja s cenami v ponudbah za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom in tako ne more predstavljati utemeljenega in pravilnega izhodišča za izvedbo analize, katere rezultat je, da se hipoteza usklajenega ravnanja pri postavljanju rabatov zavrne. Zato se je Agencija v odločbi (glej Prilogo 3: Ponujanje popustov javnim lekarniškim zavodom v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil) opredelila samo do nekaterih dejstev in zaključkov iz predložene analize in dodaja, da tudi sicer ni dolžna podati razlage, ki bi izčrpno in po vrsti sledila vsem trditvam, navedbam in predloženim analizam, ki jih navajajo in predlagajo stranke v postopku. Opredelitev do relevantnih navedb je lahko tudi implicitna, če zadevnemu podjetju omogoča, da se seznanj z razlogi, zaradi katerih Agencija ni sprejela njegovih trditev.³³⁴
143. Stranke postopka so v izjavah o PRD³³⁵ v svojo obrambo tudi navajale, da imajo javni lekarniški zavodi (v primerjavi z bolnišnicami) bistveno močnejšo pogajalsko pozicijo v razmerju do veletrgovcev in da so se morale, če so hotele dobavljati zdravila javnim lekarniškim zavodom, prilagajati njihovim pravilom nakupa. Močnejša pogajalska pozicija naj bi po navedbah Kemofarmacije izhajala predvsem iz tega, da višina komercialnih popustov, ki jih odobravajo različni veletrgovci javnim lekarniškim zavodom, ni transparentna. Agencija v zvezi z navedenim poudarja, da ne sprejema utemeljitve, da (ne)transparentnost popustov vpliva na pogajalsko moč, kot to navaja Kemofarmacija, nenazadnje tudi popusti, ki jih veletrgovci odobravajo kupcem (lekarnam), ki nabavljajo zdravila izven postopkov javnega naročanja, niso »transparentni«. Stališče Agencije je, da mora vsako podjetje, ki nastopa na trgu, samostojno oblikovati ceno oziroma popuste. Če podjetja z oddajo ponudb sodelujejo v postopkih javnega naročanja, se ta samostojnost pri oblikovanju cen oziroma popustov nanaša na fazo priprave oddaje ponudbe. Cena oziroma popusti podjetij, ki so si konkurirala pri pridobitvi javnega naročila, postanejo transparentni na odpiranju ponudb, ki ga izvede naročnik v skladu s predpisi s področja javnega naročanja. Dodati je treba, da višina naknadno danih komercialnih popustov ni transparentna prav zaradi ravnanj veletrgovcev z zdravili, ki v postopkih oddaje javnih naročil oddajajo ponudbe za dobavo zdravil po veljavnih cenah, brez popustov, čeprav so v razpisni dokumentaciji (in na obrazcu ponudbe) jasno označene okvirne količine zdravil, ki so predmet javnega naročila, in predviden odstotek popusta.
144. Tudi Salus je v izjavi o PRD navajal, da je moč veletrgovcev v pogajanjih z lekarnami omejena, kar je utemeljeval z zakonsko obveznostjo iz 41. točke 6. člena ZZdr-1, ki določa za veletrgovce obveznost javnih storitev, kar naj bi pomenilo, da se posamezen veletrgovec dejansko ne more odločiti, da zaradi neustreznih pogojev javnega razpisa posameznemu lekarniškem zavodu ne bo dobavljal zdravil. Navedel je, da so javni lekarniški zavodi tisti, ki določajo pogoje razpisov, in so tudi tisti, ki se popolnoma samostojno odločajo s kom in pod kakšnimi pogoji bodo sodelovali. Agencija tudi te navedbe zavrača kot neutemeljene. Agencija poudarja, da obveznost javnih storitev pomeni obveznost veletrgovcev z zdravili, da zagotavljajo stalen in ustrezen izbor zdravil, s katerim zadoščajo zahtevam določenega geografskega območja in v zelo kratkem času dostavljajo zahtevane dobave celotnemu zadevnemu območju. Navedeno pa ne pomeni, da se posamezen veletrgovec z zdravili ne more odločiti, da zaradi neustreznih pogojev

³³² Ekonomska analiza grosističnega trga z zdravili, avtorjev Aljoše Feldina, Igorja Mastena in Saša Polanca z dne 1. 12. 2012 (v nadaljevanju: Ekonomska analiza).

³³³ Glej na primer str. 11 Ekonomske analize, ki jo je predložilo podjetje Salus.

³³⁴ Sodba z dne 16. 6. 2009 v zadevi Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland proti Komisiji, C-385/07 P, ZOdl., str. I-6155, točka 114 in tam navedena sodna praksa.

³³⁵ Glej na primer str. 52 in 61 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija.

javnega razpisa posameznemu lekarniškemu zavodu ne bo dobavljal zdravil tako, da ne bo oddal ponudbe. Lahko pa to na primer pomeni, da ne more veletrgovec z zdravili, s katerim je javni lekarniški zavod že v pogodbenem razmerju, kar prenehati z dobavami ali z njimi zamujati. Prav tako ne more veletrgovec z zdravili lekarni, ki se nanj obrne, brez utemeljenega razloga, zavrniti prodaje oziroma dobave posameznih zdravil. Te navedbe Salusa so tudi v nasprotju z drugimi navedbami v spisu. Veletrgovci z zdravili (vključno s Salusom) so v izjavah o PRD med razlogi za neoddajanje ponudb pri posameznih javnih lekarniških zavodih celo sami navajali, da niso oddajali ponudb na določene razpise za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom zaradi neustreznih pogojev javnega razpisa (tako je na primer navajal tudi Salus v primeru neoddaje ponudbe na povabilo Lekarne Ljubljane).

145. Glede na navedeno Agencija meni, da so trditve, da imajo javni lekarniški zavodi močno pogajalsko izhodišče, neutemeljene in da drži kvečjemu nasprotno. Na močan položaj veletrgovcev v razmerju do javnih lekarniških zavodov namreč kaže tudi dejstvo, na katero so opozorile same stranke postopka³³⁶, ko so navajale, da bi več kot polovica javnih lekarniških zavodov v primeru, da bi ostali brez vira financiranja v obliki komercialnih popustov, ki jih izven javnih naročil odobrijo veletrgovci, poslovala z izgubo. Prav navedeno dokazuje, da imajo veletrgovci moč pri odločanju, koliko popusta bodo odobrili javnim lekarniškim zavodom. Kot je Agencija že večkrat poudarila, veletrgovcem v fazi sklepanja aneksov niti ni bilo treba ponujati popustov, saj so jim bili že tako in tako s pogodbami vnaprej zagotovljeni deleži dobav, ne glede na ceno oziroma popuste ali druge ekonomske kriterije. Poleg navedenega je treba upoštevati pri tem tudi dejstvo, da so lekarne omejene pri izbiri ponudnikov, med katerimi lahko izbirajo dobavitelja(e) zdravil, saj so to dejansko le Kemofarmacija, Salus in Farmadent (skupaj s podjetji v skupini Gopharm in Hygia), ki so hkrati tudi vsa tri podjetja, za katera Agencija v predmetni odločbi ugotavlja, da so bila udeležena v kršitvi konkurenčnih pravil.
146. Končno so stranke³³⁷ tudi navajale do kakšnih problemov in ovir naj bi na splošno prihajalo v postopkih javnega naročanja s stališča javnih lekarniških zavodov, kar pa po oceni Agencije v predmetnem postopku ni relevantno. Dejstvo je, da so se nekateri javni lekarniški zavodi odločili za nabavo zdravil prek postopkov javnega naročanja, pri čemer se predmetni postopek nanaša na ravnanje podjetij, ki so oddajala ponudbe v teh postopkih. Ovire, ki naj bi preprečevale naročnikom, da nabavljajo zdravila po postopkih javnega naročanja, zato niso bistvene. Do navedb strank glede posebnosti pri javnem naročanju zdravil, ki naj bi vplivale na njihovo ravnanje pri nastopanju na razpisih za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom, pa se je Agencija že opredelila zgoraj v odločbi.

Zaključki Agencije

147. Agencija je na več mestih v tej odločbi obširno utemeljila ugotovitev, da veletrgovcem z zdravili, ki so oddajali ponudbe v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom, predpisi niso zapovedovali ponujanja zdravil po veljavnih cenah kot edinih dopustnih cenah, kaj šele da bi jim prepovedovali dajanje popustov v fazi oddaje ponudb. Zato v obravnavanem primeru razlaga strank postopka za vzporedno ravnanje zaradi reguliranega ravnanja ni verjetna. Agencija je nadalje tudi ugotovila, da oddajanje ponudb po najvišjih dovoljenih cenah brez kakršnihkoli popustov ne more pomeniti normalnega neodvisnega poslovnega vedenja, kar je podrobneje pojasnjeno tudi v odločbi, zato tudi razlaga za vzporedno ravnanje, po kateri naj bi bile enake cene, brez

³³⁶ Glej na primer str. 16 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija.

³³⁷ Tako je na primer Kemofarmacija v izjavi o PRD med problemi in ovirami pri postopkih javnega naročanja s stališča javnih zavodov navedla tudi relativno dolge časovne okvire za izpeljavo postopkov javnega naročanja, slabosti postopkov javnega naročanja po postopku s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti, ki zapira krog potencialnih dobaviteljev, ter stroškovno diskriminacijo javnih lekarniških zavodov glede na zasebne lekarne. Opozorila je tudi, da sistem javnega naročanja javne lekarniške zavode ovira tudi pri opravljanju njihove druge dejavnosti (preskrba s pomožnimi zdravilnimi sredstvi, ortopedskimi pripomočki in drugimi sredstvi varovanja zdravja, ki predstavlja tržno dejavnost trgovine na drobno z blagom, ki ni zdravilo in je v prosti prodaji), to je komercialne dejavnosti, ki jo lahko opravljajo poleg lekarniške dejavnosti in ki je zaradi obveznosti nabave preko postopkov javnega naročanja ne morejo početi tako uspešno, kot ostali subjekti na trgu.

popustov, odraz značilnosti trga dobave zdravil lekarnam, ni verjetna. V obravnavanem primeru je Agencija ugotovila, da zagotovo ni bilo edino racionalno obnašanje veletrgovcev, da nastopajo na vseh razpisih brez popustov, in da je edina možna razlaga za tako ravnanje podjetij, ki so oddajala ponudbe brez popustov, da je moral med strankami postopka o tem obstajati dogovor. Tudi dokumenti, s katerimi razpolaga Agencija, izkazujejo usklajevanje med veletrgovci, ki ga nikakor ni mogoče pripisati razumnemu prilagajanju konkurentov na oligopolnem trgu, temveč koordinaciji njihovih ravnanj in povečevanju transparentnosti, s tem pa odpravljanju negotovosti glede ravnanj konkurentov na že tako preglednem trgu, na katerem je prepuščenega le malo prostora za konkuriranje in je zato toliko bolj pomembno, da si konkurenti med seboj ne razkrivajo občutljivih informacij kot so popusti. Glede na navedeno je Agencija prepričana, da je med strankami postopka obstajala usklajena volja, da bodo sodelovala, namesto da bi si konkurirala, ter da so temu tudi prilagodila svoja ravnanja na trgu.

V.2.2 Dokazi o obstoju usklajenega ravnanja

V.2.2.1 Razpredelnica s popusti (10. 12. 2007)

148. Ugotovitev Agencije, da je med podjetji obstajala usklajena volja o sodelovanju namesto konkuriranju, temelji na več dokumentih, ki jih je Agencija pridobila tekom postopka in jih ocenila vsakega zase in vse skupaj. Prvi tak dokument je razpredelnica (razpredelnice, sestavljene na računalniku in poimenovane »% danih popustov za uskladitev NPV + ostalo z 11. 12. 2007«)³³⁸, na kateri so za 18 zdravil navedene najprej regulirane cene zdravil na debelo (»VPC«), nato odstotek znižanja in tudi cena zdravila s popustom. Pod razpredelnico se nahaja lastnoročen pripis z dne 10. 12. 2007 »*Usklajeno s Salusom.*«

Opredelitev do navedb strank

149. Salus je glede tega dokumenta izjavil, da mu ni znan njegov način nastanka in dejanski namen in da je bil z njim seznanjen šele s prejemom PRD. Kemofarmacija, pri kateri je Agencija našla dokument, pa je v izjavi o PRD³³⁹ navedla, da ta pripis na tabeli pomeni, da sta se predstavnika Kemofarmacije in Salusa pogovarjala in med seboj kontrolirala, ali imata med seboj enake podatke o višini popustov, ki so jih posamezni proizvajalci odobrili vsem veledrogerijam, s katerimi poslujejo, in katerega so bile dolžne veledrogerije v nespremenjeni višini posredovati naprej lekarnam, tako da so ga pravilno izkazale na računu, ki so ga izstavile lekarnam, kar je v posledici pripeljalo do tega, da pacientom za zdravila iz te liste ni bilo treba doplačati. Navaja, da je šlo v tem primeru za obnašanje podjetij na oligopolnem trgu in da pomeni normalno poslovno vedenje, ki ga narekujejo posebnosti tega trga, na katere se udeleženci na trgu prilagodijo, ne da bi pri tem kršili konkurenčno zakonodajo. Agencija na tem mestu zavrača te navedbe kot neutemeljene, saj Kemofarmacija podaja napačno razumevanje razumnega prilagajanja udeležencev na oligopolnih trgih, ki ne pomeni kršitve konkurenčne zakonodaje. Agencija namreč stoji na stališču, da nikakor ne more biti med konkurenti dopustno »pogovarjanje in kontroliranje« podatkov o popustih, saj to v nobenem primeru ne sodi v sfero dopustnega prilagajanja konkurentov na oligopolnih trgih. Tudi na oligopolnih trgih morajo namreč podjetja odločati o svojih dejanjih na trgu samostojno in neodvisno od ostalih udeležencev na trgu, čeprav so njihova dejanja na trgu zaradi majhnega števila tekmecev bolj transparentna ostalim konkurentom. Ne smejo pa biti/postati transparentna zaradi usklajevanj oziroma dogovorov med konkurenti. Kemofarmacija je v izjavi o PRD nadalje tudi izjavila, da so si v konkretnem postopku »podjetja sporočala zgolj spremenjene cene medsebojno zamenljivih zdravil oziroma popuste, s katerimi bodo izkazali novo veljavno, nižjo ceno«, pri čemer takšno sporočanje naj ne bi bilo konkurenčnopravno sporno. Pri tem se je sklicevala na stališče Urada (Agencije) v zadevi »*Urad proti Festival Ljubljana in*

³³⁸ Dokument št. 306-45/2010-21, mapa 1, zaporedna št. 7. Na dokumentu se nahaja razpredelnica, v kateri je navedenih 18 zdravil (v vrsticah) in pri vsakem izmed njih (v stolpcih): »VPC–11.12.2007«, »% znižanja«, »cena s popustom«, »proizvajalec« in navedba glede višine popusta (»ostane/malenkostna sprememba v višini popusta/brisati popuste na vseh možnih kupcih/nova uvedba popusta za vse kupce«). Pod razpredelnico se nahaja lastnoročen zapis s parafom in datumom »*Usklajeno s Salusom.* [nečitljiva paraafa] 10. 12. 07«.

³³⁹ Glej npr. str. 41 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija.

Cankarjev dom«. Agencija pojasnjuje, da je v navedenem primeru Urad ocenil, da izmenjava cenikov ne predstavlja kršitve konkurenčnih pravil, ker so bile cene javno dostopne. V obravnavanem primeru pa višina popustov, ki so jih posamezni proizvajalci zdravil odobrili veletrgovcem z zdravili, v trenutku izmenjave informacij o popustih ni bila javno dostopna ali splošno znana³⁴⁰, zato navedenega stališča Urada iz odločbe iz leta 2001 niti ni mogoče aplicirati v tem postopku. Takšno sodelovanje med konkurentoma ni dopustno, tudi če naj bi šlo, kot pojasnjuje Kemofarmacija, le za razčiščevanje tehničnega vprašanja, t.j. vprašanja pravilnega izkazovanja popusta, ki ga odobrijo proizvajalci veletrgovcem, da ga ti prenesejo na lekarne. Kemofarmacija je sama navedla³⁴¹, da je do višine popustov prišel vsak veletrgovec sam s svojim preračunom in da veletrgovci med seboj razčiščujejo višine popustov, da ne bi prišlo do zavračanj računov. Nobena izmed strank postopka pa ni pojasnila, zakaj je usklajevala oziroma »razčiščevala« popuste s konkurenti, ne pa s proizvajalci zdravil, s katerimi je bila v poslovnem razmerju in so bili tudi tisti, ki so po njihovih navedbah določali popuste. Agencija na tem mestu dodaja, da tudi nima podatkov, niti ne razpolaga z dokazi, iz katerih bi izhajalo, da je kateri izmed proizvajalcev zdravil v relevantnem obdobju sodeloval pri kršitvi, ki je predmet tega postopka. Morebitne druge kršitve konkurenčnih pravil s strani domačih predstavnikov proizvajalcev zdravil, katere sugerira Kemofarmacija v izjavi o PRD³⁴² (ti naj bi z namenom ohranitve tržnega deleža vsem veletrgovcem odobrili poseben popust, ki so ga bili veletrgovci dolžni po nalogu proizvajalcev posredovati naprej lekarnam), pa niso predmet tega postopka. Prav tako strank postopka ne razbremenjujejo sporočila lekarn, da naj se veletrgovci uskladijo glede popustov pri zdravilih z NPV, saj bi se po mnenju Agencije morali veletrgovci »uskladiti« s proizvajalci, ne pa med seboj, kar je tudi že zgoraj pojasnjeno. Veletrgovci z zdravili so bili namreč v poslovnem razmerju s proizvajalci zdravil, od katerih so dobivali cene in tudi popuste, ki (kot navaja tudi ena izmed strank postopka - glej obrazložitev v tej točki zgoraj in opombo št. 340) niso bili javno dostopni ali splošno znani in so jih proizvajalci sporočali vsakemu veletrgovcu posebej.

150. Glede na navedeno v prejšnji točki odločbe Agencija na tem mestu kot nepotrebne zavrača dokaze, ki jih je podjetje Kemofarmacija priložilo v izjavi o PRD v zvezi z usklajevanjem cen zdravil in popustov, ki jih odobrijo proizvajalci veletrgovcem in sicer:
- elektronska korespondenca »SINGULAIR 10mg - popust od 11. 12. 2007 dalje« z dne 15. 11. 2007 in 11. 12. 2007 med predstavniki proizvajalca Merck in Kemofarmacijo (saj se ta nanaša na popust, ki naj bi ga bili veletrgovci dolžni po nalogu proizvajalcev posredovati naprej lekarnam, kar pa ni predmet tega postopka),
 - elektronsko sporočilo »NOVA LISTA MZZ: uskladitev cen in popustov 11.12.07.xls-NUJNO!!!«, ki ga je dne 10. 12. 2007 [redacted] poslal [redacted] (oba Kemofarmacija) (saj se ta nanaša na razčiščevanje popustov, kar je Agencija označila kot sporno z vidika pravil konkurence),
 - elektronsko sporočilo »popusti«, ki ga je dne 9. 2. 2009 [redacted] (Gorenjske lekarne) poslala [redacted] (Kemofarmacija) (saj se ta nanaša na predlog lekarne, da naj se Kemofarmacija in Salus uskladita med seboj, kar po mnenju Agencije strank postopka ne razbremenjuje, saj bi se po mnenju Agencije morali veletrgovci »uskladiti« s proizvajalci, ne pa med seboj),
 - račun, izstavljen Gorenjskim lekarnam št.: F011045 z dne 10. 2. 2009, in račun, izstavljen Gorenjskim lekarnam št.: F012990 z dne 16. 2. 2009 (saj je Agencija zavrnila že prej navedeni dokaz, poleg tega pa naj bi ta dokaza izkazovala, da se je usklajevanje o popustih nanašalo na relacijo proizvajalec - Kemofarmacija, kar pa zopet ne razbremenjuje strank postopka. Na dokumentu, najdenem v podjetju Kemofarmacija je bilo namreč navedeno »Usklajeno s Salusom« in ne katerim izmed proizvajalcev, zato te navedbe in dokazi ne morejo razbremenjevati strank ali kako drugače prispevati k drugi razlagi dokazov, na katere Agencija opira svojo odločitev).
- Agencija dodatno poudarja, da predloženi dokazi izkazujejo le navedbe stranke, katere pa je Agencija, kot je podrobno obrazložila v prejšnjih točkah te odločbe in v točki 151 odločbe, zavrnila kot neutemeljene. .

³⁴⁰ Tako tudi navaja podjetje Kemofarmacija v izjavi o PRD, str. 39.

³⁴¹ Glej str. 39 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija.

³⁴² Glej npr. str. 38 in 39 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija.

Zaključki Agencije

151. Glede na zgoraj navedeno je Agencija prepričana, da navedeni dokument izkazuje, da sta se podjetji **Kemofarmacija** in **Salus**, ki sta bili konkurenta, decembra 2007 med seboj usklajevali o višini popustov pri prodaji zdravil lekarnam in se tako seznanjali s poslovno občutljivimi informacijami svojega konkurenta. Popusti namreč sodijo med strateške informacije, ki se nanašajo na cene. Čeprav naj bi, kot navaja Kemofarmacija, proizvajalci odobrili vsem veletrgovcem enake popuste, popusti niso bili javno dostopni ali splošno znani do dne določitve NPV s strani ZZS in so dobavitelji (proizvajalci) veletrgovce predhodno obveščali o popustih. Iz navedenega izhaja, da podjetja v svojih izjavah o PRD niso uspela ponuditi druge skladne razlage in da usklajevanja o popustih med konkurenti (veletrgovci) ni mogoče pripisati normalnemu poslovnemu obnašanju podjetij, temveč za izraz volje zmanjšati neodvisnost pri nastopanju na trgu ter še povečati preglednost na trgu, ki je že tako zaradi svojih značilnosti (oligopol) zelo transparenten. To prepričanje Agencije utrjuje tudi ugotovitev, da je bilo podjetje Kemofarmacija seznanjeno s popusti, ki jih je Salus priznal konec leta 2007 največjemu kupcu Lekarni Ljubljana. Navedeno izhaja iz dokumenta podjetja Salus, najdenega med preiskavo v podjetju Kemofarmacija (glej naslednji razdelek, točka 152 in naslednje), ki kaže na to, da sta se podjetji obveščali o danih popustih njenemu največjemu kupcu, javnemu lekarniškemu zavodu Lekarna Ljubljana.

V.2.2.2 Finančni dobropis za naknadno priznani popust (31. 12. 2007)

152. Med preiskavo v podjetju Kemofarmacija je bil najden tudi dokument podjetja Salus (finančni dobropis za naknadno priznani popust za promet izdelkov v obdobju od 1. 7. 2007 do 31. 12. 2007)³⁴³, na katerem se nahaja finančni dobropis podjetja Salus Lekarni Ljubljana za leto 2007. Iz navedenega izhaja, da je imelo podjetje Kemofarmacija v posesti kopijo originalnega dokumenta podjetja Salus, iz katerega so bili razvidni vsi naknadno priznani popusti, ki jih je priznalo podjetje Salus kupcu Lekarna Ljubljana v skladu s poslovnim dogovorom med njim in njegovim kupcem, kar pomeni, da je bilo podjetje Kemofarmacija seznanjeno s poslovno občutljivimi informacijami svojega konkurenta.

Opredelitev do navedb strank

153. Obe podjetji, Kemofarmacija in Salus, sta v izjavah o PRD navajali, da se je navedeni dokument znašel v posesti Kemofarmacije po pomoti (Lekarna Ljubljana naj bi ga pomotoma poslala Kemofarmaciji namesto Salusu) in da gre za golo naključje. Salus je predložil dokument, iz katerega izhaja, da ga je Kemofarmacija poslala Salusu, ki ga je ta prejel 21. 1. 2008. Kemofarmacija je obširno pojasnjevala, kdaj in kako naj bi prišlo do pomote, in predložila izpise iz njihove poštne knjige z dne 14. 11. 2012, ki naj bi izkazovali, da je Kemofarmacija prejela dokument 17. 1. 2008. V izjavi o PRD³⁴⁴ je Kemofarmacija navedla, da so se zaradi izredno občutljive vsebine dokumenta dobropisa podjetja Salus Lekarni Ljubljana odločili, da originalni dokument vrnejo. Ta naj bi bil poslan najverjetneje poslan podjetju Salus, morda pa tudi Lekarni Ljubljana, Kemofarmacija pa je obdržala zgolj fotokopijo.
154. Agencija ocenjuje, da je ta razlaga, po kateri naj bi prišel dokument o popustih konkurenta v posest Kemofarmacije po pomoti, zelo malo verjetna (na dokumentu je popolnoma točno naveden kot naslovnik »*Javni zavod Lekarna Ljubljane, Ulica stare pravde 11, 1000 Ljubljana*«). Agencija sklepa, da se nanaša na obveščanje podjetij glede dajanja popustov, kar potrjuje tudi nesporno dejstvo, da je Kemofarmacija imela v posesti podatke konkurenta o popustih, za katere je vedela, da so »izredno občutljive«, kljub temu pa je naredila in obdržala kopijo dokumenta s tako občutljivimi poslovnimi informacijami svojega največjega konkurenta. Če bi se res želeli znebiti podatkov, potem seveda ne bi naredili kopije. Tudi dejstvo, da je Agencija med preiskavo našla samo en

³⁴³ Dokument št. 306-45/2010-21, mapa 1, zaporedna št. 3.

³⁴⁴ Glej str. 44 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija.

tak dokument (dobropis)³⁴⁵, ne izključuje možnosti, da je bilo takih dokumentov več, zlasti pa to ne pomeni, da je zato to treba pripisati golemu naključju. Agencija poudarja, da je glede na to, da so prepoved sodelovanja pri protikonkurenčnih ravnanjih in sporazumih ter sankcije za ravnanje v nasprotju s to prepovedjo znane, običajno, da so dejavnosti v okviru teh ravnanj tajne in da je dokumentacije o tem zelo malo. Glej tudi razdelek VI.3.7 Dokazni standard v nadaljevanju odločbe.

155. Kemofarmacija je v svojo obrambo še navedla, da dokument vsebuje le informacijo o višini komercialnega (finančnega) popusta, ki ga je dal Salus Lekarni Ljubljana za leto 2007, in da ga je Kemofarmacija prejela šele v letu 2008 (17. 1. 2008), torej po tem, ko je Lekarni Ljubljana že odobrila svoj finančni popust za leto 2007 - šlo je za informacijo o popustih, ki se je nanašala na preteklo obdobje, in torej ni šlo za sporočanje informacij konkurentu o ravnanju podjetja na trgu v prihodnosti. Poudarila je tudi, da se iz spornega dobropisa ne da razbrati za katero blago je Salus odobril [REDACTED] popust in da zato za Kemofarmacijo ta podatek nima nobene vrednosti ter tudi da ji poznavanje višine finančnega popusta konkurenčnega podjetja ni koristilo pri določanju višine popusta v prihodnjem letu, to je letu 2008. Navedla je, da je v letu 2007 znašal celotni komercialni popust (popust na celoten letni promet) [REDACTED], v letu 2008 pa [REDACTED]. Glede teh ugovorov Kemofarmacije Agencija pojasnjuje, da so malo verjetni in da navedeni dokument po njeni oceni izkazuje, da sta se podjetji, ki sta bili konkurenta, obveščali o popustih, danih njenemu največjemu kupcu. Ta dokument/dokaz je Agencija primerjala z dokumentom (»Razpredelnica s popusti (10. 12. 2007)« - glej točko 148 odločbe), za katerega sklepa, da se je brez dvoma nanašal na usklajevanje o višini popustov v bodoče pri prodaji zdravil lekarnam, pri čemer je razvidno, da sta se oba dokumenta nanašala na december 2007. Agencija poudarja, da v konkretnem primeru ni bistvenega pomena, kdaj točno je Kemofarmacija prejela sporni dokument podjetja Salus, saj tudi če je ta prejela dokument v letu 2008, že samo dejstvo, da je bila seznanjena s poslovno občutljivimi informacijami svojega konkurenta, kaže na izraz volje po koordinaciji, zlasti pa zmanjšati neodvisnost pri nastopanju na trgu ter še povečati preglednost na trgu, ki je že tako zaradi svojih značilnosti (oligopol) zelo transparenten. Takšno obveščanje o danih popustih, čeprav za nazaj, glede na okoliščine obravnavanega primera ne more biti sprejemljivo z vidika varstva konkurence, saj gre, kot že rečeno, za izredno občutljive informacije, ki jih konkurenti, ki se obnašajo racionalno na trgu, skrivajo drug pred drugim.
156. Glede na zgoraj navedeno Agencija na tem mestu kot nepotrebne zavrača dokazne predloge in dokaze, ki sta jih podjetji Kemofarmacija in Salus priložili v izjavi o PRD v zvezi z dokumentom, ki je vseboval podatke o odobrenih popustih Salusa Lekarni Ljubljana in je bil najden v podjetju Kemofarmacija, in sicer: izpis vsebine iz Glavne knjige z dne 14. 11. 2012 EGK330, račun št: 5023-08 podjetja STORI d.o.o. z dne 9. 1. 2008, izpis vsebine iz Glavne knjige z dne 14. 11. 2012 EGK324, izpis iz knjige prejetih računov za obdobje od 1. 1. 2008 do 31. 1. 2008, preskeniran original Dobropisa podjetja Kemofarmacija za leto 2007, pridobitev Salusovega originalnega dokumenta Finančni dobropis za leto 2007 kupcu Lekarna Ljubljana, pridobitev dokazil o prejemu in pošiljanju pošte v relevantnem obdobju v podjetju Salus in Lekarni Ljubljana, zaslišanje prič: osebe, zaposlene v Lekarni Ljubljana, ki je dne 16. 1. 2008 podpisala sporni dobropis podjetja Salus in ga poslala na Kemofarmacijo, ter [REDACTED], [REDACTED] podjetja Kemofarmacija, in poizvedbe pri Lekarni Ljubljana. Agencija je priložene dokaze pregledala in ugotovila, da noben dokaz ne predstavlja razbremenilnega dokaza za katerokoli od strank postopka. Razlogi za zavrnitev teh dokaznih predlogov so navedeni v prejšnjih točkah te odločbe, pri čemer Agencija še enkrat poudarja, da je štela za bistveno okoliščino dejstvo, da se je dokument z občutljivimi informacijami nahajal v prostorih njegovega konkurenta in da se je ta zavedal, da gre za dokument z občutljivimi informacijami, pa ga je vseeno obdržal. Zato je nerelevantno ugotavljanje dejstev s predlaganimi dokazi kot je zaslišanje prič, kdaj je kdo komu poslal sporni dokument in zakaj, saj to ne bi v ničemer spremenilo ugotovljenega relevantnega dejanskega stanja. .

Zaključki Agencije

³⁴⁵ Kar je ugovarjala Kemofarmacija v izjavi o PRD, str. 45, in naj bi po njenih navedbah dokazovalo, da gre zgolj za naključje.

157. Agencija je po izvedeni dokazni oceni zgoraj navedenih dokumentov in glede na navedbe Kemofarmacije v izjavi o PRD (glej točko 149 odločbe) prepričana, da je izkazano, da sta se konkurenta **Kemofarmacija** in **Salus** najkasneje **od dne 10. 12. 2007** dalje med seboj usklajevala o višini popustov, ki so se nanašali na prodajo zdravil lekarnam. Na usklajenost ravnanj navedenih podjetij dodatno kaže tudi vzporedno oddajanje ponudb v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom, ki je potekalo vsaj od 25. 4. 2006 dalje in je podrobneje predstavljeno in obrazloženo v razdelku V.2.1 Vzporedno ravnanje veletrgovcev z zdravili. Agencija ugotavlja, da usklajevanja o popustih med konkurenti (veletrgovci) ni mogoče pripisati normalnemu poslovnemu obnašanju podjetij, temveč gre za izraz volje zmanjšati neodvisnost pri nastopanju na trgu ter še povečati preglednost na trgu, ki je že tako zaradi svojih značilnosti zelo transparenten, stranki postopka pa tudi nista uspeli ponuditi druge skladne razlage.

V.2.2.3 Zapisnik o sestanku in elektronska sporočila iz začetka leta 2009 in 2010

158. Prepričanje Agencije, da so podjetja koordinirala svoje ravnanje pri določanju cen zdravil v razmerju do kupcev, javnih lekarniških zavodov, potrjuje tudi vsebina elektronskih sporočil, ki so si jih podjetja **Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm** v začetku leta 2009 in v letu 2010 izmenjala glede oblikovanja cen zdravil in uporabe popustov in ki izkazujejo njihovo skupno voljo o sodelovanju, namesto konkuriranja. Iz izmenjanih sporočil v začetku leta 2009 in 2010 ter vsebine sestanka v začetku leta 2009 (glej točko 159 odločbe) namreč jasno izhaja skupna volja med veletrgovci, da ti pri dobavi zdravil, za katera so proizvajalci z ZZZS sklenili dogovor o nižjih cenah od NDC (dogovorne cene), v razmerju do lekarn ne bodo uporabljali popustov, temveč bodo oblikovali cene v skladu z dogovornimi cenami zdravil, ki jih dobijo od proizvajalcev zdravil, torej po najvišjih vrednostih, ki so dopustne v prometu na debelo za zdravila z dogovorno ceno.
159. Agencija ugotavlja, da iz dokumentov, to je zapisnika internega sestanka vodstva prodajnega sektorja v podjetju Kemofarmacija (»Zapisnik sestankov vodstva Prodajnega sektorja dne 9. 2. in 16. 2. 2009«³⁴⁶) in elektronskih sporočil iz leta 2009 (»Dogovor z veletrgovci«³⁴⁷, »Dogovor o ceni zavezanec – veletrgovci«³⁴⁸), izhaja, da je bilo med podjetji **Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm** že na sestankih **dne 12. in 13. 2. 2009**, na katerih so razpravljali o oblikovanju cen zdravil in se dogovorili, da *»ne uporabljajo popustov, temveč se na relaciji veletrgovci – lekarna operira z dogovorjeno ceno, ki jo je pripravljen plačati ZZZS«*, in pa tudi nekaj dni kasneje, **dne 18. 2. 2009**, brez dvoma usklajeno, da pri dobavi zdravil, za katera je proizvajalec sklenil z ZZZS dogovorno ceno, lekarnam ne bodo uporabljali popustov, temveč *»se operira z dogovorjeno ceno, ki jo je pripravljen plačati ZZZS«*. Z elektronskima sporočiloma z dne 18. 2. 2009, ki sta ju prejela vsa podjetja, na katera je naslovljena odločba (Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm), so se vsa podjetja hkrati seznanila z osnutkom dogovora, ki naj bi ga sicer sklenili veletrgovci in proizvajalci zdravil, elektronsko sporočilo, ki je sledilo prej navedenemu in je bilo namenjeno vsem veletrgovcem, vključno s podjetji Farmadent, Gopharm, Kemofarmacija in Salus, pa tudi jasno izraža predlog, da veletrgovci prodajajo zdravila po dogovornih cenah³⁴⁹. Iz dokumentov v spislu nadalje tudi izhaja, da so se v letu 2010 naslovniki odločbe skupaj usklajevali glede termina za sestank s proizvajalci zdravil³⁵⁰ v zvezi z oblikovanjem cen

³⁴⁶ Dokument št. 306-45/2010-21, mapa 1, zaporedna št. 4.

Iz navedenega dokumenta (zapisnika) izhaja, da so dne 12. in 13. februarja 2009 potekali sestanki med veletrgovci in Lekarniško zbornico Slovenije oziroma proizvajalci in Lekarniško zbornico Slovenije, po katerih je bilo dogovorjeno, da *»se v zvezi s spremembami cen zdravil, ki jih je povzročil dogovor med proizvajalci zdravil in ZZZS ne uporablja popustov, temveč se na relaciji veletrgovci – lekarna operira z dogovorjeno ceno, ki jo je pripravljen plačati ZZZS.«*

³⁴⁷ Dokument št. 306-45/2010-25, mapa 5, zaporedna št. 2.

³⁴⁸ Dokument št. 306-45/2010-25, mapa 5, zaporedna št. 4.

³⁴⁹ *»[...] Pametneje za veletrgovci bi bilo, da se obvežejo samo da bodo prodajali po cenah, ki jih bodo dobili od proizvajalcev, za kar pa se s posebnim dogovorom ni treba obvezovati. Kakšne pa so te cene je stvar proizvajalcev in ZZZS ali Ministrstva ali kogar pač želijo in ne veletrgovci [...]«*

³⁵⁰ Dokument št. 306-45/2010-21, mapa 2, zaporedna št. 1.

zdravil v primeru dogovornih/dogovorjenih cen zdravil in da je v zvezi s temi sestanki podjetje Salus v elektronskem sporočilu³⁵¹ z dne 22. 3. 2010 sporočilo predsedniku Sekcije veletrgovcev z zdravili ter podjetjema Kemofarmacija in Sanolabor, da se lahko sestanejo, vendar je mnenja, da ni smiselno odpiranje »debate o popustih pri dogovorjenih cenah« ter poudaril, da podjetje Salus ni zainteresirano za uporabo popustov, kar kaže na to, da so se držali dogovora.

160. Iz navedenih dokumentov izhaja, da so se naslovniki odločbe na sestankih dne 12. in 13. 2. 2009 in preko izmenjanih elektronskih sporočil dne 18. 2. 2009 uskladili oziroma dogovorili, da med seboj ne bodo tekmovali s popusti, temveč bodo lekarnam ponujali zdravila po dogovorjenih cenah, to je cenah, ki so bile dogovorjene med proizvajalci zdravil in ZZZS. Ta dogovor sta podjetji Kemofarmacija in Salus »potrdili« tudi v naslednjem letu, ko je 22. 3. 2010 podjetje Salus zelo nazorno sporočilo podjetju Kemofarmacija, da ni smiselno odpiranje »debate o popustih pri dogovorjenih cenah«.

Opredelitev do navedb strank

161. Kemofarmacija je glede gornjih ugotovitev Agencije izjavila, da je sodelovala pri razčiščevanju tehničnega vprašanja, t.j. vprašanja pravilnega izkazovanja veljavne cene zdravila na računih, ki jih izstavlja lekarnam in drugim kupcem, in da ji zato ni mogoče očitati protizakonitih ravnanj (usklajenega ravnanja pri določanju cen) in tudi ne namena in cilja izogibanja, izkrivljanja ali preprečevanja konkurence. Navedla je, da je v začetku leta 2009 zaradi sklepanja dogovorov med ZZZS in proizvajalci zdravil o dogovornih cenah prišlo na trgu zdravil do nejasnosti glede vprašanja, kako naj se dogovorna cena za zdravila izkaže na računih, ki so jih od veletrgoerij prejemale lekarne. Veletrgoerije so v februarju leta 2009 uporabljale dva različna načina za izdajanje računov lekarnam, ki so v obeh primerih plačale enak znesek: (i) na računu so izkazali 100% NDC in na to ceno izkazali odstotek znižanja, ki je bil dogovorjen med ZZZS in proizvajalcem zdravil, ali pa so (ii) na računu izkazali dogovorno ceno. Izmenjana elektronska sporočila so se po navedbah Kemofarmacije nanašala le na popuste, ki so posledica dogovora o dogovorni ceni med ZZZS in proizvajalcem zdravil, ne pa na komercialne popuste, ki jih Kemofarmacija priznava svojim kupcem. Ker je Slovenija referenčna država za oblikovanje cen v nekaterih drugih državah, so proizvajalci zdravil želeli, da dogovorne cene zdravil niso javno objavljene oziroma dostopne, saj niso hoteli, da se t.i. »referenčne« cene znižajo. Glede dogovora med proizvajalci in veletrgovci je Kemofarmacija tudi navedla, da naj bi proizvajalci zdravil predlagali veletrgovcem, da sklenejo Dogovor o ceni zavezanec - veletrgoerija, s katerim bi se tudi veletrgoerija zavezala, da bo prodajala zdravila po dogovornih cenah in ne dražje (oziroma ne po višjih cenah)³⁵². Kemofarmacija je v nadaljevanju izjave o PRD navedla, da je glede na to, da so veletrgoeristi po ZZDr-1 v prometu z zdravili dolžni uporabljati veljavne cene zdravil, smatrala dogovorno ceno za veljavno ceno in je bil zanjo osnutek dogovora med proizvajalci in veletrgoeristi brezpredmeten.
162. Tudi Salus je glede navedenih izmenjanih elektronskih sporočil v izjavi o PRD ugovarjal, da je šlo zgolj za razpravo o obliki izpolnjevanja zakonske zahteve, da morajo v primeru, če so cene dogovorjene med proizvajalci in ZZZS, te nove veljavne dogovorjene cene uporabljati veletrgovci in da v tem primeru veletrgovci ne smejo uporabljati NDC. Navedel je, da je bil predmet komunikacije zgolj informacija o načinu uporabe veljavnih dogovorjenih cen. Poudaril je, da ob uveljavitvi sprememb zakonodaje ni bilo jasno, kako naj bi v praksi dogovorjeno ceno obračunali, in da je bilo dogovorjeno, da se dogovorjena cena ne obračuna kot popust od NDC, ampak se navede kot neto cena, na kar se je tudi nanašala navedba v elektronskem sporočilu z dne 18. 2. 2009. Glede osnutka dogovora

³⁵¹ Dokument št. 306-45/2010-21, mapa 4, zaporedna št. 1.

Iz elektronskega sporočila pridobljenega med preiskavo v podjetju Kemofarmacija (računalnik [redacted]), ki ga je dne 22. 3. 2010 [redacted] (Salus) poslal [redacted] (Kemofarmacija), [redacted] (Medis), ki je tudi predsednik Sekcije veletrgovcev z zdravili, in [redacted] (Sanolabor) ter v vednost [redacted] (Sekcija veletrgovcev z zdravili), je razvidno naslednje sporočilo podjetja Salus navedenim naslovnikom: »Sestanemo se lahko, vendar sem mnenja, da odpiranje debate o popustih pri dogovorjenih cenah ni smiselno, ker ne vem, če smo za to zainteresirani. Mi v Salusu vsekakor NE! Izmenjava mnenj pa je vedno dobrodošla! Lp [redacted]«.

³⁵² Glej izjavo o PRD podjetja Kemofarmacija, str. 30 in 33.

med proizvajalci in veletrgovci je izjavil, da ni vseboval poslovno občutljivih informacij, šlo je zgolj za osnutek standardnega dogovora, v katerem je bila predlagana opredelitev obveznosti proizvajalcev in veletrgovcev o načinu uveljavitve dogovorjene cene. V tem osnutku je bila tudi predlagana pogodbeni kazen za veletrgovca, če ne bi pravilno uporabljal dogovorjene cene, in da se je komentar [REDACTED]³⁵³ nanašal na opredelitev pogodbene kazni in nesorazmerne prevelitve odgovornosti za pravilno uporabo dogovorjenih cen na veletrgovce. Glede elektronskega sporočila z dne 22. 3. 2010 je navedel, da se nanaša na uporabo popustov kot način uveljavitve dogovorjenih cen, kar je bil predmet predlaganega sestanka in elektronske komunikacije. Nikakor pa se ne nanaša na izjavo, da podjetje Salus ne uporablja popustov pri poslovanju.

163. Farmadent je glede izmenjanih elektronskih sporočil in drugih dokumentov, pridobljenih v preiskavah, pavšalno izpostavil, da stranki postopka Farmadent in Gopharm teh dokumentov nista nikoli ustvarili, odposlali ali podpisali, še manj pa se po njih ravnali pri poslovnih odločitvah, zaradi česar je prerekal verodostojnost teh dokazov. Konkretnih opredelitev do ugotovitev Agencije v zvezi s temi dokumenti pa Farmadent ni podal. Navedel je le, da stranke tega postopka ne dobavljajo lekarnam le blaga, ki ga kupijo neposredno od proizvajalcev, temveč tudi blago, ki ga kupijo od druge veledrogerije. Pri tem velja naravno pravilo, da manjše veledrogerije v večjem obsegu kupujejo blago od večjih kot pa obratno. Zato je poslovno logično in upravičeno, da stranki poznata cenike in dobavne pogoje svojih dobaviteljev, izmenjava takšnih podatkov pa ne more pomeniti nedovoljene izmenjave občutljivih podatkov. Agencija pojasnjuje, da se očitki v PRD in tej odločbi ne nanašajo na izmenjavo cenikov med veledrogerijami, naslovniki odločbe, zato te navedbe zavrača kot nerelevantne, prav tako dokazuje, ki jih je Farmadent predložil v podkrepitev teh navedb, to je vzorce računov, ki jih Farmadent in Gopharm izstavljata in plačujeta drugim veledrogerijam, iz katerih naj bi bilo razvidno, da veledrogerije v prometu uporabljajo veljavne cene zdravil in na njih ne obračunavajo popustov.
164. Agencija pojasnjuje, da četudi je bilo v interesu proizvajalcev, da dogovorne cene niso javno objavljene, iz dokumentacije v spisu zagotovo ni izkazano, da je bilo v interesu proizvajalcev, da veletrgovci pri dobavi zdravil lekarnam ne uporabljajo komercialnih, finančnih ali drugih popustov. Agencija tudi ugotavlja, da stranke postopka s svojo razlago vsebine izmenjanih elektronskih sporočil med strankami postopka, ki so jo podale v smislu, da je šlo le za tehnično usklajevanje glede prikazovanja dogovornih cen na računih (ali zgolj za razpravo o obliki izpolnjevanja zakonske zahteve), ne pojasnijo dejstva, da so se s tem, ko so se uskladile, da bodo zaračunavale lekarnam zdravila po dogovornih cenah, uskladile tudi o tem, da ne bodo uporabljale popustov (kakršnih koli). **Med veledrogerijami, ki so sodelovale med temi usklajevanji glede prodaje zdravil v primeru sklenjenih dogovornih cen, je bila namreč s tem odpravljena negotovost pri nastopanju na trgu v razmerju do njihovih kupcev, lekarn, saj je bilo vsem udeležencem zaradi navedenega usklajevanja, sporočeno, da bodo veletrgovci zaračunavali zdravila lekarnam po dogovornih cenah. Torej brez popustov, kar je bilo v praksi, kot je razvidno iz nadaljnjih ugotovitev v tej odločbi, tudi udejanjeno.** Stranke postopka so namreč v ponudbah, ki so jih oddajale v postopkih oddaje javnega naročanja, nastopale v razmerju do lekarn, javnih lekarniških zavodov, z dogovornimi cenami, brez popustov. O uskladitvi glede nastopanja na trgu z dogovornimi cenami v razmerju do lekarn priča tudi zgoraj navedeno elektronsko sporočilo (glej točko 159 odločbe), iz katerega je brez dvoma razvidno, da je bilo med veledrogerijami usklajeno, da nastopajo s cenami, ki jih dobijo od proizvajalcev, torej dogovornimi cenami.
165. Glede na navedeno Agencija na tem mestu izrecno zavrača kot neutemeljene dokaze, ki so jih stranke postopka predložile v podkrepitev gornjih navedb v izjavah o PRD, kot sledi v nadaljevanju. Kemofarmacija je predložila v podkrepitev svojih navedb, da je prišlo do nejasnosti na trgu in da je šlo med strankami postopka le za tehnično usklajevanje o vprašanju, kako izkazovati veljavno ceno na računu lekarnam, elektronsko korespondenco med predstavnico podjetja Salus ([REDACTED]) in predstavnikom podjetja

³⁵³ »[...] Pametneje za veledrogerije bi bilo, da se obvežejo samo da bodo prodajali po cenah, ki jih bodo dobili od proizvajalcev, za kar pa se s posebnim dogovorom ni treba obvezovati. Kakšne pa so te cene je stvar proizvajalcev in ZZS ali Ministrstva ali kogar pač želijo in ne veledrogerije [...]«.

Kemofarmacija (██████████) med 5. 2. 2009 in 13. 3. 2009³⁵⁴. Iz navedene korespondence je razvidno, da je predstavnik podjetja Kemofarmacija dne 5. 2. 2009 takoj, ko je prejel sporočilo predstavnice podjetja Salus s prošnjo za pregled dogovora med veleadrogerijo in farmacevtsko firmo, sporočil, da potrjuje, da niso še z nikomer podpisali »Dogovora Veleadrogerija - Dobavitelj« in tudi niso obljubili, da bodo to storili. V nadaljevanju je predstavnik podjetja Kemofarmacija res zapisal, tako kot to navaja Kemofarmacija v izjavi o PRD, da so mnjenja, da je »zaradi obilice sprememb cen, netočnih podatkov, gore nejasnosti in ostalih podrobnosti« nujno začetek uveljavitve Dogovora oziroma priznanje popustov najprej na 9. februarja. Na to sporočilo je dne 13. 3. 2009 odgovorila predstavnica podjetja Salus, ki je posredovala zadnjo varianto dogovora in tudi sporočila, da so tak dogovor podpisali z dvema proizvajalcema. Navedena korespondenca po oceni Agencije v ničemer ne izkazuje, da je šlo zgolj za tehnično razčiščevanje glede izkazovanja dogovornih cen na računih lekarnam, temveč kaže na to, da sta se podjetji Kemofarmacija in Salus med seboj usklajevali glede skupnega nastopa v razmerju do proizvajalcev.

166. Razlaga podjetij iz izjav o PRD, da je pri navedeni korespondenci med podjetji šlo zgolj za razpravo o tehničnih vprašanjih glede načina izkazovanja veljavne cene oziroma prikazovanja cen na računih, ni skladna z dokazi iz spisa. V podkrepitev svojih navedb so stranke predlagale dokaze in predložile dokaze v zvezi s korespondenco glede določanja cen zdravil, za katera je bila sklenjena oziroma določena dogovorna cena med ZZZS in proizvajalcem, in sicer: elektronsko sporočilo »Dogovor o cenah«, ki ga je dne 12. 3. 2009 ██████████ (ZZZS) poslal različnim proizvajalcem zdravil, JAZMP in ██████████ (v tistem času ██████████), elektronsko sporočilo »Sprememba določenih cen s 1. 4. 2009 (PharmaSwiss)«, ki ga je dne 24. 3. 2009 ██████████ (PharmaSwiss) poslal ██████████ (Kemofarmacija), elektronsko sporočilo »Cene Copexone+Retacrit«, ki ga je dne 16. 3. 2009 ██████████ (Valentis Pharmaceuticals d.o.o.) poslal Kemofarmaciji, elektronsko sporočilo »nove nabavne in veleadrogerijske cene Sortisa«, ki ga je dne 24. 3. 2009 ██████████ (Pfizer) poslala ██████████ in drugim (Kemofarmacija), dopis Lekarniške zbornice Slovenije Ministrstvu za zdravje z zadevo: »Uveljavljanje dogovorjenih nižjih cen zdravil v lekarnah - NUJNO!« z dne 11. 2. 2009, elektronsko sporočilo »Pismo dobaviteljem / obvestila o cenah«, ki ga je dne 17. 2. 2009 ██████████ (Salus) poslala predstavnikom podjetij Farmadent, Kemofarmacija in Salus, elektronska sporočila »pismo Lekarniški zbornici in ostalim "deležnikom"« z dne 19. 2. 2009 in 23. 2. 2010, ki so si jih izmenjali ██████████ (Salus), ██████████ (Trgovinska zbornica Slovenije), ter podjetja oziroma predstavniki podjetij Farmadent, Gopharm, Kemofarmacija, Salus, Akmon, Iris, Medicopharmacija, Medis, Promed in Sanolabor, dopis Trgovinske zbornice Slovenije Lekarniški zbornici Slovenije z zadevo: »Spremenjen način fakturiranja cen zdravil za zdravila na podlagi Dogovora o cenah« z dne 25. 2. 2009, račun, izstavljen Lekarni Ljubljana, št.: R925075 z dne 23.12. 2008, račun, izstavljen Lekarni Ljubljana, št.: F015037 z dne 24. 2. 2009, račun, izstavljen Lekarni Ljubljana, št.: F022400 z dne 20. 3. 2009, elektronski sporočili »Dogovor o ceni zdravil, januar 2009 - javno dostopna dogovorjena cena« z dne 7. 10. 2010 in 12. 10. 2010, ki ju je ██████████ (Forum) poslal ██████████ (Trgovinska zbornica Slovenije), elektronsko sporočilo z isto zadevo, ki ga je dne 12. 4. 2010 ██████████ (Trgovinska zbornica Slovenije) poslala več veleadrogeristom, Seznam članov Mednarodnega foruma znanstvenoraziskovalnih farmacevtskih družb, predlog za zaslišanje prič (██████████, ██████████, ██████████, ██████████). Agencija je priložene dokaze pregledala in ugotovila, da noben dokaz ne predstavlja razbremenilnega dokaza za katerokoli od strank postopka. Agencija na tem mestu ponovno poudarja, da predloženi dokazi, v katere je vpogledala Agencija, tudi kako drugače ne prispevajo k drugi razlagi dokazov, na katere Agencija opira svojo odločitev, saj le podpirajo navedbe stranke, da je šlo za tehnično usklajevanje o vprašanju, kako izkazovati veljavno ceno na računu lekarnam v drugih primerih komunikacije med njimi, kot članov Sekcije veletrgovcev z zdravili, katere pa Agencija v celoti ni označila kot sporne z vidika pravil konkurence. Dodatno so razlogi za zavrnitev teh dokaznih

³⁵⁴ Elektronska sporočila »Dogovor z veleadrogerijami« z dne 5. 2. 2009, odgovor z istega dne ter elektronsko sporočilo »Re: Dogovor z veleadrogerijami, Controlog« z dne 13. 3. 2009.

predlogov in dokazov navedeni v prejšnjih točkah te odločbe, zlasti v točki 164 odločbe. Agencija ocenjuje, da je relevantno dejansko stanje tudi v tem delu popolno ugotovljeno, zato ni potrebe po dodatnem ugotavljanju dejstev s predlaganimi dokazi kot je zaslišanje prič, ki so predstavniki strank postopka, ki so imele možnost, da se pisno izjavijo, kar se tudi so, ostale priče pa so tudi med naslovniki oziroma avtorji elektronskih sporočil, ki se nahajajo v spisu bodisi, da so jih predložile stranke postopka bodisi jih je pridobila Agencija v preiskavah. .

167. Agencija tudi ugotavlja, da iz dokumentov v spisu³⁵⁵ jasno izhaja, da so drugi udeleženci na trgu (proizvajalci zdravil) smatrali dogovorne cene, ki so bile veljavne cene, kot maksimalne cene oziroma najvišje dovoljene cene zdravil in ne kot določene cene, kot to navajajo v obrambo stranke postopka. To izhaja iz prej omenjenih osnutkov dogovorov, ki so jih posredovali proizvajalci zdravil veletrgovcem, v katerih so proizvajalci predlagali, da se veletrgovci zavežejo, da ne bodo ponujali ali prodajali po višjih cenah in da je bila predvidena pogodbeni kazni samo v primeru, če bi veletrgovca prodala po višji ceni od dogovorne cene. Ne listine niti izjava Kemofarmacije ne izkazujejo, da naj bi proizvajalci zdravil zahtevali od veletrgovcev, da morajo prodajati po dogovornih cenah, temveč je razvidno, da je šlo le za omejitev cene navzgor in da torej ni bila povsem izključena svoboda veletrgovcev (zlasti ne s strani proizvajalcev) pri postavljanju cen zdravil v primeru dogovornih cen v razmerju do njihovih kupcev lekarn. Kemofarmacija je tudi navajala, da veletrgovci z zdravili v sklepanje sporazumov med ZZZS in proizvajalci zdravil niso bili vključeni in da z navedenimi cenami zdravil niso bili seznanjeni, saj dogovorne cene zdravil niso bile in še vedno niso javno dostopne. Zato je proizvajalec Kemofarmacijo o teh cenah običajno obvestil z elektronsko pošto. Kemofarmacija je zatrjevala, da veletrgovci z zdravili niso imeli ažurnih podatkov o dogovornih cenah, kar je dokazovala z elektronskim sporočilom z dne 2. 2. 2009³⁵⁶, razen če jih je o tem obvestil proizvajalec. Iz navedenega elektronskega sporočila, s katerim je proizvajalec obvestil veletrgovce z zdravili o spremembah cen zdravil, za katere je sklenil dogovor z ZZZS, je med drugim razvidno, da je proizvajalec zapisal »[...] *Pri zdravilih, ki so označena z rumeno bodo NDC objavljene na JAZMP-ju višje od prodajne cene veletrgovca. Prosimo, da se držite cen ki so bile dogovorjene z Zavodom. [...]*«. Agencija na tem mestu poudarja, da iz navedenega sporočila po oceni Agencije ne izhaja, da je proizvajalec zahteval od veletrgovcev, da morajo prodajati zdravila po dogovornih cenah kot edinih možnih cenah, ki jih v razmerju do lekarn ne smejo znižati prek dajanja komercialnih popustov. Tega tudi izrecno ne zatrjuje stranka postopka Kemofarmacija, ki je predložila navedeni dokument. Zato Agencija navedeno sporočilo razume v kontekstu zgoraj omenjenih osnutkov dogovorov med proizvajalci in veletrgovci, iz katerih izhaja, da so proizvajalci omejevali cene navzgor v smislu, da se morajo veletrgovci v primerih, ko je med proizvajalcem in ZZZS sklenjena dogovorna cena, držati (kot najvišjih dovoljenih vrednosti) dogovornih cen in ne NDC (ki so višje od dogovornih cen). Agencija dodatno pojasnjuje, da prej navedenega dogovora med proizvajalci in veletrgovci samega po sebi ne razume kot dogovora o cenah, na kar se tudi ne nanašajo očitki v predmetni odločbi, ocenjuje pa, da je bila korespondenca, povezana s sklepanjem teh dogovorov, v nasprotju s konkurenčnimi pravili, kar je že pojasnjeno v odločbi.

Zaključki Agencije

168. Agencija ugotavlja, da je iz zgoraj navedenih dokumentov razvidno, da so se stranke postopka **Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm** v letih 2009 in 2010 brez dvoma med seboj usklajevale o tem, da bodo zaračunavale lekarnam zdravila po dogovornih cenah in s tem tudi da ne bodo uporabljale popustov. Da so se tega podjetja tudi držala, je razvidno iz dejstva, da so v postopkih oddaje javnih naročil v razmerju do javnih lekarniških zavodov, oddajala ponudbe za dobavo zdravil po dogovornih cenah zdravil, brez popustov. Glede na zgoraj obrazloženo pa stranke postopka tudi niso uspele ponuditi druge skladne razlage.

³⁵⁵ Dokument št. 306-45/2010-25, mapa 5, zaporedna št. 2.

³⁵⁶ Elektronsko sporočilo »Spremembe cen zdravil z veljavnostjo 6. 2. 2009«, ki ga je predstavnik proizvajalca zdravil GlaxoSmithKline dne 2. 2. 2009 poslal veletrgovcem z zdravili (podjetjem Kemofarmacija, Farmadent, Salus, Pharmakon, Sanolabor in Inštitutu za varovanje zdravja Republike Slovenije).

V.2.3 Zaključki Agencije

169. Iz zgoraj navedenega je po oceni Agencije razvidno, da je obstoj kršitve v zvezi z usklajenim ravnanjem podjetij pri določanju cen zdravil in oddaji ponudb v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom podprt z dokazi, ki presegajo preprosto ugotovitev vzporednega ravnanja. Poleg navedenega je Agencija prepričana, da je v obravnavanem primeru izkazano, da vzporednega obnašanja podjetij pri oddajanju ponudb v postopkih javnega naročanja ni mogoče pojasniti drugače kot z obstojem usklajevanja. Agencija je namreč v predmetnem postopku ugotovila obstoj elementov, ki zadoščajo za omajanje verjetnosti razlage za vzporedno ravnanje strank postopka, ki so jih slednje podale med postopkom.
170. Agencija je v obravnavanem primeru ugotovila, da vzporednega oddajanja ponudb v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom ni mogoče razložiti drugače kot tako, da gre za usklajena ravnanja podjetij, in da elementi, ki jih je predložila Agencija v tej odločbi, zadoščajo za omajanje verjetnosti razlage za vzporedno ravnanje veletrgovcev z zdravili, ki so jo podale stranke postopka. Ne glede na navedeno Agencija v korist strank postopka, glede na odsotnost dokazov o tem, kdaj točno so se podjetja uskladila, šteje za začetek kršitve od dne 10. 12. 2007 dalje, kar izhaja iz dokaza, s katerim razpolaga Agencija in se nanaša na uskladitev med podjetji Kemofarmacija in Salus glede določanja cen zdravil. Agencija meni, da je v predmetni zadevi brez dvoma izkazano, da je med naslovniki odločbe obstajala skupna volja o sodelovanju, namesto konkuriranju. Podjetja si na razpisih za dobavo zdravil niso konkurirala s cenami, saj so vsa ponujala zdravila po najvišjih dopustnih vrednostih, česar pa po ugotovitvah Agencije ni mogoče pripisati racionalnemu tržnemu obnašanju podjetij, tudi ob upoštevanju vseh značilnosti trga prodaje zdravil na debelo, ali regulaciji na področju cen zdravil. Dodatno Agencija poudarja, da dokaz o usklajevanju med podjetji ne izhaja samo iz ugotovitve o vzporednem ravnanju na trgu, ampak tudi iz dokazil, iz katerih je razvidno, da so bila ravnanja posledica usklajevanja, predvsem pri določanju cen zdravil z dogovorno ceno. Iz dokumentov v spisu izhaja, da sta se v tem obdobju Kemofarmacija in Salus, ki sta imela vseskozi tudi največji tržni delež, med seboj usklajevala glede cen zdravil, in da sta se jima kasneje pridružila tudi druga dva večja veletrgovca z zdravili Gopharm in Farmadent.

V.3 Delitev trga / javnih naročil za dobavo zdravil

V.3.1 Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil

171. Agencija nadalje ugotavlja, da so se podjetja Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm dogovarjala oziroma usklajevala tudi o tem, kakšen del konkretnega javnega naročila za dobavo zdravil bo pridobilo posamezno podjetje in se tako dogovarjala oziroma sporazumevala o razdelitvi posameznih javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom (glej Priloga 6: Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil). Navedeno izhaja zlasti iz zapisnikov, ki so bili sestavljeni in podpisani na sestankih pri naročnikih Zasavske lekarne, Lekarna Velenje in Lekarna Ribnica, na katere so jih vabili naročniki zaradi izvedbe postopka žrebanja ali pogajanj, da bi naročnik izbral najugodnejšega ponudnika oziroma ponudnike, saj je naročnik ravno zaradi usklajenega ravnanja naslovnikov odločbe prejel ponudbe z enakimi vrednostmi, kar mu ni omogočalo izbire na podlagi postavljenega merila najnižja cena. Dokumenti, zlasti pa zapisniki sestankov pri naročnikih, na katere opira Agencija svoje ugotovitve glede dogovarjanja o razdelitvi posameznih javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom, so zaradi preglednosti odločbe navedeni in natančneje povzeti v Prilogi 6: Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil in Prilogi 4: Javna naročila za nabavo zdravil in javnih lekarniških zavodih.
172. Agencija ugotavlja, da so se sestankov pri naročnikih, ki so jih ti sklicali zaradi izvedbe postopka žrebanja ali pogajanj, da bi izbrali najugodnejšega ponudnika oziroma ponudnike in mu/jim oddala naročilo, udeleževala vsa podjetja, ki so oddala ponudbe.

Prvi tak sestanek, ki ga je sklical naročnik, ki ni mogel razdeliti javnega naročila za dobavo zdravil na podlagi postavljenega merila najnižja cena, je bil sestanek pri javnem lekarniškem zavodu Zasavske lekarne dne 29. 1. 2008.

173. Iz dokumenta »Zapisnik z dne 29. 1. 2008«³⁵⁷ je razvidno, da je naročnik, javni lekarniški zavod **Zasavske lekarne**, na sestanek dne 29. 1. 2008 povabil podjetja Salus, Pharmakon, Farmadent in Kemofarmacija, z obvestilom, da naj se udeležijo žrebanja, vendar pa je bilo nato na samem sestanku na predlog ponudnikov dogovorjeno, da naročnik ne izvede žrebanja, temveč se izbor količin blaga, ki jih bo zagotavljal posamezni ponudnik, izvede tako, da se izberejo posamezne količine blaga po vrstah oziroma skupinah posamezne veledrogerije (za katere je le ta bolj specializirana).³⁵⁸ Podjetja, prisotna na navedenem sestanku, so si nato na istem sestanku v skladu z navedenim dogovorom med seboj razdelila predmetno javno naročilo. Podobno se je dogajalo tudi na naslednjem sestanku 9. 2. 2009 pri istem naročniku naslednje leto. Tako kot v letih 2008 in 2009, je tudi sestanek z dne 4. 2. 2010 sklical naročnik, ki je nato na samem sestanku sporočil ponudnikom, da bo izvedel postopek s pogajanj in za izhodišča pogajanj predlagal strukturne deleže letnih dobav dobavljenih količin zdravil posameznih ponudnikov (podjetju **Farmadent** ■%, **Kemofarmacija** ■% in **Salus** ■%). Ponudniki so se strinjali, da se predmetno naročilo za naslednje leto razdeli glede na realizirane deleže dobav zdravil naročniku v predhodnem letu in v skladu s tem dogovorom sklenili z naročnikom kupoprodajne pogodbe. Podobno je bilo dogovorjeno tudi na zadnjem sestanku pri Zasavskih lekarnah dne 1. 2. 2011. Iz podatkov o realiziranih nabavah zdravil Zasavskih lekarn (glej Tabelo 3 v Prilogi 7) izhaja, da so bili deleži realiziranih dobav podjetij naslednji: **Farmadent** ■% (v letu 2009), ■% (v letih 2006, 2008, 2010 in 2011) in ■% (v letu 2005, 2007), **Kemofarmacija** ■% (v letu 2010), ■% (v letu 2007), ■% (v letih 2009 in 2011) in ■% (v letih 2005, 2006 in 2008) ter **Salus** ■% (v letu 2005), ■% (v letu 2008), ■% (v letu 2006), ■% (v letih 2007 in 2011) in ■% (v letih 2009 in 2010).
174. Tudi **Lekarna Velenje** je sklicala sestanek z namenom izvedbe pogajanj s ponudniki. Na sestanku dne 13. 3. 2009 je sporočila ponudnikom, da bo izvedla postopek s pogajanj in za izhodišča pogajanj predlagala strukturne deleže letnih dobav dobavljenih količin zdravil posameznih ponudnikov (podjetje **Salus** je pridobilo ■%, podjetje **Kemofarmacija** ■%, podjetje **Gopharm** ■% in podjetje **Farmadent** ■% vrednosti predmetnega naročila). Ponudniki so se strinjali, da se predmetno naročilo za naslednje leto razdeli glede na realizirane deleže dobav zdravil naročniku v predhodnem letu in v skladu s tem dogovorom sklenili z naročnikom kupoprodajne pogodbe. Podobno je bilo tudi naslednja leta na sestankih dne 19. 3. 2010, 22. 3. 2011 in 23. 3. 2012. Iz podatkov o realiziranih nabavah zdravil Lekarne Velenje (glej Tabelo 3 v Prilogi 7) izhaja, da so bili deleži realiziranih dobav podjetij naslednji: **Gopharm** ■% (v letih 2007, 2008, 2009, 2010 in 2011) in ■% (v letih 2005 in 2006), **Farmadent** ■% (v letih 2009, 2010 in 2011), ■% (v letih 2005, 2006 in 2008) in ■% (v letu 2007), **Kemofarmacija** ■% (v letih 2005, 2006, 2007 in 2010) in ■% (v letih 2008, 2009 in 2011) ter **Salus** ■% (v letih 2005, 2006, 2007), ■% (v letih 2008, 2009 in 2011) in ■% (v letu 2010).
175. Tako kot prej navedeni lekarni je tudi **Lekarna Ribnica** sklicala sestanek z namenom izvedbe pogajanj s ponudnikoma. Na sestanku dne 16. 10. 2009 je sporočila ponudnikoma, da bo izvedla postopek s pogajanj in za izhodišča pogajanj predlagala strukturne deleže letnih dobav dobavljenih količin zdravil posameznih ponudnikov (podjetje **Salus** je pridobilo ■% in podjetje **Kemofarmacija** ■% vrednosti predmetnega naročila). Ponudnika sta se strinjala, da se predmetno naročilo za naslednje leto razdeli glede na realizirane deleže dobav zdravil naročniku v predhodnem letu in v skladu s tem

³⁵⁷ Dokument št. 306-45/2010-45 (priloge).

³⁵⁸ Iz vsebine navedenega dokumenta izhaja, da so po predstavitvi postopka žrebanja predstavniki podjetij oziroma »odgovorne osebe ponudnikov sporazumno predlagale, da se izbor količin blaga, ki jih bo zagotavljal posamezni ponudnik izvede tako, da se izberejo posamezne količine blaga po vrstah oz. skupinah posamezne veledrogerije (za katere je le ta bolj specializirana), ki v skupnem predstavlja 100% količino vseh razpisanih vrst blaga kot navaja določba 2.2 navodil. Po temeljiti razpravi o navedenem predlogu so vsi prisotni ugotovili, da ta predlog zagotavlja večjo verjetnost za nemoteno dobavo vsega razpisanega blaga pri naročniku in hkrati zagotavlja najnižje ponujene cene skladno z izvedenim postopkom JN.«

dogovorom sklenila z naročnikom kupoprodajni pogodbi. Enako je bilo tudi naslednja leta na sestankih dne 27. 10. 2010 in 27. 10. 2011. Iz podatkov o realiziranih nabavah zdravil Lekarne Ribnica (glej Tabela 3 v Prilogi 7) izhaja, da so bili deleži realiziranih dobav podjetij naslednji: Kemofarmacija ■% (v letu 2011), ■% (v letih 2005, 2009 in 2010) in ■% (v letih 2006, 2007 in 2008) ter Salus ■% (v letih 2005 in 2006), ■% (v letih 2007 in 2008), ■% (v letu 2009, 2010) in ■% (v letu 2011). V letih 2005 in 2006 je dobavljalo tudi podjetje Gopharm in sicer je znašal njegov realizirani delež dobav: ■ (v letu 2005) in ■ (v letu 2006).

Opredelitev do navedb strank

176. Stranki postopka Salus in Kemofarmacija sta ugovarjali gornjim ugotovitvam Agencije v delu, ki se je nanašal na vsebino zapisnikov, sestavljenih pri naročniku Zasavske lekarne dne 29. 1. 2008 in 9. 2. 2009. Salus je ugovarjal, da vsebina zapisnika z dne 29. 1. 2008 ni resničen zapis dejanskega dogajanja. Navedel je, da ne drži, da so v postopku žrebanja odgovorne osebe ponudnikov sporazumno predlagale, da naj se ne opravi žrebanje, ampak, da naj se izbor količin blaga, ki jih bo zagotavljal posamezni ponudnik, izvede tako, da naj se izberejo posamezne količine blaga po vrstah oziroma skupinah posamezne veledrogerije (za katere je le-ta bolj specializirana). Navedeni predlog je bil po navedbah Salus podan s strani ■■■■■ naročnika ■■■■■. Zato je navedba v zapisniku po zatrevanju podjetja Salus napačna. Zaključek Agencije, da naj bi navedeni predlog podali dobavitelji, naj bi bil tudi v celoti nelogičen, saj je bil navedeni predlog delitve po posameznih artiklih v interesu naročnika, ki je v tem letu naročil in želel uvesti v poslovanje informacijski sistem, ki bi mu omogočal optimalno razporejanje naročil med več ponudniki glede na njihovo specializacijo. Naročnik je namreč želel naročiti izdelke glede na frekvence dobav oziroma naročanj, obratovanje ambulant v zdravstvenih domovih in specifične porabe določenih zdravil in zalog pri ponudnikih. Salus je nadalje glede zapisnika z dne 9. 2. 2009 še izpostavil, da so napačne ugotovitve Agencije, da naj bi ponudniki ponovno podali enak predlog, in dodal, da na neresničnost zapisane vsebine kaže tudi dejstvo, da gre za identično besedilo, kot je bilo v prej navedenem zapisniku z dne 29. 1. 2008, kar kaže na to, da je ta zapisnik kopija predhodnega zapisnika, kjer so bili zgolj izpuščeni nekateri deli. Tudi Kemofarmacija je ugovarjala, da do tovrstnega dogovora in sporazuma ni prišlo na podlagi predloga, podanega s strani odgovornih oseb ponudnikov, kot je navedeno v zapisniku, temveč je po spominu predstavnice Kemofarmacije, ki je bila prisotna na sestanku pri naročniku, način razdelitve predlagala odgovorna oseba naročnika - ■■■■■ ■■■■■.
177. Agencija navedenih ugovorov strank ne sprejema, saj ne dvomi v verodostojnost zapisanega v navedenih zapisnikih. Oba zapisnika sta bila formalno sestavljena v okviru postopka oddaje javnega naročila in sta bila tudi podpisana s strani vseh prisotnih na sestanku, ki so imeli možnost podajanja pripomb na zapisnik. Zato je tudi sklicevanje na interes naročnika za takšno delitev v tem smislu brezpredmetno. Agencija še poudarja, da bi podjetji Kemofarmacija in Salus morali podati pripombe na pravilnost zapisnika naročniku (javnemu lekarniškem zavodu) potem, ko sta ga prejeli, in takrat tudi zatrevati, da je v zapisniku napačno naveden potek sestanka. Podjetji pa tega nista storili oziroma Agenciji nista predložili nobenega dokaza, da sta kakorkoli izpodbijali pravilnost zapisnika. Ne moreta pa izpodbijati verodostojnosti zapisnika v tem postopku. Agencija je v tem postopku ugotavljala dejstva, ki so pravno relevantna za ta postopek ugotovitve kršitve konkurenčnih pravil, in sicer tudi ali je bil sporazum oziroma dogovor o delitvi javnega naročila sklenjen. Ni pa Agencija v okviru načela materialne resnice dolžna ugotavljati pravilnosti sestave zapisnika, saj to dejstvo ni pravno relevantno za predmetni postopek, zato tudi zavrača dokazne predloge strank postopka³⁵⁹ za zaslišanje vseh udeleženi na sestankih pri naročnikih. Agencija dodaja, da je za ugotovitev sklenitve prepovedanega omejevalnega sporazuma dovolj udeležba na sestanku, kjer se doseže takšen dogovor, če se stranka od dogovora ne distancira. Navedeno pomeni, da vsebina zapisnika sestanka ni izključno pravno usodna za presojo obstoja sklenitve omejevalnega sporazuma.

³⁵⁹ Glej npr. str. 74 in nasl. izjave o PRD podjetja Salus.

178. Glede na navedeno Agencija zaključuje, da iz dokazov, s katerimi razpolaga, brez dvoma izhaja, da so se Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Pharmakon najkasneje **dne 29. 1. 2008** sporazumeli in predlagali naročniku, javnemu lekarniškem zavodu Zasavske lekarne, da namesto žrebanja razdeli javno naročilo na način, da se izbor količin blaga, ki jih bo zagotavljal posamezni ponudnik, izvede tako, da se izberejo posamezne količine blaga po vrstah oziroma skupinah posamezne veleddrogerije (za katere je le ta bolj specializirana). Agencija ne dvomi, da je bil prvi tak predlog podan s strani predstavnikov podjetij, na katera se ta odločba nanaša, saj je glede na popolnoma jasen zapis v kar dveh formalno sestavljenih in podpisanih zapisnikih zelo malo verjetno, da je šlo za predlog, ki bi ga podal naročnik. Šlo je za prvi tovrstni sporazum o delitvi javnega naročila v seriji sporazumov o delitvi javnih naročil med ponudniki, sklenjenih pri naročniku v postopkih oddaje javnih naročil. Vsebinsko enak dogovor med podjetji Kemofarmacija, Salus in Farmadent je bil dosežen tudi naslednje leto, **dne 9. 2. 2009**, pri istem naročniku.
179. Iz dokazov nadalje izhaja, da je bil naslednji sporazum o delitvi javnega naročila sklenjen **dne 13. 3. 2009** med podjetji Salus, Kemofarmacija, Gopharm in Farmadent pri naročniku Lekarna Velenje. Navedena podjetja so se sporazumela, da se javno naročilo razdeli glede na deleže preteklih dobav vsakega posameznega podjetja. Iz zapisnika je jasno razvidno, da je bilo doseženo soglasje med ponudniki (navedenimi podjetji). Stranke postopka³⁶⁰ so ugovarjale, da je takšno razdelitev javnega naročila predlagal naročnik, na kar ponudniki niso mogli vplivati. Agencija ugotavlja, da drži, da iz zapisnika izhaja, da je takšno razdelitev predlagal naročnik, ne drži pa, da ponudniki na to niso mogli vplivati. Vsak izmed ponudnikov je imel na sestanku možnost ugovarjati takšni delitvi, se distancirati od sporazuma o takšni delitvi in celo dati nižjo ponudbo, kar je bila očitno želja in namen lekarne, ki je v povabilu ponudnikom na sestanek navedla, da je ta sklican zaradi izvedbe postopka žrebanja ali pogajanj, da bi izbrali najugodnejšega ponudnika oziroma ponudnike in mu/jim oddala naročilo. To pa ne izhaja iz zapisnika, niti tega ne navaja nobena izmed strank postopka. Prav nasprotno: iz zapisnika je jasno razvidno, da naj bi o tem predlogu naročnika na sestanku potekala razprava in da je bilo *»po krajši razpravi doseženo enotno soglasje vseh ponudnikov, ki so izrazili strinjanje z zgoraj navedenimi strukturnimi deleži.«* Glede na navedeno Agencija ugotavlja, da ni šlo za samovoljno odločitev naročnika, javnega lekarniškega zavoda, temveč je šlo za oblikovanje skupne volje vseh ponudnikov na eni strani in naročnika na drugi strani, kar kaže na to, da je med podjetji, udeleženi na sestanku pri naročniku brez dvoma obstajalo soglasje oziroma skupna volja, da naročnik razdeli javno naročilo glede na njihove pretekle deleže dobav. Prepričanje Agencije, da so naslovniki odločbe imeli možnost vplivati na razdelitev javnega naročila in da naročnik ni samostojno odločal o delitvi javnih naročil utrjuje tudi zapis v zapisniku s pogajanj pri naročniku Lekarna Velenje z dne 23. 3. 2012³⁶¹, iz katerega brez dvoma izhaja, da je naročnik na začetku pogajanj predlagal vsakemu ponudniku posebej, da ponudi svoj predlog pogajalskih izhodišč, podjetja Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm pa so vztrajala pri prvotnih ponudbah, zato je naročnik predlagal izhodišča za pogajanja. Tudi dopis Lekarne Velenje z dne 1. 12. 2012, ki ga je predložil Salus in v katerem je Lekarna Velenje na vprašanja podjetja Salus zaradi predmetnega postopka podala Salusu splošna pojasnila glede naročanja zdravil, ne vpliva na gornje ugotovitve Agencije, niti ne razbremenjuje katerekoli izmed strank postopka.
180. Od tedaj (13. 3. 2009) dalje so stranke postopka sklepale vsebinsko enake dogovore v postopkih oddaje javnih naročil in sicer: Kemofarmacija in Salus **dne 16. 10. 2009** pri Lekarni Ribnica, Salus, Farmadent in Kemofarmacija **dne 4. 2. 2010** pri Zasavskih lekarnah, Kemofarmacija, Gopharm, Farmadent, Salus **dne 19. 3. 2010** pri Lekarni Velenje, Kemofarmacija in Salus **dne 27. 10. 2010** pri Lekarni Ribnica, Salus, Farmadent in Kemofarmacija **dne 1. 2. 2011** pri Zasavskih lekarnah, Farmadent, Kemofarmacija, Salus in Gopharm **dne 22. 3. 2011** pri Lekarni Velenje, Kemofarmacija in Salus **dne 27.**

³⁶⁰ Glej npr. str. 73 izjave o PRD podjetja Salus.

³⁶¹ Zapisano je, da je [redacted] Lekarne Velenje začela pogajanja in *»je vsakemu ponudniku posebej predlagala naj ponudi svoj predlog pogajalskih izhodišč. Glede na to, da je vsak ponudnik vztrajal pri prvotni ponudbi, je predlagala izhodišča za pogajanja in sicer [...]«.*

10. 2011 pri Lekarni Ribnica ter Farmadent, Kemofarmacija, Salus in Gopharm **dne 23. 3. 2012** pri Lekarni Velenje.

181. Podjetje Salus je v izjavi o PRD izpostavilo, da je vse razpise navedenih treh javnih lekarniških zavodov, kjer je prihajalo do določitev vrednosti na podlagi predhodnih strukturnih deležev dobav, pripravljala in vodila ista oseba, [REDACTED], kar naj bi izkazovalo, da je pogoje nedvomno določal naročnik in ne ponudnice, ki nikoli nimajo vpliva na razpise. Agencija v zvezi z navedenim poudarja, da nikjer ne zatrjuje, da naj bi razpisne pogoje določali ponudniki, predlog, podan na pogajanjih s ponudniki, pa nikakor ni mogoče šteti za razpisni pogoj, zaradi katerega bi kateri od ponudnikov izpadel iz postopka oddaje javnega naročila. Iz zapisnikov brez dvoma izhaja, da so naročniki sklicali sestanke, na katere so povabili ponudnike, ki so oddali enake ponudbe zato, da bi izvedli postopek s pogajanja oziroma žrebanjem in tako opravili izbiro med ponudniki. Po mnenju Agencije v obravnavanem primeru ni razbremenilna okoliščina, da je predlog za delitev po preteklih deležih dobav na pogajanjih dal naročnik, saj je brez dvoma razvidno izrecno soglasje vseh prisotnih ponudnikov s tem predlogom. Podjetja se ne morejo razbremeniti odgovornosti za kršitev z zatrjevanjem, da jih je k sklenitvi protikonkurenčnega sporazuma napeljal naročnik. Kot je Agencija že navedla, iz zapisnika nedvoumno izhaja, da so vse stranke postopka soglašale s sprejemom dogovora o razdelitvi naročila glede na pretekle deleže dobav ter da mu nobena od strank postopka ni nasprotovala. Stranke postopka so bile prisotne na sestanku, na katerem je bil sklenjen dogovor o razdelitvi naročila, s katerim je bil strankam postopka zagotovljen delež dobav zdravil naročniku, ne glede na cene oziroma popuste zdravil. S sklenitvijo takega sporazuma oziroma dogovora o delitvi naročila pa je bila posledično izključena tudi negotovost glede ravnanja na trgu in tako cenovna konkurenca med strankami postopka. Dodatno Agencija še poudarja, da je tekom ugotovitvenega postopka nedvoumno ugotovila, da so stranke postopka predmetni dogovor tudi implementirale, saj so dobavljale naročniku v okviru dogovorjenih deležev (kvot), ne glede na cene in druge poslovne pogoje, ki so jih dogovorili vsak posebej z naročniki, kar je Agencija že pojasnila v tej odločbi (glej zlasti Prilogo 2: Ponujanje popustov javnim lekarniškim zavodom v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil). Agencija še dodaja, da okoliščina, da je na vseh zgoraj navedenih razpisih sodelovala pri naročnikih ista oseba, ki je kot zunanja svetovalka pripravljala in vodila postopek oddaje javnih naročil, po njeni oceni ne kaže na to, da je šlo za interese, ki so jih izrazili posamezni naročniki, temveč je bolj verjetno, da so se ti le prilagodili praksi, ki se je uveljavila v postopkih oddaje javnih naročil vsaj od dne 29. 1. 2008 dalje in ki se je brez dvoma začela na pobudo podjetij, naslovnikov te odločbe, kot je ugotovila Agencija (glej točko 178 odločbe). S to prakso pa je bila oseba, ki je svetovala naročnikom in pripravljala ter vodila te postopke pri navedenih naročnikih, brez dvoma seznanjena.

Zaključki Agencije

182. Agencija ugotavlja, da so bili dogovori o razdelitvi javnih naročil, o čemer so se stranke postopka sporazumele na sestankih pri naročnikih, sklenjeni v nasprotju s pravili o prepovedi omejevanja konkurence.
183. Stranka postopka Salus³⁶² je ugovarjala, da je Agencija napačno ocenila kot sporne sporazume, sklenjene z več ponudniki, in v nadaljevanju podala pojasnila o ureditvi sklepanja okvirnih sporazumov v ZJN-1 in ZJN-2. Po mnenju podjetja Salus nikakor ne more biti sporno dejstvo, da so v okvirnih sporazumih z več ponudniki določeni deleži za posameznega ponudnika, saj glede na posebnosti, ki veljajo pri naročanju zdravil, opredelitev deležev dobav v posameznem naročilu tako predstavlja na nek način določitev količin, ki naj bi bila v skladu z definicijo okvirnega sporazuma praviloma opredeljena v okvirnem sporazumu. V zvezi z navedenimi ugovori podjetja Salus je treba najprej izpostaviti, da se očitki Agencije nanašajo na dogovarjanje strank postopka na sestankih pri naročnikih, ki so podrobneje opisani zgoraj, ne pa na okvirne sporazume, ki so jih stranke postopka sklepale za tem kasneje na podlagi protikonkurenčnih dogovorov, doseženih v postopku s pogajanja pri naročnikih. Po mnenju Agencije so torej

³⁶² Glej npr. str. 72 in 73 izjave o PRD podjetja Salus.

konkurenčnopravno sporni sporazumi, ki so jih sklenile stranke postopka v postopku s pogajanjem pri naročnikih in so poočiteni v zapisnikih. Z okvirnimi sporazumi, ki so bili sklenjeni kasneje isti dan ali nekaj dni zatem, pa so stranke postopka le protokolirale oziroma izvedle tisto, kar je bilo predhodno dogovorjeno na sestanku pri naročniku.

184. Agencija meni, da je bila s tem, ko so se konkurenti na sestanku, na katerem so bili vsi prisotni, uskladili oziroma dogovorili, da razdelitev naročila ne bo prepuščena naključju (žrebanju), kot je predlagal naročnik v vabilu, temveč se je izbor količin in vrste blaga opravil kar na samem sestanku glede na specializiranost posameznih konkurentov oziroma glede na predhodne deleže dobav, odpravljena negotovost pri pridobitvi naročila oziroma dela naročila. Zaradi navedenega se je zmanjšal tudi konkurenčni pritisk med konkurenti v fazi sklepanja aneksov, kjer naj bi podjetja med seboj tekmovala s popusti. Podjetja so imela s takim dogovorom o razdelitvi naročila zagotovljen delež dobav pri naročniku, kar je za njih koristno, saj lahko tako prodajajo zdravila naročniku po višjih cenah (odobrijo manj popusta v fazi sklepanja aneksov). Spodbude za konkuriranje (dajanje popustov) v takem primeru ne obstajajo oziroma so zelo majhne, saj podjetju pripade del naročila v vnaprej dogovorjenem obsegu neodvisno od cene ali kateregakoli drugega konkurenčnega parametra. Ker se je to dogajalo več let zapored, v tem času pa so deleži dobav posameznim naročnikom ostajali nespremenjeni, saj so se delili v skladu z deleži preteklih dobav posameznemu naročniku, Agencija ugotavlja, da so takšni dogovori prispevali k ohranjanju tržnega položaja udeleženi podjetij in jim tudi omogočali izkoriščanje takega položaja. Vse navedene okoliščine po mnenju Agencije kažejo na to, da so naslovniki te odločbe z zgoraj opisanimi sporazumi o delitvi javnih naročil občutno omejili konkurenco med podjetji, zato jih je treba šteti za prepovedane.

185. Agencija dodatno zavrača ugovore strank postopka, da naj bi bili ti sporazumi o delitvi javnih naročil v interesu javnih lekarniških zavodov, ki naj bi to tudi predlagali, in da zato ni šlo za protipravna ravnanja, kot se jim očitajo v tem postopku. Čeprav so se sestanki med konkurenti odvijali pri javnih lekarniških zavodih, ki so osebe javnega prava, in ne na skrivaj, to po mnenju Agencije ne odpravlja protipravnosti tam sklenjenih dogovorov. Tudi iz sodne prakse izhaja, da dejstvo, da javnopravni organi spodbujajo sklenitev sporazuma o horizontalnem sodelovanju, ne pomeni, da je sporazum dovoljen. Iz Smernic Komisije o uporabi 101. člena PDEU za sporazume o horizontalnem sodelovanju³⁶³ izhaja, da v nekaterih primerih organi javne uprave spodbujajo družbe, da sklenejo sporazume o horizontalnem sodelovanju za doseganje ciljev javne politike s samourejanjem. Vendar družbe ostanejo predmet 101. člena PDEU, če nacionalno pravo le spodbuja oziroma olajšuje samostojno protikonkurenčno ravnanje. Z drugimi besedami, dejstvo, da organi javne uprave spodbujajo sklenitev sporazuma o horizontalnem sodelovanju, ne pomeni, da je sporazum dovoljen v okviru 101. člena PDEU. Samo v primeru, ko nacionalna zakonodaja od družb zahteva protikonkurenčno dejanje, ali če predvidi pravni okvir, ki družbam v celoti prepreči konkurenčno delovanje, se 101. člen PDEU ne uporabi. V takšnem primeru omejitve konkurence ne moremo pripisati, kot to zahteva 101. člen PDEU, samostojnemu protikonkurenčnemu dejanju družb in so le-te zaščitene pred vsemi posledicami kršitve omenjenega člena. Agencija ugotavlja, da iz dokumentacije v spisu ne izhaja, da so naročniki sami, brez sodelovanja ponudnikov, prišli do odločitve glede načina delitve in razdelili naročilo brez upoštevanja volje ponudnikov. Izhaja celo da je prvi predlog za takšne delitve prišel s strani podjetij, ponudnikov, ne pa s strani naročnika. Agencija dodaja, da tudi če naročniki, javni lekarniški zavodi, olajšujejo ali celo spodbujajo takšno razdeljevanje javnih naročil med veletrgovci z zdravili, glede na navedeno prakso ti sporazumi niso izvzeti iz prepovedi.

186. Nadalje Agencija še izpostavlja, da iz nedavne sodbe Vrhovnega sodišča RS³⁶⁴ izhaja, da je zgolj udeležba podjetja na sestanku, na katerem je bil sklenjen dogovor o cenah³⁶⁵,

³⁶³ Sporočilo Komisije – Smernice o uporabi člena 101 Pogodbe o delovanju Evropske unije za sporazume o horizontalnem sodelovanju (Uradni list Evropske unije C 11, 14. 1. 2011), točka 22 in tam navedena sodna praksa.

³⁶⁴ Sodba Vrhovnega sodišča RS z dne 11. junija 2013 v zadevi B&B izobraževanje in usposabljanje d.o.o. proti AVK, opr. št. G 27/2011, še ne objavljena.

³⁶⁵ V obravnavanem primeru, na katerega se nanaša ta odločba, je bil sklenjen sicer dogovor o delitvi trga / javnega naročila, ki pa prav tako predstavlja prepovedan omejevalni sporazum, zato ni razloga, da navedene sodne prakse ne bi bilo mogoče uporabiti tudi v tem primeru.

zadostna podlaga za sklep, da je bilo podjetje del tega dogovora. Na podjetju pa je breme, da dokaže, da je jasno dalo vedeti udeležencem sestanka, da ne bo sodelovalo v protikonkurenčnem dogovoru. Takega javnega distanciranja katerega izmed podjetij Agencija v predmetnem postopku ni ugotovila, pa tudi nobena izmed strank postopka tega ni niti zatrjevala.

V.3.2 Neoddaja ponudb v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom

187. Agencija je v PRD očitala naslovnikom odločbe, da so se usklajevali tudi pri tem, da pri nekaterih javnih lekarniških zavodih niso oddajali ponudb, in si posledično niso konkurirali pri pridobivanju teh naročil. Iz dokumentacije v spisu namreč izhaja, da sta podjetji Kemofarmacija in Salus od leta 2005 dalje »nastopali« s svojimi ponodbami v vseh postopkih oddaje javnih naročil, v katerih so lekarne povabile podjetja k oddaji ponudb za dobavo zdravil, razen v dveh primerih pri naročniku Lekarna Ljubljana (konec leta 2009 in v letu 2010), ko naročnik ni prejel nobene ponudbe za dobavo zdravil. Podjetje Farmadent je nastopalo s ponodbami za dobavo zdravil le v postopkih oddaje javnih naročil pri naročnikih Zasavske lekarne in Lekarna Velenje, podjetje Gopharm pa pri naročnikih Obalne lekarne, Goriška lekarna in Lekarna Velenje. Pri največjem naročniku, Lekarni Ljubljana, sta oddajali ponudbe le podjetji Kemofarmacija in Salus (ter podjetje Pharmakon do konca leta 2007, ko ga je prevzelo podjetje Salus), podjetji Farmadent in Gopharm pa nista sodelovali v nobenem postopku javnega naročanja pri naročniku Lekarna Ljubljana. Prav tako nista podjetji Farmadent in Gopharm oddajali ponudb pri Dolenjskih lekarnah, Mestnih lekarnah, Lekarni Ribnica in Gorenjskih lekarnah.
188. Podjetja so zgoraj navedenim zaključkom Agencije ugovarjala. Salus je glede neoddaje ponudbe na razpis pri Lekarni Ljubljani navedel, da je odločitev o neoddaji ponudbe na predmetni razpis sprejel samostojno. Razlog za neudeležbo pa je bil nesprejemljiv pogoj iz razpisne dokumentacije, da mora ponudnik na zahtevo naročnika dovoliti vpogled v originalne pogodbe s proizvajalcem ali uvoznikom zdravil, ki so poslovne skrivnosti podjetja Salus, ki jih to ni bilo pripravljeno razkriti Lekarni Ljubljana. Posledično podjetje Salus ni izpolnjevalo razpisnih pogojev, zato ponudbe ni oddalo. Smiselno podobno je zatrjevala tudi Kemofarmacija.³⁶⁶ Agencija ugotavlja, da sta Kemofarmacija in Salus podala ustrezna pojasnila, ki jih je mogoče šteti za okoliščine, ki dejstva, ki jih je ugotovila Agencija, prikazujejo drugače in tako omogočajo, da se razlaga dejstev, ki jo je podala Agencija, nadomesti z drugo.
189. Farmadent je navedel, da takšni zaključki Agencije ne morejo vzdržati, saj ji ni uspelo dokazati, da se Farmadent in Gopharm po svoji volji (kljub zadostitvi razpisnih pogojev) nista prijavljala na razpisana javna naročila, še manj pa je dokazala, da bi to počela z namenom izkrivljanja konkurence na upoštevnem trgu. Za vsakega naročnika (razen za Gorenjske lekarne) posebej, pri katerem je Agencija ugotovila, da Farmadent oziroma Gopharm ni(sta) sodeloval(a) na razpisih, sta navedla razloge, zakaj ni(sta) oddal(a) ponudbe. Za javna naročila Lekarne Ljubljana sta navedla, da sta obe podjetji prevzeli dokumentacijo za javno naročilo v letu 2006, vendar Farmadent ni izpolnjeval pogoja glede časa dobav (2 uri), ker je imel skladišče v Mariboru in še ni bilo popolne avtocestne povezave med Mariborom in Ljubljano, Gopharm pa ni izpolnjeval pogoja glede obsega dobav v zadnjih treh letih. Za ostala javna naročila pri Lekarni Ljubljani nista dala nobenega pojasnila. Glede Dolenjskih lekarn sta navedla, da nista oddala ponudbe zaradi oddaljenosti skladišč, zaradi česar nista mogli zagotoviti redne dobave zdravil v dolenjski regiji, in da je ponudbo oddalo podjetje Hygia d.o.o. Mestnim lekarnam nista oddala ponudbe zaradi oddaljenosti skladišč, zaradi česar nista mogli zagotoviti redne dobave zdravil v osrednjeslovenski regiji. Tudi Lekarni Ribnica zaradi oddaljenosti skladišč nista mogli zagotoviti redne dobave zdravil v na območju Ribnice. Za Gorenjske lekarne nista dali pojasnila.
190. Agencija ugotavlja, da sta Farmadent in Gopharm podala ustrezna pojasnila, ki jih je mogoče šteti za okoliščine, ki dejstva, ki jih je ugotovila Agencija, prikazujejo drugače in

³⁶⁶ Glej npr. str. 57 in 58 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija.

tako omogočajo, da se razlaga dejstev, ki jo je podala Agencija, nadomesti z drugo, le v primerih postopka oddaje javnega naročila, ki ga Lekarna Ljubljana objavila v letu 2006, in v primeru Dolenjskih lekarn. Oddaljenost skladišč, zaradi česar naj ne bi mogli zagotoviti redne dobave zdravil, pa po oceni Agencije ni okoliščina, ki bi nadomestila razlago Agencije z drugo, saj celo Farmadent sam navaja v letnem poročilu, da je od leta 2008 dalje sposoben dostavljati celoten asortiman lekarnam in da lahko družba Farmadent oziroma skupina Farmadent (kamor sodita družbi Gopharm in Hygia) od leta 2008 dalje oskrbi vsakega kupca (lekarno) v eni uri (glej točko 40 odločbe). Zato Agencija utemeljeno sklepa, da dejstva, da Farmadent (družba Farmadent oziroma družbe v skupini Farmadent) vsaj od leta 2008 pri zgoraj navedenih naročnikih ni oddajal ponudb in tako konkuriral na razpisih s Salusom in Kemofarmacijo, ob upoštevanju vseh drugih elementov, ugotovljenih v tej odločbi, ni mogoče razložiti drugače kot tako, da gre za usklajeno ravnanje podjetij, ki se nanaša na delitev trga / javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom.

V.3.3 Stabilni deleži dobav posameznim javnim lekarniškim zavodom in stabilni tržni deleži veletrgovcev z zdravili

191. Pomembna okoliščina pri presoji ravnanj podjetij, na katere se nanaša predmetni postopek, so tudi tržni deleži veletrgovcev z zdravili in njihovi deleži dobav posameznim javnim lekarniškim zavodom. Ugotovitve Agencije glede tržnih deležev strank postopka se nahajajo v razdelku III.3.1 Ponudba pri opisu gospodarske panoge, ki je predmet postopka.
192. Agencija je pridobila podatke o strukturi (Tabela št. 3, ki se nahaja v Prilogi 7 odločbe) in vrednosti dobav zdravil po posameznih javnih lekarniških zavodih od leta 2005 dalje od vseh 24 javnih lekarniških zavodov (Tabela št. 4, ki se nahaja v Prilogi 7 odločbe), ki delujejo na območju Republike Slovenije in ki hkrati predstavljajo tudi največje kupce veletrgovcev z zdravili. Iz navedenih podatkov izhaja, da se je v obdobju od 2005 do 2011 skupna vrednost realiziranih nabav zdravil pri posameznih javnih lekarniških zavodih z leti le malenkostno spreminjala (glej tudi točki 81 in 83 odločbe). Navedeno je tudi odraz značilnosti te panoge, saj gre pri zdravilih za standardizirano blago, ki ga lekarne kupujejo periodično. To izhaja tudi iz postopkov oddaje javnih naročil za nakup zdravil in pogodb za nakup zdravil, ki so jih sklepale lekarne z veletrgovci z zdravili običajno z veljavnostjo enega leta. Agencija je pridobila podatke o naročanju zdravil vseh 24 javnih lekarniških zavodov v obdobju od leta 2005 do septembra 2012, tik pred izdajo PRD, iz katerih izhaja, da je 9 javnih lekarniških zavodov (Lekarna Ljubljana, Dolenjske lekarne, Mestne lekarne, Obalne lekarne, Goriška lekarna, Zasavske lekarne, Lekarna Velenje, Lekarna Ribnica in Gorenjske lekarne) pri nabavi zdravil vodilo postopke oddaje javnih naročil v skladu z veljavnimi predpisi s področja javnih naročil.³⁶⁷ Glavne značilnosti postopkov javnega naročanja so podane tudi v točki 80 odločbe).
193. Iz pridobljenih podatkov izhaja, da so bili v navedenem obdobju pri vseh 24 posameznih javnih lekarniških zavodih ves čas večinoma isti glavni dobavitelji zdravil (veletrgovci z zdravili) in da so bili ves čas tudi zelo podobni deleži dobav zdravil, ki so jih zagotavljali posamezni veletrgovci z zdravili. Pri večini javnih lekarniških zavodov sta bila med glavnimi dobavitelji zdravil oba največja veletrgovca z zdravili. Podjetje Kemofarmacija je v vsem relevantnem obdobju dobavljalo zdravila vsem 24 javnim lekarniškim zavodom (od tega enemu ni dobavljalo zdravil v obdobju od 2005 do vključno 2010). Podjetje Salus je v vsem relevantnem obdobju dobavljalo zdravila 23 javnim lekarniškim zavodom (od tega enemu ni dobavljalo zdravil v obdobju od 2005 do vključno 2009). Podjetje Farmadent je v vsem relevantnem obdobju dobavljalo zdravila 13 javnim lekarniškim zavodom (od tega enemu ni dobavljalo zdravil v obdobju od 2010 do vključno 2011), podjetje Gopharm pa 7 javnim lekarniškim zavodom (od tega enemu ni dobavljalo zdravil v letih 2005, 2007, 2008 in 2011). Podjetji Gopharm in Farmadent sta večinoma dobavljali različnim javnim lekarniškim zavodom, podjetje Farmadent zlasti na območju Podravske,

³⁶⁷ Tudi nekateri izmed ostalih javnih lekarniških zavodov (Mariborske lekarne, Celjske lekarne, Lekarne Ptuj) so si pri nabavi zdravil prizadevali voditi postopke oddaje javnih naročil, ki pa so se iz različnih razlogov predčasno ustavili ali se še v času posredovanja podatkov Agenciji niso končali (ni še nastopil rok za oddajo ponudb).

Savinjske, Koroške, Zasavske in Spodnjeposavske regije, podjetje Gopharm pa na območjih Goriške, Obalno-kraške, Notranjsko-kraške, JV Slovenije ter tudi Savinjske. Edini javni lekarniški zavod, kateremu sta dobavljali obe navedeni podjetji, je Lekarna Velenje, nobeno od njiju pa ni dobavljalo 7 javnim lekarniškim zavodom.

194. Iz navedenih podatkov, s katerimi Agencija razpolaga, tako izhaja, da so že vsaj od leta 2005 dalje deleži veletrgovcev pri dobavi zdravil na debelo vsem 24 javnim lekarniškim zavodom zelo stabilni, pri čemer je mogoče tudi zaključiti, da večinoma dobavljajo zdravila ves čas isti dobavitelji v enakih vrednostih oziroma razmerjih glede na celotne potrebe posameznih kupcev, to je javnih lekarniških zavodov, ki nabavljajo zdravila pri veletrgovcih. Prav tako so stabilni tržni deleži veletrgovcev z zdravili, ki se skozi leta skoraj niso spreminjali (glej na primer točko 61 odločbe in naslednje).
195. Glede dobavljanja zdravil 9 javnim lekarniškim zavodom, ki so vodila postopke javnega naročanja za dobavo zdravil na katere se nanaša ta odločba, Agencija tudi ugotavlja, da realizirani deleži dobav tem javnim lekarniškim zavodom v večini primerov niso odstopali od pogodbeno dogovorjene okvirne vrednosti dobav zdravil, kar tudi kaže na to, da so se pogodbeno stranke držale dogovorjenega.

Opredelitev do navedb strank

196. Salus je v izjavi o PRD ugotovitvi Agencije o stabilnosti deležev veletrgovcev pri dobavi zdravil na debelo vsem 24 javnim lekarniškim zavodom nasprotoval in navedel, da se pri komentarju navedb Agencije o stabilnosti deležev opredeljuje zgolj do navedb glede 9 javnih lekarniških zavodov. Opozoril je, da mu Agencija ni razkrila deležev ostalih ponudnikov, zato ne more preveriti navedb o stabilnosti deležev posameznih ponudnikov na trgu. Ugovarja, da je Agencija pridobila podatke samo za leti 2010 in 2011, tako da na podlagi teh podatkov nikakor ne more utemeljeno sklepati o stabilnosti tržnih deležev skozi daljše obdobje. Salus je tudi navedel, da si prizadeva pridobiti naročila, pri tem pa je treba seveda upoštevati kapacitete, s katerimi podjetje razpolaga. Te pa glede na kratkotrajen rok trajanj zdravil ter poteka veljavnosti registracije zdravil nikakor ne bi zadoščale za oskrbovanje vseh kupcev zdravil na celotnem območju Republike Slovenije, v vsakem danem trenutku. Podatki iz PRD po oceni Salusa kažejo, da se tržni deleži na trgu dejansko spreminjajo. Ti se spreminjajo v manjšem obsegu zaradi omejenega števila ponudnikov na trgu, ki so sposobni zadostiti povpraševanju velikih javnih lekarniških zavodov, ter prakse javnih lekarniških zavodov, da naročila delijo med več ponudnikov. Navaja, da iz ekonomske študije, ki jo je priložil izjavi o PRD, tudi izhaja, da so ob upoštevanju dejanske realizacije naročil za posamezni javni lekarniški zavod izkazane razlike v obsegu naročil in s tem nihanje tržnih deležev: (i) pri Lekarni Ljubljana v letu 2010 ■% in v letu 2011 ■%, kar je ■ odstotnih točk, (ii) Dolenjskih lekarnah od ■% do ■%, kar je razlika ■ odstotne točke, (iii) enako Lekarni Ribnica ■ odstotne točke, (iv) ostale lekarne razlika ■.
197. Agencija najprej pojasnjuje, da je iz PRD in te odločbe razvidno, da je pridobivala podatke o tržnih deležih veletrgovcev z zdravili in njihovih deležih dobav posameznim javnim lekarniškim zavodom od leta 2005 dalje, zato ne drži navedba, da je Agencija pridobila podatke samo za leti 2010 in 2011 in da na podlagi teh podatkov nikakor ne more utemeljeno sklepati o stabilnosti tržnih deležev skozi daljše obdobje. Agencija nadalje zavrača kot neutemeljene ugovore Salusa, da se tržni deleži spreminjajo v manjšem obsegu zaradi omejenega števila ponudnikov na trgu, ki so sposobni zadostiti povpraševanju velikih javnih lekarniških zavodov, ter prakse javnih lekarniških zavodov, da naročila delijo med več ponudnikov. Agencija poudarja, da čeprav je na trgu dobave zdravil na debelo manjše število sposobnih ponudnikov, to ne more biti razlog, da se tržni deleži veletrgovcev skoraj ne spreminjajo. Sploh pa ni mogoče utemeljevati z majhnim številom ponudnikov na trgu dejstva, da že leta javnim lekarniškim zavodom dobavljajo ista podjetja v deležih, kjer prihaja do minimalnih nihanj oziroma sprememb. Racionalno obnašanje podjetij, ki so vsa sposobna dobavljati zdravila na območju celotne Slovenije, kar tudi sama navajajo (glej na primer točko 40 odločbe), bi bilo, da si prizadevajo pridobiti dodatne kupce (javne lekarniške zavode) in večji obseg naročil pri posameznih kupcih, kar pa ne izhaja iz dejstev, ugotovljenih v predmetnem postopku. Nihanje deležev

dobav posameznim javnim lekarniškim zavodom po oceni Agencije glede na ugotovitve v odločbi nikakor ni mogoče pojasniti kot rezultat konkuriranja med podjetji, temveč je edina možna razlaga, da so posledica predhodno sklenjenih dogovorov pri naročnikih, javnih lekarniških zavodih, ki so se držali dogovora, v kakšnih deležih morajo naročiti zdravila pri izbranih ponudnikih (veletrgovcih z zdravili). V teh dogovorih glede razdelitve javnih naročil oziroma dobav zdravil pa je bilo, kot je bilo že na več mestih obrazloženo, dogovorjeno, da se razdelijo javna naročila glede na deleže predhodnih dobav.³⁶⁸ Zato je treba minimalna nihanja med deleži dobav podjetij posameznim javnim lekarniškim zavodom po oceni Agencije pripisati ravnanju javnih lekarniških zavodov, ki so morali glede na sklenjene dogovore (pogodbe, okvirne sporazume) naročiti zdravila pri različnih podjetjih in se držati dogovora glede odstotkovno določenih deležev dobav, ki naj bi pripadali posameznim veletrgovcem z zdravili, kjer pa je pri izračunih (naročnikov ali Agencije) lahko prišlo do manjših razlik, ki pa so glede na ostale podatke zanemarljive.

198. Glede na zgoraj navedeno Agencija zavrača kot neutemeljene tudi pavšalne navedbe Farmadenta, da ne drži, da se deleži strank niso spreminjali, da za to Agencija ne ponudi nobenega dokaza in da je neutemeljen očitek Agencije, da naj se tržni deleži strank ne bi spreminjali zaradi medsebojnih usklajevanj z namenom stabilizacije tržnih deležev.

V.3.4 Zaključki Agencije

199. Na podlagi zgoraj navedenih dejstev in dokazov Agencija ugotavlja, da so se podjetja Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm v relevantnem obdobju usklajevala oziroma dogovarjala o delitvi javnih naročil javnim lekarniškim zavodom v skladu z deleži dobav v preteklem obdobju z namenom ohranjanja njihovih tržnih deležev. Navedene ugotovitve izhajajo zlasti iz sporazumov oziroma dogovorov, sklenjenih pri naročnikih Zasavske lekarne, Lekarna Velenje in Lekarna Ribnica. Dodatno utrujejo prepričanje Agencije tudi ugotovitve, da Farmadent (družba Farmadent oziroma družbe v skupini Farmadent) vsaj od leta 2008 pri nekaterih naročnikih ni oddajal ponudb in tako konkuriral na razpisih s Salusom in Kemofarmacijo, ter ugotovitve o stabilnih deležih dobav posameznim javnim lekarniškim zavodom že od leta 2005 dalje. Agencija zaključuje, ob upoštevanju tudi vseh drugih elementov, ugotovljenih v tej odločbi, da opisanega ravnanja naslovnikov odločbe ni mogoče razložiti drugače kot tako, da gre za sporazum oziroma usklajeno ravnanje podjetij, ki se nanaša na delitev trga / javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom z namenom stabilizacije njihovih deležev na trgu.

V.4 Zaključki Agencije

200. Agencija zaključuje, da dejstva in dokazi, predstavljeni v tej odločbi, izkazujejo obstoj kršitve in utemeljujejo prepričanje, da gre pri zatrjevanih kršitvah za omejevanje konkurence v smislu prvega odstavka 6. člena ZPOMK-1 ter prvega odstavka 101. člena PDEU (prej 81. člen PES). Agencija ugotavlja, da gre v obravnavanem primeru za takšna ravnanja oziroma serijo ravnanj podjetij, ki so med seboj tako povezana, da se pokažejo kot celota, posamezna ravnanja pa kot posamezni deli te celote.³⁶⁹ Agencija meni, da obstajajo določeni skupni elementi, ki povezujejo ravnanja podjetij v celoto, ne glede na dejstvo, da so bila podjetja, na katera se ta odločba nanaša, udeležena v kartelu z različno intenzivnostjo in v različnih obdobjih. Temeljna ideja o stabilizaciji trga in zmanjševanju intenzivnosti konkurence med zadevnimi podjetji pri nastopanju na razpisih javnih lekarniških zavodov izhaja iz narave informacij, izmenjanih v zadevnem obdobju, ki so vsebovale podatke o poslovnih strategijah na trgu, zlasti na priznavanje popustov kupcem lekarnam, ter iz vsebine zapisnikov sestankov (dogovorov) pri naročnikih javnih lekarniških zavodih, ki so se nanašali na vzdrževanje *statusa quo* na trgu in delitev konkretnih javnih naročil, posledično pa so si podjetja ves čas kršitve prizadevala ravnati

³⁶⁸ Navedeno izhaja iz dokazov, s katerimi razpolaga Agencija in ki izkazujejo, da so se ponudniki (konkurenti) v določenih primerih (na primer pri Zasavskih lekarnah, Lekarni Velenje in Lekarni Ribnica) o razdelitvi javnega naročila na navedeni način uskladila kar pred naročnikom, ki je nato tudi oddal javno naročilo glede na pretekle deleže dobav.

³⁶⁹ Skupni elementi, ki povezujejo ravnanja podjetij v celoto, so podrobneje opisani in obrazloženi v razdelku VI.3.6 Enotna, kompleksna in trajajoča kršitev.

čim bolj usklajeno. Z odpravljanjem medsebojne negotovosti v fazi oddaje ponudb so tako na škodo ZZSZ, ki je končni plačnik številnih zdravil, ki jih lekarne izdajajo na recept, javnih lekarniških zavodov in tudi končnih kupcev/pacientov zdravil, ki v lekarnah kupujejo OTC zdravila, lahko postavljala višje cene, kot bi jih v nasprotnem primeru, v konkretnem primeru so bile to v večini primerov (v razmerju do ZZSZ) celo najvišje dovoljene cene zdravil oziroma vrednosti. Poleg tega pa je odpravljanje medsebojne negotovosti v fazi oddaje ponudb podjetjem omogočilo, da so si delila konkretna javna naročila, saj je bilo s tem, ko so bile vse ponudbe enake (oziroma znotraj tolerance), naročniku (javnemu lekarniškemu zavodu) onemogočena izbira med ponudniki glede na ceno oziroma vrednost njihovih ponudb, zaradi česar se je moral naročnik nato pogajati s ponudniki, ki pa v nobenem primeru niso odstopili od cen v ponudbah³⁷⁰, temveč je bil predmet pogajanj med naročnikom in ponudniki le kolikšen del naročila bo šel posameznemu ponudniku. Ponudniki, naslovniki te odločbe, pa so se uskladili med seboj in soglašali, da si delijo javno naročilo po deležih predhodnih dobav posameznemu javnemu lekarniškemu zavodu, kar je bilo kasneje tudi dogovorjeno s pogodбами z naročniki in tudi realizirano. Te zaključke Agencije potrjujejo tudi ugotovitve, da posameznim javnim lekarniškim zavodom dobavljajo zdravila vseskozi isti dobavitelji in da so njihovi deleži dobav zdravil javnim lekarniškim zavodom že leta stabilni.

201. Glede na navedeno Agencija ne dvomi, da je med veletrgovci z zdravili, na katere se ta odločba nanaša, obstajal skupen namen, da ne tekmujejo s cenami v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom in da si ta javna naročila med seboj razdelijo v skladu z obstoječimi deleži dobav posameznim naročnikom, javnim lekarniškim zavodom.

VI. PRESOJA RAVNANJ Z VIDIKA PRAVIL KONKURENCE

VI.1 Pristojnost Agencije

202. V skladu z 12. členom ZPOMK-1 je Agencija organ, ki je pristojen za nadzor nad izvajanjem določb ZPOMK-1 ter 81. in 82. člena PES (sedaj 101. in 102. člen PDEU). Z novelo ZPOMK-1 in sklepom o ustanovitvi Javne agencije RS za varstvo konkurence so bile z dnem začetka dela Agencije 1. 1. 2013, to je naslednji dan po vpisu v sodni register, na Agencijo prenesene zakonsko določene naloge in pristojnosti Urada RS za varstvo konkurence, ki je z dnem začetka dela Agencije prenehal kot organ v sestavi ministrstva. Agencija je prevzela vse nedokončane zadeve, ki jih je vodil Urad RS za varstvo konkurence.
203. Od 1. 5. 2004 dalje je Agencija pristojna, da v skladu z Uredbo Sveta o izvajanju pravil o konkurenci iz določb 81. in 82. člena Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti št. 1/2003/ES z dne 16. decembra 2002³⁷¹ (v nadaljevanju: Uredba 1/2003) vodi postopke o kršitvah določb 81. in 82. člena PES (sedaj 101. in 102. člen PDEU). Glede na to, da se ravnanja podjetij, ki predstavljajo kršitev, ugotovljeno v tej odločbi, nanašajo na obdobje po 1. 5. 2004, Agencija ugotavlja, da je glede na okoliščine tega primera potrebno v predmetni zadevi voditi postopek in uporabiti tudi določbe 81. člena PES oziroma sedaj 101. člena PDEU.

VI.2 Pojem podjetja

VI.2.1 Splošno

204. ZPOMK-1 v 1. točki tretjega člena opredeljuje pojem podjetje kot subjekt, ki opravlja gospodarsko dejavnost, ne glede na njegovo pravnoorganizacijsko obliko in lastninsko pripadnost.

³⁷⁰ Tako je na primer naročnik Mestne lekarne dne 11. 3. 2010 (potem, ko je bilo na odpiranju ponudb ugotovljeno, da sta obe podjetji oddali ponudbi z enakimi cenami) povabil predstavnika podjetij Kemofarmacija in Salus na ločena pogajanja z vsakim predstavnikom posebej, ki pa sta oba podala enaki izjavi, da ne odstopata od ponudb (da gre za cene v skladu s predpisi in zadnje ponudbene cene).

³⁷¹ Ur. l. L 1 z dne 4. 1. 2003.

205. Subjekt konkurenčnega prava je torej podjetje, ki je ekonomski pojem in ni enak pojmu pravne osebe v gospodarskem ali davčnem pravu. Podjetje, ki je sodelovalo v kršitvi, tako ni nujno isti subjekt, kot je točno določena pravna oseba v skupini gospodarskih družb, čigar zastopniki so se udeleževali kartelnih sestankov.³⁷² Pojem podjetje ni opredeljen v PDEU, vendar evropska sodna praksa pojasnjuje, da so naslovniki 101. člena PDEU (prej 81. člen PES) gospodarske enote, ki so vsaka zase enotna organizacija osebnih, opredmetenih in neopredmetenih elementov, ki trajno sledi določenemu gospodarskemu cilju, in so lahko soudeležene pri kršitvi iz te določbe.³⁷³ Pojem podjetja torej označuje gospodarsko enoto z vidika predmeta zadevne kršitve.³⁷⁴
206. V konkurenčnem pravu Unije se priznava, da različne družbe, ki pripadajo isti skupini, sestavljajo gospodarski subjekt ter torej podjetje v smislu členov 101 in 102 PDEU (prej člena 81 in 82 PES), če zadevne družbe ne določajo samostojno svojega ravnanja na trgu.³⁷⁵ Protikonkurenčno ravnanje podjetja se torej lahko pripiše drugemu podjetju, če prvo svojega ravnanja na trgu ni določilo neodvisno, temveč je v glavnem sledilo navodilom drugega podjetja, zlasti ob upoštevanju gospodarskih in pravnih povezav med njima.³⁷⁶

VI.2.2 Pripisovanje solidarne odgovornosti matični družbi za kršitev hčerinske družbe

207. Ravnanje hčerinske družbe se lahko pripiše matični družbi, zlasti kadar – čeprav je ločena pravna oseba – ta hčerinska družba o svojem ravnanju na trgu ne odloča samostojno, ampak večinoma ravna v skladu z navodili matične družbe³⁷⁷, pri čemer je treba upoštevati zlasti gospodarske, organizacijske in pravne povezave med tema pravnima enotama³⁷⁸.
208. V takšnem primeru sta namreč matična družba in njena hčerinska družba del iste gospodarske enote in zato tvorita eno samo podjetje v smislu tega, da je treba pojem podjetja, postavljen v kontekst konkurenčnega prava, razumeti, kot da označuje gospodarsko enoto, čeprav s pravnega vidika to gospodarsko enoto sestavlja več fizičnih ali pravnih oseb.³⁷⁹ Torej ne odnos napeljevanja h kršitvi med matično in hčerinsko družbo ali celo vpletenost prve v navedeno kršitev, ampak dejstvo, da obe tvorita samo eno podjetje v smislu 6. člena ZPOmK-1 ter 101. člena PDEU (prej 81. člen PES), omogoča organu, da naslovi odločbo na matično družbo.³⁸⁰
209. V zvezi z vprašanjem, kdaj podjetje svojega ravnanja na trgu ne določa samostojno, temveč v glavnem sledi navodilom svoje matične družbe, iz sodne prakse izhaja, da

³⁷² Odločba Komisije COM (2007) 5007 konč. z dne 29. novembra 2006 v zvezi s postopkom na podlagi člena 81 ES in člena 53 Sporazuma EGP (Zadeva št. COMP/F/38.638 – butadienski kavčuk in emulzijski stiren-butadienski kavčuk), točka 333 obrazložitve in nasl.

³⁷³ Sodbi Sodišča prve stopnje z dne 17. decembra 1991 v zadevi Enichem Anic proti Komisiji, T-6/89, Recueil, str. II-1623, točka 235, in z dne 10. marca 1992 v zadevi Shell proti Komisiji, T-11/89, Recueil, str. II-757, točka 311.

³⁷⁴ Sodba Sodišča z dne 12. julija 1984 v zadevi Hydrotherm Gerätebau, 170/83, Recueil, str. 2999, točka 11, ter sodbi Sodišča prve stopnje z dne 29. junija 2000 v zadevi DSG proti Komisiji, T-234/95, Recueil, str. II-2603, točka 124, in z dne 15. septembra 2005 v zadevi DaimlerChrysler proti Komisiji, T-325/01, ZOdl., str. II-3319, točka 85.

³⁷⁵ Sodba Sodišča z dne 14. julija 1972 v zadevi Imperial Chemical Industries proti Komisiji, 48/69, Recueil, str. 619, točki 132 in 133, in sodba Sodišča prve stopnje z dne 30. septembra 2003 v zadevi Michelin proti Komisiji, T-203/01, Recueil, str. II-4071, točka 290.

³⁷⁶ Sodba Sodišča z dne 28. junija 2005 v združenih zadevah Dansk Rørindustri in drugi proti Komisiji, C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P in C-213/02 P, ZOdl., str. I-5425, točka 117.

³⁷⁷ Sodbe Sodišča z dne 14. julija 1972 v zadevi Imperial Chemical Industries proti Komisiji, 48/69, Recueil, str. 619, točki 132 in 133, in z dne 14. julija 1972 v zadevi Geigy proti Komisiji, 52/69, Recueil, str. 787, točka 44, in z dne 21. februarja 1973 v zadevi Europemballage in Continental Can proti Komisiji, 6/72, Recueil, str. 215, točka 15.

³⁷⁸ Glej po analogiji sodbi Sodišča z dne 28. junija 2005 v združenih zadevah Dansk Rørindustri in drugi proti Komisiji, C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P in C-213/02 P, ZOdl., str. I-5425, točka 117, in z dne 11. decembra 2007 v zadevi ETI in drugi, C-280/06, ZOdl., str. I-10893, točka 49.

³⁷⁹ Sodba Sodišča z dne 14. decembra 2006 v zadevi Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, ZOdl., str. I-11987, točka 40, in sodba Sodišča prve stopnje z dne 15. septembra 2005 v zadevi DaimlerChrysler proti Komisiji, T-325/01, ZOdl., str. II-3319, točka 85.

³⁸⁰ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 12. decembra 2007 v zadevi Akzo Nobel in drugi proti Komisiji, T-112/05, ZOdl., str. II-5049, točka 58.

morata biti kumulativno izpolnjena dva pogoja: na eni strani mora imeti matična družba možnost, da odločilno vpliva na hčerinsko podjetje, na drugi strani pa mora ta vpliv dejansko izvajati.³⁸¹ Pri čemer iz sodne prakse izhaja, da ni pomembno, ali je matična družba le holding, ki se ukvarja s finančnimi in strateškimi odločitvami oziroma, da sta matična in hčerinska družba dejavni na različnih proizvodnih trgih.³⁸²

210. V posebnem primeru, ko je matična družba stoddotna lastnica kapitala svoje hčerinske družbe, ki je kršila pravila o konkurenci, ima ta matična družba na eni strani možnost odločilnega vplivanja na ravnanje te hčerinske družbe³⁸³, na drugi strani pa obstaja ovrgljiva domneva, da ta matična družba dejansko odločilno vpliva na ravnanje svoje hčerinske družbe³⁸⁴. Poleg tega je mogoče domnevo, ki izhaja iz lastništva celotnega kapitala, uporabiti ne samo če obstaja neposredna povezava med matično družbo in njeno hčerinsko družbo, temveč tudi v primeru ko je ta povezava posredna, prek vmesne hčerinske družbe.³⁸⁵

VI.2.3 Uporaba v konkretnem primeru

VI.2.3.1 Splošno

211. V predmetni zadevi Agencija ugotavlja, da so naslovniki te odločbe podjetja v smislu 6. člena ZPOmK-1 ter 101. člena PDEU (prejšnji 81. člen PES). Podjetji Kemofarmacija in Salus sta skladno z Zakonom o gospodarskih družbah³⁸⁶ (v nadaljevanju: ZGD-1) delniški družbi, podjetji Farmadent in Gopharm pa družbi z omejeno odgovornostjo.

VI.2.3.2 Pripisovanje solidarne odgovornosti matični družbi za kršitev hčerinske družbe

Podjetje Farmadent

212. Agencija iz podatkov iz sodnega registra na spletni strani AJ PES³⁸⁷ in navedb v letnih poročilih družb Gopharm³⁸⁸ in Farmadent³⁸⁹ ugotavlja, da Farmadent kot matična družba odločilno vpliva na poslovno politiko hčerinske družbe Gopharm. Družba Farmadent ima namreč neposredni nadzor nad družbo Gopharm na podlagi 100% kapitalskega deleža v tej družbi.
213. Na podlagi pripisovanja odgovornosti za kršitev hčerinske družbe matični družbi Agencija ugotavlja, da je družba Farmadent solidarno odgovorna za kršitve družbe Gopharm, ki se ji očitajo v predmetnem postopku, saj ima Farmadent na podlagi neposrednega nadzora možnost, da odločilno vpliva na družbo Gopharm ter hkrati ta vpliv dejansko izvaja, kar izhaja iz naslednjih strukturnih in organizacijskih povezav: (i) v letnih poročilih družbe Farmadent je družba Gopharm navedena kot ena od družb, ki sestavljajo skupino Farmadent, pri čemer Farmadent posebej izpostavlja, da lahko (od nakupa družb Gopharm in Hygia) podjetje oziroma skupina Farmadent oskrbi vsakega kupca (lekarno) v eni uri, (ii) poleg tega Gopharm v svojem letnem poročilu navaja, da povezava s strateškim partnerjem (to je družbo Farmadent) družbi pomaga pri doseganju zastavljenih

³⁸¹ Sodba Sodišča z dne 14. julija 1972 v zadevi Imperial Chemical Industries proti Komisiji, 48/69, Recueil, str. 619, točka 137.

³⁸² Sodba Sodišča prve stopnje z dne 30. septembra 2009 v zadevi Arkema proti Komisiji, T-168/05, točka 53, in sodba Splošnega sodišča z dne 13. julija 2011 v zadevi Shell Petroleum in drugi proti Komisiji, T-38/07, točka 70.

³⁸³ Sodba Sodišča z dne 14. julija 1972 v zadevi Imperial Chemical Industries proti Komisiji, 48/69, Recueil, str. 619, točki 136 in 137.

³⁸⁴ Sodba Sodišča z dne 25. oktobra 1983 v zadevi AEG-Telefunken proti Komisiji, 107/82, Recueil, str. 3151, točka 50, in sodba Sodišča prve stopnje z dne 20. aprila 1999 v združenih zadevah Limburgse Vinyl Maatschappij in drugi proti Komisiji, imenovana „PVC II“, od T-305/94 do T-307/94, od T-313/94 do T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 in T-335/94, Recueil, str. II-931, točki 961 in 984.

³⁸⁵ Sodba Splošnega sodišča z dne 27. oktobra 2010 v zadevi Alliance One International in drugi proti Komisiji, T-24/05, točka 132.

³⁸⁶ Ur. l. RS, št. 65/09 - uradno prečiščeno besedilo, 83/09 Odl. US: U-I-165/08-10, Up-1772/08-14, Up-379/09-8, 33/11, 91/11, 100/11 Skl.US: U-I-311/11-5, 32/12, 57/12, 44/13 Odl.US: U-I-311/11-16.

³⁸⁷ Glej opis podjetja Farmadent v poglavju Stranke postopka.

³⁸⁸ Glej opis podjetja Gopharm v poglavju Stranke postopka.

³⁸⁹ Glej opis podjetja Farmadent v poglavju Stranke postopka.

ciljev in da so sinergijski učinki prisotni predvsem na nabavnem področju, kar potrjujejo tudi dokumenti, pridobljeni med preiskavo v družbi Farmadent³⁹⁰. Na podlagi navedenega Agencija ugotavlja, da Farmadent dejansko vpliva odločilno na ravnanje svoje hčerinske družbe in da tvorita družbi ekonomsko celoto, zato zaključuje, da je družba Farmadent solidarno odgovorna za vsa dejanja družbe Gopharm v predmetnem postopku od pridobitve dejanskega nadzora **dne 27. 5. 2009**, to je datum vstopa družbe Farmadent v družbo Gopharm, razviden iz sodnega registra na spletni strani AJPES, in datum, ko je sprejela družba Farmadent kot edini družbenik akt o ustanovitvi d.o.o. in imenovala direktorico družbe Gopharm³⁹¹.

214. S prej navedenimi ugotovitvami Agencije, da Farmadent odločilno vpliva na ravnanje svoje hčerinske družbe Gopharm, kar ima za posledico, da obe podjetji tvorita ekonomsko celoto, se v izjavi o PRD izrecno strinjata tudi Farmadent in Gopharm.³⁹² V zvezi z ugovorom strank postopka, da bi morala Agencija postopek zoper Gopharm ustaviti, pa Agencija pojasnjuje, da je v tej odločbi ugotovljeno, da je podjetje Gopharm sodelovalo pri kršitvi že pred vstopom družbe Farmadent v družbo Gopharm, zato podjetje Gopharm v obdobju pred 27. 5. 2009 samostojno odgovarja za kršitev in je posledično napačno stališče strank postopka, da bi morala Agencija postopek zoper Gopharm ustaviti.

VI.2.4 Zaključek

215. Glede na navedeno Agencija v tem delu zaključuje, da so vse stranke, na katere je naslovljena ta odločba, podjetja v smislu 6. člena ZPOmK-1 ter 101. člena PDEU (prej 81. člen PES) ter da so ta podjetja odgovorna za očitane kršitve.

VI.3 Prepoved omejevalnih sporazumov, sklepov podjetniških združenj in usklajenih ravnanj (6. člen ZPOmK-1 in 101. člen PDEU, prej 81. člen PES)

VI.3.1 6. člen ZPOmK-1

216. ZPOmK-1 v prvem odstavku 6. člena določa, da so prepovedani in nični sporazumi med podjetji, sklepi podjetniških združenj in usklajena ravnanja (v nadaljevanju tudi: sporazumi), katerih cilj ali učinek je preprečevati, omejevati ali izkrivljati konkurenco na ozemlju Republike Slovenije. Zlasti je prepovedano neposredno ali posredno določanje nakupnih ali prodajnih cen ali drugih poslovnih pogojev, omejevanje ali nadziranje proizvodnje ali prodaje, razdelitev trga ali vira nabave med udeleženci. Navedene prepovedi ZPOmK-1 določa zgolj primeroma in torej ne izključuje prepovedi drugih sporazumov, ki izpolnjujejo elemente generalne klavzule iz prvega odstavka citiranega člena.
217. Agencija na tem mestu pojasnjuje, da je prepoved sporazumov med podjetji o pogojih poslovanja na trgu, katerih cilj ali učinek je preprečevati, ovirati ali izkrivljati konkurenco v Republiki Sloveniji, vseboval tudi prejšnji Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence³⁹³ (v nadaljevanju: ZPOmK), ki je veljal od 14. 7. 1999 do začetka veljavnosti ZPOmK-1, to je do 26. 4. 2008.

VI.3.2 101. člen PDEU (prej 81. člen PES)

218. 101. člen PDEU (prej 81. člen PES) prepoveduje sporazume med podjetji, sklepe podjetniških združenj in usklajena ravnanja, ki bi lahko prizadeli trgovino med državami članicami in katerih cilj oziroma posledica je preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence na skupnem trgu. Tudi ta člen primeroma navaja v točki 216 odločbe navedene prepovedi.

³⁹⁰ Dokument opr. št. 306-45/2010-25, mapa 1, zaporedna št. 1 in dokument opr. št. 306-45/2010-25, mapa 5, zaporedna št. 3.

³⁹¹ Glej tudi zbirko listin v sodnem registru na spletni strani AJPES.

³⁹² Izjava o PRD podjetij Farmadent in Gopharm, str. 5.

³⁹³ Ur. l. RS, št. 64/2007 - uradno prečiščeno besedilo.

219. Navedeni člen PDEU (oziroma PES) prav tako kot 6. člen ZPOmK-1 prepoveduje omejevalna ravnanja s to razliko, da se kot pogoj za uporabo določb 101. člena PDEU (prej 81. člena PES) zahteva možnost vpliva tovrstnih ravnanj na trgovanje med državami članicami EU. Obrazložitev vpliva tovrstnih ravnanj na trgovanje med državami članicami EU v obravnavanem primeru se nahaja v nadaljevanju te odločbe.

VI.3.3 Sporazum in/ali usklajeno ravnanje

220. Sporazumi med podjetji, sklepi podjetniških združenj in usklajena ravnanja, (ki bi lahko prizadeli trgovino med državami članicami) in katerih cilj ali učinek je preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence na trgu Republike Slovenije in/ali na skupnem trgu, so, tako na podlagi 6. člena ZPOmK-1 kot tudi 101. člena PDEU (prej 81. člen PES), prepovedani.
221. V skladu z uveljavljeno sodno prakso pojma »sporazum« in »usklajeno ravnanje« v smislu 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU zajemata oblike usklajevanja in sodelovanja med podjetji (»collusion«), ki so iste vrste in se razlikujejo le po intenzivnosti in izraznih oblikah.³⁹⁴
222. Pojem sporazum je treba interpretirati zelo široko. Za sporazum gre v primeru, ko se podjetja oziroma stranke sporazumejo o skupnem načrtu, ki omejuje ali lahko omejuje njihovo samostojno sprejemanje poslovnih odločitev, tako da določijo okvir njihovega vzajemnega ravnanja oziroma način, kako se vzdržati določenega ravnanja na trgu. V skladu z uveljavljeno sodno prakso velja, da za obstoj sporazuma v smislu 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU (prej 81. člen PES) zadostuje, da zadevna podjetja izrazijo skupno voljo, da bodo na trgu ravnala na določen način.³⁹⁵ Glede oblike izražanja te skupne volje zadošča, da je izjava izraz volje podjetij, da na trgu ravnajo v skladu z njo.³⁹⁶ Sporazum je lahko usten ali pisen, pri čemer se ne zahteva nobene obličnosti, niti pogodbenih kazni v primeru njegovega nespoštovanja. Ni pomembno, kako je volja strank sporazuma izražena, temveč zadostuje zavedanje strank sporazuma o doseženem soglasju, kar pa lahko izhaja iz določenega ravnanja strank.³⁹⁷
223. Glede opredelitve pojma usklajenega ravnanja je v sodni praksi uveljavljeno, da gre pri takem ravnanju za obliko usklajevanja med podjetji, ki konkurenco, ki je povezana s tveganji, zavestno nadomesti z dejanskim sodelovanjem, brez da bi prišlo do sklenitve sporazuma (v pravem pomenu).³⁹⁸ Čeprav 6. člen ZPOmK-1 in 101. člen PDEU (prej 81. člen PES) razlikujeta med pojmom »sporazumi« in »usklajena ravnanja«, je njun namen prepovedati usklajevanje med podjetji, s katerim se konkurenco, ki je povezana s tveganji, zavestno nadomesti z dejanskim sodelovanjem, brez da bi prišlo do sklenitve sporazuma.³⁹⁹ Torej lahko ravnanje podjetij predstavlja usklajeno ravnanje v smislu določbe 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU (prej 81. člen PES) tudi v primeru, ko stranke niso izrecno pristale k skupnemu načrtu, ki določa način njihovega ravnanja na

³⁹⁴ Sodbi Sodišča z dne 8. julija 1999 v zadevi Komisija proti Anic Participazioni, C-49/92 P, Recueil, str. I-4125, točki 131 in 132, in z dne 4. junija 2009 v zadevi T-Mobile Netherlands in drugi proti NMa, C-8/08, ZOdL, str. I-04529, točka 23.

³⁹⁵ Sodbe Sodišča prve stopnje z dne 17. decembra 1991 v zadevi Hercules Chemicals proti Komisiji, T-7/89, Recueil, str. II-1711, točka 256, z dne 20. aprila 1999 v združenih zadevah Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. in drugi proti Komisiji, T-305/94 idr. (zadeva PVC II), Recueil, str. II-931, točka 715, in z dne 20. marca 2002 v zadevi HFB Holdings in drugi proti Komisiji, T-9/99, Recueil, str. II-1487, točka 199.

³⁹⁶ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 14. oktobra 2004 v zadevi Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG proti Komisiji, T-56/02, ZOdL, str. II-03495, točka 60.

³⁹⁷ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 20. marca 2002 v zadevi HFB Holdings in drugi proti Komisiji, T-9/99, Recueil, str. II-1487, točke od 199 do 207.

³⁹⁸ Sodbe Sodišča z dne 16. decembra 1975 v združenih zadevah Suiker Unie in drugi proti Komisiji, 40/73 idr., Recueil, str. 1663, točka 26, z dne 27. septembra 1988 v združenih zadevah Ahlström Osakeyhtiö in drugi proti Komisiji, C-89/85 idr., Recueil, str. I-1307, točka 63, z dne 8. julija 1999 v zadevi Komisija proti Anic Participazioni, C-49/92 P, Recueil, str. I-4125, točka 115, z dne 8. julija 1999 v zadevi Hüls AG proti Komisiji, C-199/92 P, Recueil, str. I-04287, točka 158, in z dne 4. junija 2009 v zadevi T-Mobile Netherlands in drugi proti NMa, C-8/08, ZOdL, stran I-04529, točka 26.

³⁹⁹ Sodba Sodišča z dne 14. julija 1972 v zadevi Imperial Chemical Industries proti Komisiji, 48/69, Recueil, str. 619, točka 64.

trgu, ampak zavestno vzpostavijo oziroma se poslužijo sredstev, ki olajšajo usklajevanje njihovega ravnanja na trgu.⁴⁰⁰ Iz sodne prakse tudi izhaja, da izmenjava informacij o dobavah vsakega izmed v kartelu udeleženih podjetij, ki ne obsega zgolj informacije o preteklih dobavah, ampak je namenjena olajšati nadzorovanje tekočih dobav, z namenom zagotavljanja ustrezne učinkovitosti kartela, predstavlja usklajeno ravnanje.⁴⁰¹

224. V skladu z uveljavljeno sodno prakso glede izmenjave informacij med konkurenti je obstoj usklajevanja in sodelovanja med podjetji, ki pomenita usklajeno ravnanje, treba presoјati v smislu pojmovanja pravil konkurence, v skladu s katerimi naj se vsak gospodarski subjekt neodvisno odloča, kakšno poslovno politiko namerava voditi na trgu.⁴⁰² Čeprav ta zahteva po neodvisnosti ne izključuje pravice podjetij, da bi se razumno prilagodila obstoječemu ali pričakovanemu ravnanju svojih konkurentov, ne sme priti do kakršnih koli neposrednih ali posrednih stikov med njimi, ki bi vplivali na ravnanje dejanskega ali potencialnega konkurenta na trgu bodisi bi takemu konkurentu razkrili svoje odločitve, ki so jo sprejeli ali jo nameravajo sprejeti v zvezi s svojim ravnanjem na trgu, kadar je cilj ali končna posledica teh stikov (upoštevajoč naravo proizvodov/storitev, velikost in število podjetij ter tudi velikost trga) vzpostavitev konkurenčnih razmer, ki ne ustrezajo normalnim razmeram na zadevnem trgu.⁴⁰³ Na močno skoncentriranem oligopolnem trgu izmenjava informacij podjetjem omogoča, da se seznanijo s položajem na trgu in poslovno strategijo konkurentov in tako občutno spremenijo konkurenco med gospodarskimi subjekti. Iz tega sledi, da bi bila lahko izmenjava informacij med konkurenti v nasprotju s pravili konkurence, če zmanjšuje ali odpravlja stopnjo negotovosti pri delovanju zadevnega trga, zaradi česar bi bila omejena konkurenca med podjetji.⁴⁰⁴ Če stranke ne dokažejo nasprotno, se domneva, da podjetja, ki so udeležena pri usklajevanju in so še naprej dejavna na trgu, pri odločanju, kako bodo ravnala na trgu, upoštevajo informacije, ki so jih izmenjala s konkurent. To velja toliko bolj, če je bilo usklajevanje redno v daljšem časovnem obdobju.⁴⁰⁵
225. Oba 6. člen ZPOmK-1 in 101. člen PDEU (prej 81. člen PES) prepovedujeta vsakršen neposreden ali posreden stik med gospodarskimi subjekti, ki bi bodisi vplival na ravnanje dejanskega ali potencialnega konkurenta na trgu bodisi bi takemu konkurentu razkril ravnanje na trgu, za katero se je podjetje odločilo ali ki ga namerava upoštevati, kadar je cilj ali učinek teh stikov omejiti konkurenco.⁴⁰⁶ Že samo dejstvo, da podjetje konkurentom sporoči podatke z namenom priprave protikonkurenčnega sporazuma, zadostuje za dokaz obstoja usklajenega ravnanja v smislu 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU (prej 81. člen PES).⁴⁰⁷ Pojem usklajenega ravnanja sicer dejansko predpostavlja obstoj vzajemnih stikov, vendar je ta pogoj izpolnjen, če konkurent namene ali prihodnje ravnanje na trgu razkrije konkurentu na njegovo željo ali če ta vsaj sprejme tako razkritje.⁴⁰⁸ Tako v skladu s sodno prakso že samo dejstvo, da je določeno podjetje prejelo informacije o konkurentu, ki jih neodvisen gospodarski subjekt sicer hrani kot

⁴⁰⁰ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 17. decembra 1991 v zadevi Hercules Chemicals proti Komisiji, T-7/89, Recueil, str. II-1711, točke od 255 do 261.

⁴⁰¹ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 6. aprila 1995 v zadevi Tréfilunion proti Komisiji, T-148/89, Recueil, str. II-1063, točka 72.

⁴⁰² Sodba Sodišča z dne 4. junija 2009 v zadevi T-Mobile Netherlands in drugi proti NMa, C-8/08, ZOdl., stran I-04529, točka 32 in navedena sodna praksa.

⁴⁰³ Sodbi Sodišča z dne 16. decembra 1975 v združenih zadevah Suiker Unie in drugi proti Komisiji, 40/73 idr., Recueil, str. 1663, točki 173 in 174, in z dne 4. junija 2009 v zadevi T-Mobile Netherlands in drugi proti NMa, C-8/08, ZOdl., str. I-04529, točka 33 in navedena sodna praksa.

⁴⁰⁴ Sodba Sodišča z dne 4. junija 2009 v zadevi T-Mobile Netherlands in drugi proti NMa, C-8/08, ZOdl., str. I-04529, točki 34 in 35 in navedena sodna praksa.

⁴⁰⁵ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 20. marca 2002 v zadevi HFB Holdings in drugi proti Komisiji, T-9/99, Recueil, str. II-1487, točka 216.

⁴⁰⁶ Sodbi Sodišča prve stopnje z dne 17. decembra 1991 v zadevi Enichem Anic proti Komisiji, T 6/89, Recueil, str. II 1623, točki 198 in 199, in Sodišča z dne 8. julija 1999 v zadevi Komisija proti Anic Participazioni, C-49/92 P, Recueil, str. I-4125, točki 116 in 117.

⁴⁰⁷ Sodbi Sodišča prve stopnje z dne 6. aprila 1995 v zadevi Tréfilunion proti Komisiji, T-148/89, Recueil, str. II-1063, točka 82, in z dne 8. julija 2008 v zadevi BPB proti Komisiji, T-53/03, ZOdl., str. II-1333, točka 178.

⁴⁰⁸ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 15. marca 2000 v združenih zadevah Cimenteries CBR in drugi proti Komisiji, T-25/95 idr., ZOdl. 2000, str. II-00491, točka 1849.

poslovno skrivnost, zadostuje za dokaz obstoja namena omejevanja konkurence.⁴⁰⁹ Takšna razkritja se lahko pojavijo na primer prek stikov s pošto, elektronsko pošto, telefonskimi klici, sestanki itd. Pri tem je nepomembno, ali samo eno podjetje enostransko obvesti svoje konkurente o svojem nameravanem tržnem obnašanju, ali pa vsa sodelujoča podjetja obveščajo druga drugo o zadevnih posvetovanjih in namerah. Kadar eno samo podjetje razkrije konkurentom strateške informacije o svoji prihodnji trgovinski politiki, to zmanjša strateško negotovost glede prihodnjih operacij na trgu za vse konkurente ter poveča tveganje za omejitev konkurence in tajnega dogovarjanja. Na primer, že samo navzočnost na sestanku, na katerem podjetje razkrije konkurentom svoje načrte v zvezi s cenami, je verjetno zajeta v 101. členu PDEU, tudi če ni izrecnega sporazuma, da se dvignejo cene. Kadar podjetje prejme od konkurenta strateške podatke (naj bo to na sestanku, po pošti ali elektronsko), se domneva, da je sprejelo informacije in ustrezno prilagodilo svoje ravnanje na trgu, razen če se odzove z jasno izjavo, da ne želi prejemati takih podatkov.⁴¹⁰ Iz sodbe v zadevi T-Mobile Netherlands (C-8/08)⁴¹¹ je razvidno stališče Sodišča, da glede na strukturo trga ni izključeno, da lahko zgolj en stik načeloma zadošča, da zadevna podjetja uskladijo svoje ravnanje na trgu in tako dosežejo dejansko sodelovanje, ki nadomešča konkurenco in tveganja, ki jih ta prinaša. Pogostost, intervale in način, kako konkurenti navezujejo stik drug z drugim za uskladitev svojega ravnanja na trgu, je treba presojati ob upoštevanju tako namena usklajevanja kot tudi okoliščin, povezanih s trgovom. Če namreč zadevna podjetja izvajajo omejevalni sporazum, ki vključuje kompleksno usklajevanje glede številnih vidikov njihovega ravnanja na trgu, bodo potrebovala redne stike v daljšem obdobju. Če pa je usklajevanje natančno določeno in je namenjeno poenotenju ravnanja na trgu glede zgolj enega vidika konkurence, bo lahko samo en stik zadoščal za uresničenje protikonkurenčnega cilja, ki mu sledijo zadevna podjetja. V teh okoliščinah je treba ugotoviti, da je od števila sestankov med zadevnimi podjetji pomembnejše dejstvo, ali so stik ali stiki podjetjem omogočili, da informacije, ki so jih izmenjala s konkurenti, upoštevajo pri odločanju, kako bodo ravnala na zadevnem trgu, ter da zavestno nadomestijo tveganja konkurence z medsebojnim dejanskim sodelovanjem. Če so ta podjetja ostala dejavna na tem trgu, je na njih breme, da predložijo dokaz, da to usklajevanje ni vplivalo na njihovo ravnanje na trgu.

226. Zgoraj navedeni evropski sodni praksi sledi tudi Vrhovno sodišče RS, ki je zavzelo stališče, da so elementi usklajenega ravnanja (i) oblika dejanskega stika med strankami, kjer pride do izmenjave informacij, (ii) konsenz oziroma usklajena volja med podjetji, da bodo sodelovala, namesto da bi si konkurirala, ter (iii) konsenzu sledi ravnanje na trgu, med njima pa je razmerje vzroka in posledice. V nadaljevanju se je Vrhovno sodišče RS tudi opredelilo, da je v določenih okoliščinah lahko usklajeno ravnanje ugotovljeno že na podlagi ravnanja podjetij na trgu (vzporednega obnašanja) in torej stika med udeleženci, kjer naj bi prišlo do izmenjave informacij, ni treba posebej dokazovati. To velja zlasti v primerih, ko je usklajeno ravnanje edina verjetna razlaga takega vzporednega obnašanja.⁴¹²
227. Tudi iz sodne prakse EU izhaja, da je vzporednost kakega ravnanja mogoče šteti kot dokaz o usklajenem ravnanju, če je usklajeno ravnanje edina verjetna razlaga.⁴¹³ V nedavni sodbi Splošnega sodišča⁴¹⁴ je sodišče uporabilo sodno prakso, razvidno iz

⁴⁰⁹ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 12. julija 2001 v zadevi Tate & Lyle proti Komisiji, T-202/98, Recueil, str. II-2035, točka 66.

⁴¹⁰ Sporočilo Komisije – Smernice o uporabi člena 101 Pogodbe o delovanju Evropske unije za sporazume o horizontalnem sodelovanju (Uradni list Evropske unije C 11, 14. 1. 2011), str. 14, točka 62. in navedena sodna praksa.

⁴¹¹ Sodba Sodišča z dne 4. junija 2009 v zadevi T-Mobile Netherlands in drugi proti NMa, C-8/08, ZOdl., str. I-04529, točke od 59 do 62.

⁴¹² Sodba Vrhovnega sodišča RS z dne 30. junija 2009 v zadevi Elektro Maribor proti RS, opr. št. U 9/2008, točki 12. in 13. in navedena sodna praksa. Enako oziroma podobno tudi sodbe istega sodišča z istega dne v zadevah: Elektro Primorska (opr. št. U 6/2008, točki 11. in 12.), Elektro Ljubljana (opr. št. U 5/2008, točki 14. in 15.), Elektro Celje (opr. št. U 4/2008, točki 11. in 12.) in Elektro Gorenjska (opr. št. U 2/2008, točki 10. in 11.).

⁴¹³ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 8. julija 2008 v zadevi T-53/03 BPB plc proti Komisiji, Recueil, str. II-01333, točka 143 in navedena sodna praksa.

⁴¹⁴ Sodba Splošnega sodišča (šesti senat) z dne 12. aprila 2013 v zadevi International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) proti Evropski komisiji, T-442/08, še neobjavljena.

sodbe PVC II⁴¹⁵, v kateri je Splošno sodišče podalo usmeritve glede dokazovanja kršitve v primerih, ko se za ugotovitev obstoja usklajenega ravnanja opira na vzporedno ravnanje. Splošno sodišče je v navedeni zadevi potrdilo, da v skladu s sodno prakso takrat, kadar razlogovanje Komisije temelji na domnevi, da ugotovljenih dejstev ni mogoče razložiti drugače kot tako, da gre za usklajena ravnanja podjetij, zadostuje, da tožeče stranke navedejo okoliščine, ki dejstva, ki jih je ugotovila Komisija, prikazujejo drugače in tako omogočajo, da se razlaga dejstev, ki jo je podala Komisija, nadomesti z drugo. Vendar pa je Splošno sodišče pojasnilo, da te sodne prakse ni mogoče uporabiti, če dokaz o dogovarjanju podjetij ne izhaja samo iz ugotovitve o vzporednem ravnanju na trgu, ampak tudi iz dokazil, iz katerih je razvidno, da so bila ravnanja posledica usklajevanja. V teh okoliščinah morajo tožeče stranke ne le podati domnevno drugačno razlago dejstev, ki jih je ugotovila Komisija, temveč tudi zanikati obstoj teh dejstev, podprtih z dokazili, ki jih je predložila Komisija.⁴¹⁶

228. V primeru kompleksne kršitve, pri kateri je bilo s ciljem skupnega uravnavanja trga več let udeleženih več udeležencev, od Agencije ni mogoče zahtevati, da bi kršitev natančno opredelil za sporazum ali za usklajeno ravnanje, saj se 6. člen ZPOMK-1 in 101. člen PDEU (prej 81. člen PES) vsekakor nanašata na obe obliki kršitve. V primeru večletnih kršitev z več udeleženimi podjetji se ne more pričakovati, da bi se določno opredelilo za vsako podjetje ob vsakem trenutku ali je ravnalo usklajeno ali je šlo za sporazum, saj sta v končni fazi tako sporazum kot usklajeno ravnanje prepovedana. V veliki večini primerov se obstoj protikonkurenčnega ravnanja sklepa na podlagi številnih dogodkov in indicev, ki skupaj, v odsotnosti druge dosledne razlage, predstavljajo dokaz kršitve konkurenčnih pravil.⁴¹⁷ Dvojno opredelitev kršitve za sporazum »in/ali« usklajeno ravnanje je treba razumeti tako, da opredeljuje kompleksno celoto, ki vsebuje tako dejanske elemente, opredeljene za sporazum, kot tudi dejanske elemente, opredeljene za usklajeno ravnanje v smislu 81. člena PES, ki ne določa specifične opredelitve za tovrstno kompleksno kršitev.⁴¹⁸

VI.3.3.1 Uporaba v konkretnem primeru

229. Iz dejstev in dokazov, navedenih in analiziranih v poglavju V. Opis ravnanj, izhaja, da so podjetja Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm eksplicitno ali implicitno izrazila skupni namen, kako bodo ravnala na trgu pri dobavljanju zdravil javnim lekarniškim zavodom. Razvidno je, da so imela podjetja, naslovniki te odločbe, večstranske in dvostranske stike, med katerimi so usklajevala svoje ravnanje na trgu pri določanju cen zdravil na debelo, oddaji ponudb za dobavo zdravil lekarnam in razdelitvi trga oziroma javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom. Usklajevanje med podjetji Kemofarmacija in Salus glede popustov, ki jih dajejo proizvajalci, brez dvoma kaže na voljo zmanjšati neodvisnost pri nastopanju na trgu ter še povečati preglednost na trgu, ki je že tako zaradi svojih značilnosti (oligopol) zelo transparenten. Tudi vsebina sporočil, ki so si jih podjetja Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm izmenjala glede oblikovanja cen zdravil, dokazuje skupno voljo udeležencev omejiti konkurenco. Iz izmenjanih sporočil v začetku leta 2009 in 2010 ter vsebine sestanka v začetku leta 2009 (glej točko 159 odločbe) namreč jasno izhaja skupna volja, da udeleženci (veledrogeristi) pri dobavi zdravil, za katera so proizvajalci z ZZS sklenili dogovor o nižjih cenah od

⁴¹⁵ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 20. aprila 1999 v združenih zadevah Limburgse Vinyl Maatschappij in drugi proti Komisiji, imenovana »PVC II«, T-305/94 idr., Recueil, str. II-931.

⁴¹⁶ Sodba Splošnega sodišča (šesti senat) z dne 12. aprila 2013 v zadevi International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) proti Evropski komisiji, T-442/08, še neobjavljena, točka 99, in tam navedena sodna praksa: sodba PVC II, točke od 725 do 728; glej v tem smislu tudi sodbi Sodišča z dne 28. marca 1984 v združenih zadevah Compagnie royale asturienne des mines in Rheinzink proti Komisiji, 29/83 in 30/83, Recueil, str. 1679, točka 16, in z dne 31. marca 1993 v združenih zadevah Ahlström Osakeyhtiö in drugi proti Komisiji, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 in od C-125/85 do C-129/85, Recueil, str. I-1307, točki 71 in 126.

⁴¹⁷ Glej v tem smislu sodbo Sodišča z dne 8. julija 1999 v zadevi Komisija proti Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Recueil, str. I-4125, točke od 111 do 114, in sodbo Sodišča prve stopnje z dne 20. aprila 1999 v združenih zadevah Limburgse Vinyl Maatschappij in drugi proti Komisiji, T-305/94 idr., Recueil, str. II-931, točka 696.

⁴¹⁸ Sodbi Sodišča prve stopnje z dne 17. decembra 1991 v zadevi Hercules Chemicals proti Komisiji, T-7/89, Recueil, str. II-1711, točka 264, in z dne 20. marca 2002 v zadevi HFB Holdings in drugi proti Komisiji, T-9/99, Recueil, str. II-1487, točka 187.

NDC (dogovorne cene), lekarnam ne bodo uporabljali popustov, temveč bodo oblikovali cene v skladu z dogovornimi cenami zdravil, ki jih dobijo od proizvajalcev zdravil. Skupna volja omejiti konkurenco pa izhaja tudi iz vsebine zapisnikov, sestavljenih pri javnih lekarniških zavodih, ki so povabili podjetja, ki so oddala enake ponudbe, da se udeležijo sestanka, na katerem bo naročnik izbral najugodnejšega ponudnika z žrebanjem ali po pogajanjih. Na teh sestankih so se podjetja brez dvoma sporazumela, da bodo razdelila posamezna javna naročila za dobavo zdravil v skladu z deleži preteklih dobav posameznemu naročniku (javnemu lekarniškemu zavodu), kar dokazuje skupno voljo udeležencev, da stabilizirajo tržne deleže. V navedenih zapisnikih je celo jasno navedeno, da so podjetja »sporazumna«⁴¹⁹ ali da je bilo med podjetji »doseženo enotno soglasje vseh ponudnikov«⁴²⁰. Tovrstna dogovarjanja med podjetji imajo naravo sporazuma v skladu s 6. členom ZPOMK-1 in 101. členom PDEU (prej 81. člen PES). Zadevna podjetja so izrazila skupni namen in dosegla soglasje o tem, kako bodo ravnala na trgu oziroma kako si bodo razdelila posamezna javna naročila. Dogovor o sodelovanju namesto konkuriranja ima za posledico tudi višje cene in/ali slabše storitve, saj je pri odločanju podjetja, po kakšni ceni bo oddalo ponudbo, odpravljena negotovost glede nastopanja njegovih konkurentov.

230. Agencija nadalje meni, da je treba šteti večinoma enake cene zdravil v ponudbah, ki so jih podjetja oddajala v postopkih javnega naročanja pri javnih lekarniških zavodih, kot izhaja iz ugotovitev Agencije (glej razdelek V.2.1 Vzpostredno ravnanje veletrgovcev z zdravili), za sklop resnih, natančnih in skladnih indecev predhodne uskladitve glede poslovne strategije pri oblikovanju cen zdravil za dobavo javnim lekarniškim zavodom. Ugotovljeno je bilo, da so podjetja⁴²¹ oddajala ponudbe, ki so večinoma vsebovale popolnoma enake cene za vsa posamezna zdravila. Vsa ta podjetja so določala cene zdravil v ponudbah, oddanih pri javnih lekarniških zavodih, v skladu z najvišjimi dovoljenimi vrednostmi (NDC/IVDC/dogovornimi cenami) zdravil, pri čemer niso v nobenem primeru⁴²² med seboj tekmovala z nižjimi cenami oziroma popusti, in so tako dosegla, da si niso konkurirala na razpisih.
231. Agencija na tem mestu pojasnjuje, da je upoštevala, da gre v predmetni zadevi za zelo reguliran sektor in da je trg prodaje zdravil na debelo, na katerem nastopajo naslovniki odločbe precej reguliran s strani države. Vendar pa je treba poudariti, da je država s tem, ko je v predpisih določila, da je za določena zdravila (zlasti gre za tista zdravila, ki se financirajo iz javnih sredstev) potrebna regulacija cen in sicer tako, da so določene najvišje dovoljene vrednosti, vseeno pustila ponudnikom zdravil (veletrgovcem) možnost, da med seboj tekmujejo s ceno, čeprav v omejenem obsegu (glej tudi razdelek III.1.2 Oblikovanje cen zdravil). Pri tem ni mogoče spregledati dejstva, da je država oziroma zakonodajalec dejansko z določitvijo najvišjih dovoljenih cen oziroma vrednosti omejil konkurenco, zato je še toliko bolj pomembno, da se ohrani tista konkurenca, ki je še ostala.⁴²³ Iz sodne prakse⁴²⁴ izhaja, da se 81. člen PES nanaša samo na protikonkurenčno ravnanje, za katera so se podjetja odločila na lastno pobudo. Če je protikonkurenčno ravnanje podjetjem naloženo z nacionalno zakonodajo ali če ta ustvarja pravni okvir, ki sam odpravlja vsakršno možnost njihovega konkurenčnega ravnanja, se 81. člen PES ne uporablja. V takem položaju omejevanje konkurence, v skladu z vsebino teh določb, ni posledica samostojnega ravnanja podjetij. Sodišče je v dosedanji praksi samo zelo omejeno dopustilo možnost izključitve določenega protikonkurenčnega ravnanja s področja uporabe 81. člena PES, ker je bilo zadevnim podjetjem to naloženo z obstoječo nacionalno zakonodajo ali ker je ta odpravila vsakršno možnost njihovega

⁴¹⁹ Glej na primer dokumenta »Zapisnik z dne 29. 1. 2008« in »Zapisnik z dne 9. 2. 2009«.

⁴²⁰ Glej na primer dokumente: »Zapisnik z dne 13. 3. 2009«, »Zapisnik z dne 4. 2. 2010« in »Zapisnik z dne 19. 3. 2010«.

⁴²¹ Podjetji Kemofarmacija in Salus od 25. 4. 2006 dalje, podjetje Farmadent od 9. 1. 2008 dalje in podjetje Gopharm od 7. 12. 2007 dalje.

⁴²² Razen v enem primeru.

⁴²³ Tako tudi Komisija v svojih odločbah: na primer zadeva »Re Stichting Sigarettenindustrie Agreements«, v kateri je Komisija izdala odločbo 15. julija 1982 (OJ, L 232, 1982, P. 1), pa tudi zadeva »Raw Tobacco Italy«, v kateri je Komisija izdala odločbo 20. oktober 2005, točke od 315 do 324. Glej tudi sodbo Sodišča prve stopnje z dne 12. julija 2001 v zadevi Tate & Lyle proti Komisiji, T-202/98, Recueil, str. II-2035, točki 44 in 45.

⁴²⁴ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 10. aprila 2008 v zadevi Deutsche Telekom AG proti Komisiji, T-271/03, ZOdl. 2008, str. II-00477, točke 85 in naslednje.

konkurenčnega ravnanja. Tako se 81. člen PES lahko uporablja, če se izkaže, da nacionalna zakonodaja pušča možnost konkurence, ki se lahko prepreči, omeji ali izkrivi s samostojnim ravnanjem podjetij. Zato je treba v konkretnem primeru preučiti ali pravni red odpravlja vsakršno možnost konkurenčnega ravnanja podjetij in ali jim daje zadosten manevrski prostor pri določanju cen. Agencija meni, da v obravnavanem primeru pravni red dopušča konkurenčno ravnanje podjetij pri prodaji zdravil na debelo, kar je Agencija že pojasnila v tej odločbi.

232. Poleg navedenega Agencija ugotavlja, da je veletrgovcem z zdravili puščeno dovolj manevrskega prostora pri določanju cen, kar je bilo tudi že pojasnjeno in se zlasti kaže v priznavanjih popustov kupcem (javnim lekarniškim zavodom) izven postopkov oddaje javnih naročil. Iz dokumentacije v spisu izhaja, da so si javni lekarniški zavodi, ki so nabavljali zdravila po postopkih javnega naročanja, prizadevali pridobiti konkurenčne ponudbe za dobavo zdravil (že pri oblikovanju razpisnih dokumentacij, ki so vsebovale navodila ponudnikom za oddajo ponudb in specifikacije ponudb, v katerih so bili predvideni popusti, kot tudi po tem, ko so podjetja oddala enake ponudbe, v postopkih s pogajanj).

233. V obravnavanem primeru je Agencija upoštevala tudi strukturo trga, za katerega je mogoče ugotoviti, da gre za oligopolni trg, vendar pa prej opisanega usklajenega ravnanja podjetij pri oddaji ponudb nikakor ni mogoče pripisati razumnemu prilagajanju ugotovljenemu ali pričakovanemu ravnanju konkurentov.

234. Agencija celo meni, da sta prav struktura trga in regulacija cen, kakršni sta v konkretnem primeru, olajšali podjetjem, naslovnikom odločbe, da so uskladila svoja ravnanja na trgu in tako dosegla dejansko sodelovanje, ki nadomešča konkurenco in tveganja, ki jih ta prinaša. Cene zdravil na debelo oziroma najvišje dovoljene cene zdravil (in dogovorne cene) so javno objavljene (pri JAZMP od 2. 4. 2007 dalje in v Centralni bazi zdravil od dalje), tako da udeležencem niti ni potrebno vzpostavljati kakšnih zahtevnih mehanizmov za usklajevanje glede cen posameznih zdravil, temveč zadošča zgolj en stik (en telefonski klic ali en sestanek), da uskladijo svoje ravnanje na trgu in oddajo ponudbe za dobavo zdravil v skladu z objavljenimi cenami zdravil na debelo oziroma NDC zdravil (ali dogovornimi cenami). To pa v konkretnem primeru niti ni težko, saj so navedena podjetja redno v stikih in se celo redno srečujejo na sestankih kot člani Sekcije veletrgovcev z zdravili in pa tudi kot družbeniki podjetja Nensi (razen podjetja Gopharm, ki pa je odvisna družba podjetja Farmadent in ju je treba po mnenju Agencije šteti kot ekonomsko celoto). Poleg tega Agencija razpolaga z dokumenti, ki izkazujejo obstoj prepovedanih stikov med podjetji, katerih namen je bil omejiti konkurenco pri prodaji zdravil lekarnam, za katera obstaja dogovorna cena med proizvajalci zdravil in ZZS. Dodatna okoliščina, ki po mnenju Agencije izkazuje, da gre v konkretnem primeru za usklajeno ravnanje, so precej stabilni tržni deleži in deleži dobav veletrgovcev pri posameznih javnih lekarniških zavodih, ki se v kritičnem času niso bistveno spreminjali, pri tem je tudi dodatno pomembno dejstvo, da skoraj ni bilo prehajanj med posameznimi javnimi lekarniški zavodi s strani veletrgovcev z zdravili.

235. Glede na vse navedeno Agencija meni, da je v konkretnem primeru usklajeno ravnanje edina skladna razlaga takega vzporednega obnašanja, kot je opisano oddajanje ponudb z enakimi cenami za zdravila, ki jih naročajo javni lekarniški zavodi.

236. Usklajevanje glede cen zdravil, oddajanje enakih ponudb v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil in sklenjeni sporazumi o razdelitvah konkretnih javnih naročil za dobavo zdravil zato predstavljajo protikonkurenčna ravnanja, ki so podrobno opisana v poglavju V. Opis ravnanj. Agencija meni, da je ravnanje navedenih podjetij mogoče opredeliti kot kompleksno kršitev, ki obsega različna ravnanja, ki jih lahko opredelimo kot sporazum ali usklajeno ravnanje, s katerim so konkurenti zavestno nadomestili tveganja konkurence z medsebojnim dejanskim sodelovanjem. Agencija tudi meni, da so podjetja pri prej navedenih usklajevanjih upoštevala informacije, ki so jih s konkurenti izmenjala, pri določanju svojega ravnanja na trgu.

237. Na podlagi navedenega Agencija meni, da predstavljajo vsa navedena dejanja in

ravnanja podjetij sporazum in/ali usklajeno ravnanje v skladu s 6. členom ZPOmK-1 in 101. členom PDEU (prejšnji 81. členom PES).

Opredelitev do navedb strank

238. Salus je v izjavi o PRD ugovarjal, da Agencija v konkretnem primeru ni uspela dokazati zavestnega sodelovanja med strankami postopka. Pri tem je navedel, da v skladu z ekonomsko teorijo lahko usklajeno ravnanje le podjetja, ki nastopajo na trgih, značilnih po pogojih, ki v veliki meri ex ante onemogočajo učinkovito tekmovanje. Oligopolne situacije z razmeroma majhnim številom ponudnikov, homogenim produktom in dovolj konstantnim povpraševanjem so namreč značilne prav po na videz odvisnem ravnanju udeležencev, ki svoje poslovne odločitve gradijo glede na predhodna poslovna dejanja konkurentov na relevantnem trgu. V takih tržnih razmerah cena in drugi pogoji prodaje različnih dobrin namreč pogosto ostajajo enaki oziroma se spreminjajo na videz usklajeno. Zato je pri očitku o usklajenih ravnanjih konkurentov, ki imajo protipravne cilje ali učinke, nujno potrebno dokazati zavestno sodelovanje udeležencev na trgu. V nasprotnem primeru bi kot prepovedana ravnanja na trgu šteli tudi obnašanja konkurentov, ki so ekonomsko utemeljena in skladna s situacijo na trgu. Agencija glede teh navedb Salusa ponovno poudarja, da je v tej odločbi (v poglavju V. Opis ravnanj) utemeljila, da v danem primeru ne gre za oligopolno situacijo, v kateri bi šlo le za na videz odvisna ravnanja udeležencev, ki svoje poslovne odločitve gradijo glede na predhodna poslovna dejanja konkurentov na relevantnem trgu. Agencija je namreč ugotovila, da so se podjetja na oligopolnem trgu dogovarjala oziroma usklajeno ravnala in torej ni mogoče govoriti o na videz odvisnih ravnanjih udeležencev na takem trgu. Agencija ni sklepala o kršitvi le na podlagi vzporednih ravnanj, ki ustvarjajo videz usklajenosti med podjetji, temveč razpolaga tudi z drugimi dokazi, iz katerih brez dvoma izhaja zavestno sodelovanje med strankami postopka, zato je treba navedbe Salusa zavrniti kot neutemeljene.

VI.3.4 Omejevanje konkurence kot cilj ali učinek

239. 6. člen ZPOmK-1 in 101. člen PDEU (prej 81. člen PES) med drugim izrecno določata kot omejevalne tiste sporazume ali usklajena ravnanja, s katerimi se:
- neposredno ali posredno določa nakupne ali prodajne cene ali druge poslovne pogoje,
 - omejuje ali nadzira proizvodnjo ali prodajo,
 - razdeli trg ali vire nabave med udeleženci.
240. Pogoji poslovanja na trgu pomenijo kakršenkoli dejavnik, ki vpliva na položaj podjetja na trgu in je tudi neposredno namenjen urejanju tržnega položaja enega ali več podjetij. Cena je bistven pogoj poslovanja na trgu in predstavlja ključni element konkurence, katere oblikovanje je v določeni meri odvisno od objektivnih dejavnikov, kot so: obseg ponudbe in povpraševanja, davčna politika, politika in stroški zaposlovanja, pogoji za opravljanje dejavnosti ipd., ter predvsem subjektivnih dejavnikov, kot so: notranja organiziranost, prilagodljivost, inovativnost, kvaliteta storitev, reference ipd. Kalkulacija cene je tako v izključni domeni posameznega subjekta na trgu, ki poleg dejanskih stroškov ustrezno ovrednoti tudi zgoraj naštetih dejavnike. Pri določanju cene so ravnanja podjetij usmerjena v zmanjšanje oziroma popolno izključitev negotovosti glede cenovne politike podjetij, ki so sicer konkurenti, in v maksimiranje cene, ki jo lahko posamezno podjetje oziroma vsa podjetja dosežejo. Določanje cen ima za cilj omejevanje konkurence v skladu s 6. členom ZPOmK-1 in 101. členom PDEU (sedaj 81. člen PES). Podjetja namreč tekmujejo med seboj predvsem s ceno in z dogovorom o ceni se izključijo negotovost o poslovanju konkurenta ter si podjetja tako zagotovijo ohranitev tržnega deleža in ohranitev oziroma povečanje njihovega dobička, ki ga v primeru, da bi morala tekmovati s ceno, ne bi dosegla.
241. Omejevanje ali nadziranje proizvodnje ali prodaje ter razdelitev trga onemogočajo, da bi si podjetja med seboj konkurirala glede tržnega deleža ter v daljšem časovnem obdobju povzročajo postopno zviševanje cene na trgu. Omejevanje ali nadziranje proizvodnje ali prodaje ima za cilj omejevanje konkurence v skladu s 6. členom ZPOmK-1 in 101.

členom PDEU (sedaj 81. člen PES).

242. Delitev trga in določanje cen se lahko odražata tudi prek prikrojevanja ponudb v postopkih oddaje javnih naročil. Postopki oddaje javnih naročil so namenjeni zagotavljanju ali celo vzpostavljanju konkurence, zaradi česar je bistvena značilnost omenjenih postopkov ta, da ponudniki pripravijo in predložijo svoje ponudbe samostojno in neodvisno drug od drugega. Ponudbe, ki so predložene na podlagi poprejšnjega usklajevanja oziroma dogovarjanja med ponudniki, zmanjšajo negotovost glede izida postopka oddaje javnih naročil, zaradi česar imajo znaten vpliv na konkurenco. Iz sodne prakse prav tako sledi, da ima prikrojevanje ponudb v postopkih oddaje javnih naročil za cilj omejevanje konkurence.⁴²⁵ Prikrojevanje ponudb namreč zmanjšuje število konkurenčnih ponudb, ki bi bile sicer predložene v zvezi s posameznim javnim naročilom, preprečuje drugim, ki bi želeli predložiti konkurenčno ponudbo, da bi to storili, ter daje naročniku zmoten vtis o naravi oziroma strukturi konkurence na trgu, kar vodi do tega, da so lahko tudi bodoči postopki javnega naročanja podobno izkrivljeni.
243. Da Agencija ugotovi, ali je sporazum oziroma usklajeno ravnanje v nasprotju z določbo 6. člena ZPOmK-1 oziroma 101. člena PDEU (prej 81. člen PES), mora ugotoviti tudi, da je cilj ali učinek omejevalnega sporazuma oziroma usklajenega ravnanja preprečevati, ovirati ali izkrivljati konkurenco v Republiki Sloveniji oziroma na skupnem trgu. Gre za alternativno in ne kumulativno določena pogoja (cilj ali učinek).
244. Omejevanje konkurence kot cilj lahko zaradi svoje narave omejuje konkurenco v smislu 101. člena PDEU⁴²⁶ oziroma 6. člena ZPOmK-1. V skladu s prakso EU ni potrebno proučiti oziroma dokazovati dejanskih ali potencialnih učinkov sporazuma na trg, kadar je ugotovljeno, da je njegov cilj omejevanje konkurence.⁴²⁷ Enako velja, če gre za usklajeno ravnanje.⁴²⁸ Glede razmejčitve med usklajenim ravnanjem, ki ima cilj omejevanje konkurence, in takim, ki ima posledico omejevanje konkurence, iz sodne prakse izhaja, da protikonkurenčni cilj in posledica nista kumulativna pogoja, ampak alternativni za presojo, ali ravnanje spada pod prepoved iz 81. člena PES. Na podlagi ustaljene sodne prakse od sodbe z dne 30. junija 1966 v zadevi LTM dalje je zaradi možnosti izbire, ki jo vsebuje ta pogoj in označuje veznik „oziroma“, treba najprej preučiti sam cilj sporazuma in pri tem upoštevati ekonomski okvir, v katerem ga je treba izvajati. Če pa analiza določb tega sporazuma ne izkaže zadostne škodljivosti za konkurenco, je treba preučiti njegove posledice; prepovedati ga je mogoče le na podlagi dejavnikov, ki izkazujejo, da je bila konkurenca dejansko preprečena ali znatno omejena oziroma izkrivljena.⁴²⁹
245. Enako zaključuje tudi Vrhovno sodišče Republike Slovenije v svoji sodni praksi.⁴³⁰ Učinkov sporazuma oziroma sklepa podjetniškega združenja na konkurenco ni treba proučevati v vsakem primeru. Kadar je očitno, da je bil cilj preprečevati, ovirati ali izkrivljati konkurenco, to ni potrebno.
246. Pri ugotavljanju, ali ima sporazum cilj omejevanje konkurence, se ugotavlja predvsem objektivni pomen in namen sporazuma kot takega, pravni in ekonomski kontekst, v okviru katerega je bil sporazum sklenjen, in ekonomski okvir, v katerem se je oziroma naj bi se

⁴²⁵ Sodba Sodišča z dne 16. decembra 1975 v združenih zadevah Suiker Unie in drugi proti Komisiji, 40/73 idr., Recueil, str. 1663, točke 559 in nasl.

⁴²⁶ Glej na primer sodbo Sodišča z dne 20. novembra 2008 v zadevi Competition Authority proti Beef Industry Development Society Ltd (BIDS), C-209/07, ZOdL 2008, str. I-8637, točka 17, in Sporočilo Komisije – Smernice o uporabi člena 101 Pogodbe o delovanju Evropske unije za sporazume o horizontalnem sodelovanju (Uradni list Evropske unije C 11, 14. 1. 2011), str. 8, točka 24.

⁴²⁷ Sodbi Sodišča prve stopnje z dne 6. julija 2000 v zadevi Volkswagen AG proti Komisiji, T-62/98, Recueil, str. II-2707, točka 178, in z dne 12. julija 2001 v zadevi Tate & Lyle proti Komisiji, T-202/98, Recueil, str. II-2035, točki 72 in 73, ter Sporočilo Komisije – Smernice o uporabi člena 101 Pogodbe o delovanju Evropske unije za sporazume o horizontalnem sodelovanju (Uradni list Evropske unije C 11, 14. 1. 2011), str. 8, točka 24 in navedena sodna praksa.

⁴²⁸ Sodbi Sodišča z dne 8. julija 1999 v zadevi Komisija proti Anic Participazioni, C-49/92 P, Recueil, str. I-4125, točka 124, in z dne 8. julija v zadevi Hüls AG proti Komisiji, C-199/92 P, Recueil, str. I-04287, točke od 163 do 165.

⁴²⁹ Sodba Sodišča z dne 4. junija 2009 v zadevi T-Mobile Netherlands BV in ostali proti NMa, C-8/08, ZOdL 2009, str. I-04529, točka 28.

⁴³⁰ Sodbi Vrhovnega sodišča RS z dne 27. oktobra 2009 v zadevi Združenje bank Slovenije proti RS, opr. št. X Ips 45/2009, 13. točka obrazložitve, in z dne 15. junija 2010 v zadevi NKBM proti RS, opr. št. X Ips 70/2010, 23. točka obrazložitve in navedena sodna praksa.

izvrševal. Po potrebi se upošteva tudi dejansko ravnanje podjetij na trgu. V zvezi z ugotavljanjem cilja je tudi subjektivni namen strank relevanten faktor, ampak nikakor ne nujen element.⁴³¹ V skladu s sodno prakso je mogoče ugotoviti, da ima usklajeno ravnanje cilj omejevanje konkurence v smislu 101. člena PDEU (prej 81. člena PES) oziroma 6. člena ZPOmK-1, če bi zaradi vsebine in namena ter upoštevanja pravnih in ekonomskih okvirov, v katerega je umeščeno, lahko dejansko preprečevalo, omejevalo ali izkrivljalo konkurenco na trgu. Ni nujno, da je konkurenca dejansko preprečena, omejena ali izkrivljena niti da obstaja neposredna zveza med tem usklajenim ravnanjem in potrošniškimi cenami. Izmenjava informacij med konkurenti ima cilj omejevanje konkurence, če je na njeni podlagi mogoče odpraviti negotovost glede predvidenega ravnanja zadevnih podjetij.⁴³²

247. Nekatere vrste kršitev, kot so določanje cen, nadzor proizvodnje in delitev trgov in kupcev, pa imajo takšen protikonkurenčni vpliv, da se šteje, da so omejevalne že po samem cilju, in so tako tovrstni sporazumi oziroma usklajena ravnanja sama po sebi omejevalna (t.i. *per se* omejitve) ter avtomatično padejo v domet 6. člena ZPOmK-1 oziroma 101. člena PDEU (prej 81. člen PES). Razlika med »omejitvami konkurence po cilju« in »omejevalnimi učinki na konkurenco« se nanaša na dejstvo, da je mogoče nekatere oblike dogovorov med podjetji že zaradi njihove narave obravnavati kot škodljive za normalno stanje konkurence na trgu. V teh okoliščinah pa ni treba preučiti posledic usklajenega ravnanja, če je njegov cilj dokazan.⁴³³ Za ugotovitev cilja omejevanja konkurence zadostuje že, da imata sporazum ali usklajeno ravnanje lahko negativne posledice za konkurenco, torej da sta sposobna v posameznem primeru, v pravnem in ekonomskem kontekstu, omejiti konkurenco. Vprašanje, ali in v kolikšni meri se dejansko pojavi taka posledica, je lahko pomembno le pri izračunu glob in presoji upravičenosti do odškodnine.⁴³⁴ Poleg tega obstoj protikonkurenčnega cilja (usklajenega ravnanja) ni odvisen od obstoja neposredne zveze med tem ravnanjem in potrošniškimi cenami,⁴³⁵ ker pravila konkurence niso namenjena le varstvu neposrednih interesov konkurentov ali potrošnikov, ampak tudi strukturi trga in s tem konkurenci kot taki.⁴³⁶ Sporazumi, ki imajo za cilj omejevanje konkurence, so prepovedani ne glede na to, ali je negativna posledica omejevanja konkurence že nastala. Ker gre za omejevalna ravnanja, ki so *per se* protipravna, njihovega učinka ni treba dokazati, ampak zadošča že na primer ugotovitev, da so stranke sklenile sporazum, ki vključuje določanje cen, omejevanje obsega proizvodnje, delitev trga ali kupcev. Tudi iz prakse organov EU⁴³⁷ in iz aktov organov EU⁴³⁸ izhaja, da na splošno ravnanja oziroma sporazumi, ki vključujejo določanje

⁴³¹ Sodbi Sodišča z dne 28. marca 1984 v zadevi *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH* proti Komisiji, 29/83, in 30/83, Recueil, str. 1679, točka 26, in z dne 8. novembra 1983 v zadevi *NV IAZ International Belgium* proti Komisiji, 96/82 idr., Recueil, str. 3369, točke od 23 do 25. Glej tudi Sporočilo Komisije – Smernice o uporabi člena 101 Pogodbe o delovanju Evropske unije za sporazume o horizontalnem sodelovanju (Uradni list Evropske unije C 11, 14. 1. 2011), str. 8, točka 25 in navedena sodna praksa.

⁴³² Sodba Sodišča z dne 4. junija 2009 v zadevi *T-Mobile Netherlands BV* in ostali proti NMa, C-8/08, ZOdl. 2009, str. I-04529, točka 1 izreka sodbe.

⁴³³ Sodba Sodišča z dne 4. junija 2009 v zadevi *T-Mobile Netherlands BV* in ostali proti NMa, C-8/08, ZOdl. 2009, str. I-04529, točki 29 in 30.

⁴³⁴ Sodba Sodišča z dne 4. junija 2009 v zadevi *T-Mobile Netherlands BV* in ostali proti NMa, C-8/08, ZOdl. 2009, str. I-04529, točka 31. Glej tudi Sklepne predloge generalne pravobranilke Juliane Kokott, predstavljene 19. februarja 2009 v zadevi *T-Mobile Netherlands BV* in drugi, C-8/08, točke od 56 do 58, in tudi Sklepne predloge generalne pravobranilke Verice Trstenjak, predstavljene 30. junija 2009, v zadevi *GlaxoSmithKline Services Unlimited* proti Komisiji, C-501/06 P idr., točke od 102 do 118.

⁴³⁵ Glej na primer sodbo Sodišča z dne 4. junija 2009 v zadevi *T-Mobile Netherlands BV* in ostali proti NMa, C-8/08, ZOdl. 2009, str. I-04529, točka 36, kjer je sodišče poudarilo, da je napačno sklepanje, da besedilo prvega odstavka 81. člena PES prepoveduje usklajeno ravnanje le v primeru, da ima to neposreden vpliv na cene, ki jih plačajo končni uporabniki. Glej tudi Sklepne predloge generalne pravobranilke Juliane Kokott, predstavljene 19. februarja 2009 v zadevi *T-Mobile Netherlands BV* in drugi, C-8/08, točke od 56 do 58.

⁴³⁶ Sodba Sodišča z dne 4. junija 2009 v zadevi *T-Mobile Netherlands BV* in ostali proti NMa, C-8/08, ZOdl. 2009, str. I-04529, točka 38.

⁴³⁷ Glej na primer sodbo Sodišča prve stopnje z dne 15. septembra 1998 v zadevi *European Night Services* proti Komisiji, T-374/94 idr., Recueil, str. II-3141, odločbo Komisije z dne 9. decembra 1998 v zadevi IV/34466 - *Greek Ferries*, OJ (1999) L 109/24 in sodbo Sodišča prve stopnje z dne 11. decembra 2003 v zadevi *Marlines SA* proti Komisiji, T-56/99, Recueil, str. II-05225.

⁴³⁸ Glej na primer Sporočilo Komisije – Smernice o uporabi 81(3) člena Pogodbe (Ur.l. C 101, 27. 4. 2004, str. 97-118), točka 23, in Sporočilo Komisije – Smernice o uporabi člena 101 Pogodbe o delovanju Evropske unije za sporazume o horizontalnem sodelovanju (Uradni list Evropske unije C 11, 14. 1. 2011), zlasti točke 160., 205., 234.-236.

cen, omejevanje obsega proizvodnje, delitev trgov ali kupcev, omejujejo konkurenco kot cilj, in so zato prepovedani.

VI.3.4.2.1 Uporaba v konkretnem primeru

248. V obravnavanem primeru Agencija ugotavlja (kot izhaja iz poglavja V. Opis ravnanj), da so veletrgovci z zdravili, na katere je naslovljena ta odločba, usklajevali svoje ravnanje na trgu pri določanju cen zdravil na debelo, oddaji ponudb za dobavo zdravil javnim lekarniškimi zavodom in razdelitvi trga oziroma javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškimi zavodom. Protikonkurenčna ravnanja strank so bila usmerjena zlasti v delitev javnih naročil za dobavo zdravil lekarnam v skladu z obstoječimi deleži dobav in s tem stabilizacijo trga ter tudi postavljanje ravni cen na višjo raven kot bi se oblikovala v pogojih proste konkurence, v dobrobit vseh sodelujočih strank. Z delitvijo trga (javnih naročil) in usklajenim oddajanjem ponudb za dobavo zdravil si stranke niso konkurirale za pridobitev posameznega javnega naročila in so posledično predrugačile strukturo konkurence ter tudi tržno ceno zdravil na debelo na področju dobave zdravil lekarnam. Kot že navedeno, so kršitve, kot so delitev trga in prikrojevanje razpisnih ponudb po svoji naravi omejevalne po cilju. Podjetja so se skozi daljše časovno obdobje usklajevala glede načina nastopanja podjetij v postopkih oddaje ponudb, z namenom zagotoviti, da bodo javna naročila oddana podjetjem glede na pretekle deleže dobav zdravil posameznim lekarnam. Takšna ravnanja oziroma serija ravnanj podjetij je med seboj tako povezana, da se pokažejo kot celota, posamezna ravnanja pa kot posamezni sestavni deli te celote.
249. Salus je ugovarjal, da Agencija svoj očitek o obstoju cilja omejevanja konkurence utemeljuje na napačni domnevi, da je v danem primeru izkazano, da naj bi prišlo do dogovora o cenah in delitvi trga z namenom stabilizacije tržnih deležev strank postopka na trgu. Navedel je tudi, da Agencija v postopku niti ni ugotavljala učinka domnevno spornega ravnanja, razen da je zavzela popolnoma pavšalno, napačno in neizkazano stališče, da je prišlo na trgu do zvišanja cen in stabilizacije tržnih deležev. Poudaril je, da samostojno nastopanje podjetja na trgu z oddajo ponudb, ki so vsebovale veljavne cene, in pridobitev deležev na javnih razpisih, ki jim ga je dodelil naročnik, nikakor ne more imeti za cilj omejevanje konkurence. Salus je v izjavi o PRD podal tudi očitek, da se je Agencija pri presoji trga zdravil osredotočila zgolj na ceno, ki v konkretnem primeru glede na specifičnosti trga zdravil (regulacija cen) ni bistveni element konkurence na trgu, in ni upoštevala tudi drugih elementov. Javni lekarniški zavodi namreč pri nabavi zdravil upoštevajo tudi druge pogoje, ki jim jih nudijo veletrgovci, kot je zanesljivost in pogostost dobav ter zmožnost prilagajanja nihanjem v povpraševanju. Salus je tudi navedel, da ker veletrgovci med seboj ne morejo konkurirati s cenami zdravil, veletrgovci konkurirajo z nudenjem kakovostnih storitev, večjim [redacted] in posledično z nudenjem drugih finančnih ugodnosti (kot so [redacted]). Tako so po navedbah podjetja Salus med najpomembnejšimi faktorji, ki odločajo o izbiri veletrgovca, nabor izdelkov, ki ga ponujajo veletrgovci, kakovost blaga (odsotnost defektov), število dobav (tudi večkrat dnevno) in kvaliteta samih izdelkov. [redacted].
250. Agencija zgoraj povzete navedbe Salusa zavrača kot neutemeljene in poudarja, da je v obravnavanem primeru brez dvoma izkazano, da je bilo ravnanje strank usmerjeno k cilju omejevanja cenovne konkurence in delitvi trga. Podjetja si v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil v fazi oddaje ponudb niso konkurirala s popusti in so vsa oddajala ponudbe po najvišjih dovoljenih cenah. Popuste so podjetja odobrila kupcem lekarnam šele naknadno, ko jim je bil že zagotovljen delež dobav. Dobava zdravil lekarnam pa zaradi nekonkuriranja veletrgovcev s cenami v ponudbah za dobavo zdravil v fazi oddaje ponudb na razpisih ni bila razdeljena glede na cene oziroma popuste, ki bi jih veletrgovci ponujali na razpisih, kar je bilo tudi edino merilo za izbiro najugodnejšega ponudnika, temveč so bili deleži dobav zdravil razdeljeni med podjetja glede na njihove pretekle deleže dobav posameznim naročnikom, javnim lekarniškimi zavodom. Zato je bil v fazi, ko

so bile dobave že razdeljene, brez dvoma tudi zmanjšan konkurenčni pritisk med veletrgovci. Veletrgovcem pri dajanju popustov javnim lekarniškim zavodom v tej fazi namreč ni bilo več treba tekmovati med seboj, saj so jim bili že zagotovljeni deleži dobav. Očitno je tudi, da je bil namen strank zagotoviti stabilnost tržnih deležev oziroma tržnega položaja v Republiki Sloveniji. Omejitve, ki imajo tako očitno protikonkurenčni cilj, sodijo po svoji naravi med najbolj resne kršitve 6. člena ZPOMK-1 in 101. člena PDEU (prej 81. člena PES), ne glede na njihov dejanski vpliv na trg.

251. Agencija na tem mestu tudi zavrača kot nepravilne in neutemeljene navedbe Salusa, da na trgu zdravil cena ni bistveni element konkurence na trgu, in da Agencija ni upoštevala tudi drugih elementov, zaradi česar naj bi bile ugotovitve Agencije napačne. Povsem jasno je, da javni lekarniški zavodi pri nabavi zdravil upoštevajo tudi druge pogoje, ki jim jih nudijo veletrgovci, kot je zanesljivost in pogostost dobav ter zmožnost prilagajanja nihanjem v povpraševanju, zato so v razpisnih dokumentacijah v postopkih za dobavo zdravil upoštevani tudi faktorji, kot jih našteva Salus (na primer nabor izdelkov, ki ga ponujajo veletrgovci, in število dobav). Vendar je treba poudariti, da so ti »faktorji/elementi« navedeni med **pogoji**, da se podjetja (veletrgovci z zdravili) sploh lahko prijavijo na tak razpis za dobavo zdravil lekarn. Kot je razvidno iz ugotovitev v tej odločbi dobavljajo lekarnam v pretežni meri veletrgovci s celotnim asortimanom (naborom) zdravil, ki tudi izpolnjujejo ostale pogoje v veljavnih predpisih za dobavo zdravil lekarnam. Drugače povedano, naročnik (javni lekarniški zavod) je opravil določeno selekcijo med podjetji že z določitvijo pogojev v razpisni dokumentaciji, katera podjetja na trgu se lahko sploh prijavijo na posamezni razpis. Med podjetji, ki so izpolnjevala razpisne pogoje in jih je torej naročnik vse štel za usposobljene in kvalitetne ponudnike, pa je nato naročnik želel izbrati najugodnejše(ga) med njimi, pri čemer je določil ceno kot edino **merilo** za izbiro. Podjetja so tudi sama navajala, da naj bi med seboj tekmovala s popusti (vendar šele kasneje, ko so jim bili že dodeljeni deleži dobav in naj bi jim bile znane količine). Agencija pojasnjuje, da je konkuriranje s popusti dejansko konkuriranje s cenami, saj je popust element cene. Popusti, ki so jih podjetja odobrila lekarnam naknadno glede na vrednost prometa, vsebujejo tudi popuste na količine. Pri tem je pomembna okoliščina, da so se veledrogeristi tudi o popustih, ki so jih nato naročnikom odobrili za nazaj, dogovorili z aneksi v naprej, ko jim niso bile znane točne količine oziroma vrednosti dobavljenih zdravil. Možnost dajanja popustov na količine je bila jasno označena na obrazcih ponudb, na katerih so podjetja oddajala ponudbe za dobavo zdravil. Na obrazcih ponudb so javni lekarniški zavodi označili za vsako zdravilo (artikel) njihove potrebe (okvirne količine) in tudi stolpec za popust, ki bi ga veletrgovec dal glede na predvideno količino. Glede na navedeno so imeli veletrgovci v trenutku postavljanja cen zdravil na debelo v njihovih ponudbah za dobavo zdravil enake podatke kot pri sklepanju aneksov o naknadnih popustih glede na vrednost prodaje. Zato nikakor ne drži, da med veledrogeristi ne poteka konkurenca na ravni cen. Agencija za konec še dodaja, da so navedbe Salusa, da veletrgovci z zdravili tekmujejo med seboj s »kakovostjo blaga« in »kvaliteto samih izdelkov«, neupoštevne, saj so veletrgovci le vmesni člen med proizvajalci in lekarnami in Agenciji ni znano, kakšen vpliv na kvaliteto zdravil naj bi imeli kot trgovci na debelo (razen v smislu defektov zaradi slabega izvajanja distribucije zdravil), saj je to v domeni proizvajalcev zdravil. Veletrgovci med seboj kvečjemu tekmujejo s kvaliteto storitev, ne pa kvaliteto (kakovostjo) izdelkov (blaga).
252. Na podlagi navedenega Agencija ugotavlja, da je cilj obravnavanega ravnanja strank brez dvoma omejevanje konkurence v nasprotju s prepovedjo 6. člena ZPOMK-1 in 101. člena PDEU (prej 81. člen PES).

VI.3.5 Vpliv na ozemlju Republike Slovenije in na trgovanje med državami članicami EU

253. Člen 6. ZPOMK-1 se uporablja za tista ravnanja podjetij, ki imajo cilj ali učinek na ozemlju Republike Slovenije, medtem ko se 101. člen PDEU (prej 81. člen PES) uporablja za tista ravnanja podjetij, ki imajo učinek na trgovanje med državami članicami. Organi, pristojni za varstvo konkurence, morajo za omenjena ravnanja poleg nacionalnih predpisov

uporabiti tudi 101. člen PDEU (prej 81. člen PES)⁴³⁹. Tako v primeru postopka ugotavljanja kršitve določb 101. člena PDEU (prej 81. člena PES) Agencija v skladu s 25. členom ZPOMK-1 vodi tudi postopek ugotavljanja kršitve določb 6. člena ZPOMK-1 (enotni postopek).

254. Pojem koncepta »učinek na trgovanje med državami članicami« je avtonomen pravni kriterij Skupnosti, ki se presoja v vsakem primeru posebej. Iz samega besedila 101. člena PDEU (prej 81. člen PES), kot tudi iz relevantne sodne prakse, izhaja, da je potrebno pri uporabi kriterija »vpliv na trgovanje« upoštevati tri elemente: »trgovanje med državami članicami«, »lahko vpliva« in »znatnost«.
255. Pojem elementa »trgovanje« ni omejen na tradicionalno čezmejno menjavo blaga in storitev, ampak obsega vse čezmejne gospodarske aktivnosti, vključno z ustanovitvijo sedeža⁴⁴⁰. Iz sodne prakse izhaja, da pojem »trgovanja« obsega tudi sporazume ali ravnanja, ki imajo učinek na konkurenčno strukturo trga. Tako so lahko na primer sporazumi in ravnanja, ki izključujejo ali so usmerjena v izključitev konkurenta, ki deluje znotraj EU, predmet presoje po pravilih konkurenčnega prava Unije⁴⁴¹. Trgovanje "med državami članicami" pomeni, da mora priti do vpliva na čezmejno gospodarsko aktivnost pri vsaj dveh državah članicah, pri čemer se ne zahteva, da ravnanje vpliva na trgovanje med celotnim ozemljem ene države članice in celotnim ozemljem druge države članice, ampak lahko gre tudi za del države članice, pod pogojem, da je vpliv na trgovanje znaten⁴⁴². Kriterij »trgovanje med državami članicami« ni odvisen od določitve geografskega trga, saj je lahko izkazan, četudi je geografski trg nacionalen ali celo sub-nacionalen.
256. Funkcija elementa »lahko vpliva« je definirati naravo zahtevanega vpliva na trgovanje med državami članicami. Sodišče EU je razvilo standarden test, po katerem pojem »lahko vpliva« implicira, da je mogoče na podlagi vrste objektivnih pravnih ali dejanskih okoliščin z zadostno stopnjo verjetnosti predvideti, da lahko neko ravnanje ali sporazum neposredno ali posredno, dejansko ali potencialno vpliva na vzorec trgovanja med državami članicami na način, da lahko ovira doseg enotnega trga. Kadar bi sporazum ali ravnanje lahko vplival na konkurenčno strukturo znotraj Unije, je vzpostavljena pristojnost za uporabo konkurenčnega prava Unije.
257. Pojem »znatnosti« omejuje pristojnost uporabe konkurenčnega prava Unije na tiste sporazume ali ravnanja, ki imajo lahko učinek določene stopnje. Člen 101 PDEU (prej 81. člen PES) se ne uporablja za tiste sporazume ali ravnanja, ki imajo le nepomemben vpliv na trg, kot posledica šibkega položaja zadevnih podjetij na trgu glede zadevnih proizvodov na trgu. Presoja znatnosti je odvisna od vsakokratnih okoliščin in vsakega primera posebej in se ne more določati pavšalno. Presoja znatnosti se tako nanaša na naravo sporazuma ali ravnanja, na naravo zadevnega proizvoda in tržni položaj zadevnih podjetij⁴⁴³.

VI.3.5.1 Uporaba v konkretnem primeru

258. Zadevni primer se nanaša na horizontalni sporazum v Republiki Slovenji. Dejstvo, da

⁴³⁹ Prvi odstavek 3. člena Uredbe Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe (Ur.l. L št. 1 z dne 4. 1. 2003, str. 1).

⁴⁴⁰ Sodbe Sodišča z dne 14. julija 1981 v zadevi Züchner, 172/80, Recueil, str. 2021, točka 18, z dne 19. februarja 2002 v zadevi Wouters, C-309/99, Recueil, str. I-1577, točka 95, z dne 25. oktobra 2001 v zadevi Ambulanz Glöckner, C-475/99, Recueil, str. I-8089, točka 49, z dne 21. januarja 1999 v združeni zadevi Bagnasco, C-215/96 in 216/96, Recueil, str. I-135, točka 51, z dne 11. decembra 1997 v zadevi Job Centre, C-55/96, Recueil, str. I-7119, točka 37, in z dne 23. aprila 1991 v zadevi Höfner in Elser, C-41/90, Recueil, str. I-1979, točka 33.

⁴⁴¹ Glej na primer sodbo Sodišča prve stopnje z dne 8. oktobra 1996 v zadevi Compagnie Maritime Belge Transports in drugi proti Komisiji, T-24/93, T-25/93, T-26/93 in T-28/93, Recueil, str. II-1439.

⁴⁴² Glej na primer sodbo Sodišča prve stopnje z dne 22. oktobra 1997 v zadevi SCK and FNK, T-213/95 in T-18/96, Recueil, str. II-1739.

⁴⁴³ Sodbe Sodišča z dne 30. junija 1966 v zadevi Société Technique Minière, 56/65, Recueil, str. 282, točka 7, z dne 28. april 1998 v zadevi Javico, C-306/96, Recueil, str. I-1983, točke 16-17, z dne 9. julija 1969 v zadevi Völk v Vervaecke, 5/69, Recueil, str. 295, točka 2, z dne 10. julija 1980 v zadevi Lancôme and Cosparfrance Nederland v Etos, 99/79, Recueil, str. I-2511, točka 24, in z dne 25. novembra 1971 v zadevi Béguelin Import, 22/71, Recueil, str. 949, točka 16.

zadevni kartel zadeva zgolj javna naročila v eni državi članici (Republiki Sloveniji), ne pomeni, da protipravno ravnanje oziroma sporazum ni zmožen imeti vpliva na trgovanje med državami članicami. Nasprotno, iz sodne prakse nedvoumno izhaja, da imajo sporazumi ali usklajena ravnanja, ki se raztezajo oziroma obsegajo celotno ozemlje ene države članice, kot je to v konkretnem primeru, po svoji naravi učinek okrepitev drobitev trgov na nacionalni osnovi, kar ima za posledico zaviranje gospodarskega/ekonomskega prepletanja, kar je temeljni namen Pogodbe o ustanovitvi Evropske unije (dosega gospodarskega prepletanja).⁴⁴⁴ Tudi po ustaljeni sodni praksi se vpliv, ki ga sporazum lahko ima na trgovanje med državami članicami, presoja predvsem glede na položaj in pomembnost strank na trgu zadevnih produktov.⁴⁴⁵

259. Stranke postopka so v izjavah o PRD zatrjevale⁴⁴⁶, da v predmetni zadevi ni izkazan učinek na trgovanje med državami članicami in tako ni pogoja, da se postopek vodi tudi po 101. členu PDEU. Salus je poudaril, da Agencija ni zadostila standardom, kot izhajajo iz prakse Vrhovnega sodišča (zlasti sodbe U 5/2008 z dne 30. 6. 2009), saj ni opravila analize narave sporazuma in ravnanj, vrste blaga in storitev, ki so predmet sporazuma, ter položaja in pomembnosti relevantnih podjetij. Očita, da je Agencija svoje ugotovitve utemeljila na napačnih dejstvih, da naj bi se sporna ravnanja raztezala na celotno ozemlje Republike Slovenije in da gre za javna naročila velikih vrednosti. Salus takšni opredelitvi dosega spornih ravnanj nasprotuje in navaja, da se ravnanja veletrgovcev, ki so predmet tega postopka, nanašajo zgolj na del prodaje zdravil na debelo in da ne vključujejo prodaje drugim javnim zdravstvenim zavodom, drugim zasebnim zdravstvenim ustanovam, niti ne vključujejo prodaje 15 preostalim javnim lekarniškim zavodom. Dodaja, da Agencija tudi ni utemeljila zaključkov, da naj bi bila tuja podjetja ovirana oziroma omejena pri ponujanju svojih storitev na tem ozemlju, kar je zlasti nelogično glede na dejstvo, da Agencija strankam postopka očita, da so bile zaradi njihovih ravnanj cene zdravil visoke, kar pa dejansko omogoča vstop na trg tujim ponudnikom. Farmadent in Gopharm pa sta še poudarila, da izsledki pravne stroke kažejo na to, da je širjenje dometa 101. člena PDEU stvar preteklosti.
260. Agencija poudarja, da je v predmetni zadevi nedvomno izkazan učinek na trgovanje med državami članicami. Agencija je že v PRD utemeljila⁴⁴⁷, da so stranke postopka vsi pomembnejši veletrgovci z zdravili, aktivni na območju Republike Slovenije, pri tem se nanaša kršitev na območje celotne Republike Slovenije, hkrati pa gre za javna naročila zelo velikih vrednosti na področju dobave zdravil na debelo. Agencija je tudi poudarila, da ni ovir, da bi na javne razpise za nabavo zdravil oddajali ponudbe tudi konkurenti iz tujine, vendar ne glede na navedeno, takšnih prijav v obdobju trajanja kršitve ni bilo. Ne glede na visoko regulacijo farmacevtskega sektorja Agencija zaključuje, da predpisi, ki veljajo na območju Republike Slovenije, ne izključujejo konkurence tujih veletrgovcev z zdravili v postopkih javnega naročanja zdravil s strani javnih lekarniških zavodov. Tudi z vidika obstoja dejanskih ovir, kot na primer kratki dobavni roki, ki so običajni pri dobavi zdravil lekarnam, Agencija meni, da vstop tujim podjetjem na trg ni onemogočen. Agencija dodaja, da so celo podjetja sama, na primer podjetje Kemofarmacija, navajala v postopkih presoje koncentracij pred bivšim Uradom, da obstaja potencialna konkurenca tujih distributerjev, ki lahko prosto konkurirajo na slovenskih javnih razpisih oziroma neposredno oskrbujejo zasebni sektor.⁴⁴⁸ Dejstvo je, da tuji konkurenti, zaradi ravnanj strank postopka, kot so opisana v tej odločbi, in zaradi njihovega položaja na trgu, na predmetni trg težko oziroma sploh ne vstopajo. Hkrati je treba poudariti, da je Slovenija referenčna država za oblikovanje cen zdravil v drugih državah (izračun vrednosti PEC), s čimer je še dodatno nedvomno izkazan t.i. čezmejni učinek. Poleg tega pa tudi ni zanemarljivo dejstvo, da je Kemofarmacija odvisna družba v skoraj 100 odstotni lasti (glej točko 24 odločbe) družbe Celesio AG, ki je ena izmed največjih evropskih veletrgovalnic in deluje na območju več držav članic Evropske unije.

⁴⁴⁴ Sodba Sodišča z dne 19. februarja 2002 v zadevi Wouters, C-309/99, Recueil, str. I-1577, točka 95.

⁴⁴⁵ Sodba Sodišča z dne 28. aprila 1998 v zadevi Javico, C-306/96, Recueil, str. I-1983, točka 17.

⁴⁴⁶ Izjava Farmadenta in Gopharma o PRD opr. št. 306-45/2010-144, str. 26 in 27, izjava Salusa o PRD opr. št. 306-45/2010-146 str. 21 in 22.

⁴⁴⁷ Glej PRD str. 238 – 231.

⁴⁴⁸ Razvidno iz odločbe Urada opr. št. 306-147/2008-6 z dne 10. 10. 2008, 27. točka, str. 6 (dokument opr. št. 306-45/2010-121, priloga št. 9).

261. Salus (podobno tudi Farmadent) je v izjavi o PRD tudi opozoril, da visoke cene na trgu (glede na očitke Agencije, da so cene ves čas na najvišji dopustni ravni) dejansko omogočajo vstop na trg novim ponudnikom oziroma ga celo spodbujajo. Visoke cene so po navedbah Salusa lahko signal morebitnim ponudnikom, da je trg dobičkonosen. Agencija ponovno poudarja, da naslovnikom odločbe očita, da so oddajali ponudbe po maksimalnih, najvišjih dovoljenih cenah in nikjer ne zatrjuje, da so to visoke cene v smislu dobičkonosnosti. Agencija tudi ne nasprotuje mnenju podjetja Salus, da trg prodaje zdravil v Republiki Sloveniji ni zanimiv za tuje veletrgovce tudi iz drugih razlogov, ki jih ta našteva: zaradi majhnosti trga in regulacije na trgu, ki cene zdravil niža in onemogoča dobičke, ki bi privabili nove ponudnike. Agencija torej dopušča tudi druge možnosti glede razlogov, zakaj ni vstopov tujih konkurentov, kar pa nikakor ne spremeni dejstva, da obstajajo možnosti za vstop tujih konkurentov na trg, do katerih pa v praksi v relevantnem obdobju ni prišlo. Na konkurenco iz tujine so se sklicevale celo same stranke postopka (na primer Kemofarmacija in Farmadent), ko je tedanji Urad v letu 2008 presojal koncentracijo podjetij Kemofarmacija in Vitapharm (ter koncentraciji Farmadenta in Gopharma ter Farmadenta in Hygie), kjer sta oba priglasielja menila, da močna konkurenca domačih ter potencialna konkurenca tujih distributerjev, ki lahko prosto konkurirajo na slovenskih javnih razpisih oziroma neposredno oskrbujejo zasebni sektor, zagotavlja strankam veliko izbiro tudi po izvedenih koncentracijah.
262. Glede navedb Farmadenta in Gopharma, da je širjenje dometa 101. člena PDEU stvar preteklosti, pa Agencija pojasnjuje, da navedeno ne drži. Nov režim za uporabo protimonopolnih postopkov, ki so bili uvedeni z Uredbo Sveta (ES) št. 1/2003, je bil oblikovan ravno z namenom učinkovitejšega izvajanja pravil konkurence Evropske unije v interesu potrošnikov in podjetij ter zmanjšanja upravnih bremen za podjetja, ki poslujejo v Evropi. S sprejemom navedene uredbe se je ravno okrepila vloga nacionalnih organov, pristojnih za konkurenco, in nacionalnih sodišč pri izvajanju konkurenčnega prava Evropske unije, vse z namenom, da se zagotovi njegovo učinkovito in enotno izvajanje. Hkrati je treba poudariti, da se stranki postopka v podporo svojim trditvam sklicujeta na stare vire in navajata zastarelo literaturo. Vse navedeno brez dvoma kaže, da je Agencija zadostila vsem potrebnim standardom za ugotovitev, da je uporaba 101. člena PDEU utemeljena.
263. V skladu z navedenim sporazum oziroma usklajeno ravnanje glede delitve posameznih javnih naročil, katerega cilj je stabilizacija trga oziroma tržnih deležev v Republiki Sloveniji, s strani vodilnih slovenskih veletrgovcev z zdravili lahko vpliva na trgovanje med državami članicami in vodi do odmika od trgovskih tokov, ki bi se sicer vzpostavili.⁴⁴⁹

VI.3.6 Enotna, kompleksna in trajajoča kršitev

264. Karteli običajno vključujejo kompleksno zastavljeno tajno dogovarjanje podjetij skozi daljše časovno obdobje, kjer lahko vsak stik oziroma dogovor za sebe pomeni kršitev 6. člena ZPOMK-1 in 101. člena PDEU (prej 81. člen PES). V praksi Komisije in Sodišča se je pri uporabi člena 101. člena PDEU uveljavila uporaba pojma »enotna in trajajoča kršitev« oziroma v zadnjem času »enotna, kompleksna in trajajoča kršitev«. Kršitev 6. člena ZPOMK-1 in 101. člena PDEU (prej 81. člen PES) namreč ni nujno le posledica posameznega dejanja, ampak celega niza dejanj ali tudi neprekinjenega ravnanja. Pojem enotne, trajajoče kršitve se nanaša prav na položaj, ko je več podjetij udeleženih pri kršitvi, sestavljeni iz trajajočega ravnanja z enim samim gospodarskim ciljem, to je omejevanje konkurence, ali posameznih kršitev, ki so med seboj povezane z enotnostjo cilja (isti cilj za vse elemente) in gospodarskih subjektov (kršitev zadeva ista podjetja, ki se zavedajo, da sodelujejo z namenom doseči isti cilj). Tudi en ali več elementov tega niza dejanj ali neprekinjenega ravnanja bi lahko sam po sebi in ločeno pomenil kršitev navedene določbe.⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ Podobno tudi sodba Sodišča z dne 29. oktobra 1980 v združenih zadevah Van Landewyck in drugi proti Komisiji, 209 do 215 in 218/78, Recueil, str. 3125, točka 170.

⁴⁵⁰ Sodba Sodišča z dne 8. julija 1999 v zadevi Komisija proti Anic Participazioni, C-49/92 P, Recueil, str. I-4125, točke 78-81, 83-85 in 203.

265. Kadar se različna ravnanja zaradi istega protikonkurenčnega cilja uvrščajo v enoten načrt, lahko Agencija naloži odgovornost za ta ravnanja glede na sodelovanje pri kršitvi kot celoti. Razdelitev tega trajajočega ravnanja, za katero je značilno prizadevanje za en sam cilj, na ločene kršitve bi bila torej umetna, saj gre, nasprotno, za enotno kršitev, ki se je postopoma uresničevala v sporazumih in usklajenih ravnanjih.⁴⁵¹ V takih okoliščinah je podjetje, ki je bilo udeleženo pri kršitvi s svojimi ravnanji, ki jih zajema pojem sporazuma ali usklajenega ravnanja s protikonkurenčnim ciljem v smislu 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU (prej 81. člen PES) in ki pripomorejo k uresnitvi kršitve v celoti, odgovorno tudi za ravnanja drugih podjetij v okviru iste kršitve v vsem obdobju svoje udeležbe pri navedeni kršitvi.⁴⁵² Enotnost kršitve namreč izhaja iz enotnosti cilja, za katerega so si prizadevali posamezni udeleženci omejevalnega sporazuma, in ne iz pravil uporabe tega sporazuma.⁴⁵³ Drugače povedano, podjetje je lahko odgovorno za sodelovanje pri kršitvi kot celoti, četudi je dokazano, da je neposredno sodelovalo le pri enem ali nekaj delih enotnega protikonkurenčnega sporazuma. Udeležba podjetja pri zadevnih omejevalnih sporazumih lahko odraža njegov pristop k enotnemu sporazumu. Navedeno velja pod pogojem, da tak posamezni sporazum spada v enotni načrt, ki uresničuje skupni cilj, in da je podjetje, kadar je bilo udeleženo pri omejevalnih sporazumih, vedelo ali bi moralo vedeti, da se je s tem vključilo v okvir enega samega enotnega sporazuma.⁴⁵⁴ Podjetje je torej odgovorno za globalni omejevalni sporazum, čeprav je dokazano, da je neposredno sodelovalo le pri enem ali nekaj konstitutivnih elementih tega omejevalnega sporazuma, če je, prvič, vedelo ali bi moralo vedeti, da je bilo tajno usklajevanje, pri katerem je sodelovalo, del celovitega sistema in, drugič, da je ta sistem pokrival vse konstitutivne elemente omejevalnega sporazuma.⁴⁵⁵
266. Poleg tega v okviru splošnega sporazuma, ki je trajal več let, nekajmesečni zamik med posameznimi izrazi omejevalnega sporazuma ne pomeni veliko. Zato je odločilno dejstvo, da se različna dejanja zaradi enakega cilja umeščajo v skupni načrt⁴⁵⁶. Samo dejstvo, da morebiti podjetje ni sodelovalo pri vseh elementih omejevalnega sporazuma ali da je igralo manj pomembno vlogo, se pri dokazovanju obstoja kršitve, ki jo je storilo to podjetje, ne upošteva. Te dejavnike je treba upoštevati samo pri presojanju teže kršitve in po potrebi pri določanju globe.⁴⁵⁷ Čeprav so torej sporazumi in usklajena ravnanja iz 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU (prej 81. člen PES) nujno rezultat sodelovanja več podjetij, ki so vsa sostorilci kršitve, so lahko ta podjetja udeležena na različne načine, zlasti glede na značilnosti zadevnega trga in položaj posameznih podjetij na tem trgu, cilje, ki jih želijo doseči, in izbrana ali načrtovana pravila izvajanja. Zato samo okoliščina, da je vsako podjetje v kršitvi udeleženo na svoj način, ne vpliva na to, da se kršitev opredeli kot enotna in trajajoča.

VI.3.6.1 Uporaba v konkretnem primeru

267. Agencija ugotavlja, da so podjetja, naslovniki te odločbe, vsako v časovnem obdobju, navedenem v razdelku VI.3.6.1.3 Udeležba posameznih podjetij v kartelu, skozi daljše časovno obdobje sodelovala pri enotni, kompleksni in trajajoči kršitvi 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU, in sicer tako, da so se pri prodaji zdravil za uporabo v humani

⁴⁵¹ Odločba Komisije z dne 8.12.2010 v zadevi COMP/39.309 - LCD - Liquid Crystal Displays, točka 275 obrazložitve.

⁴⁵² Sodba Sodišča z dne 8. julija 1999 v zadevi Komisija proti Anic Participazioni, C-49/92 P, Recueil, str. I-4125, točki 82 in 83.

⁴⁵³ Sodbi Sodišča prve stopnje z dne 8. julija 2008 v zadevi T-53/03 BPB plc proti Komisiji, Recueil, str. II-01333, točka 255, in z dne 15. marca 2000 v zadevi Cimenteries CBR in drugi proti Komisiji, T-25/95 idr, Recueil, str. II-491, točki 284 in 4127.

⁴⁵⁴ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 15. marca 2000 v zadevi Cimenteries CBR in drugi proti Komisiji, T-25/95 idr, Recueil, str. II-491, točki 4027 in 4112.

⁴⁵⁵ Sodbi Sodišča prve stopnje z dne 20. aprila 1999 v združenih zadevah Limburgse Vinyl Maatschappij in drugi proti Komisiji, od T-305/94 do T-307/94, od T-313/94 do T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 in T-335/94, Recueil, str. II-931, točka 773, in z dne 20. marca 2002 v zadevi HFB in drugi proti Komisiji, T-9/99, Recueil, str. II-1487, točka 231.

⁴⁵⁶ Sodba Sodišča z dne 7. januarja 2004 v združenih zadevah Aalborg Portland in drugi proti Komisiji, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P in C-219/00 P, Recueil, str. I-123, točka 260.

⁴⁵⁷ Sodba Sodišča z dne 7. januarja 2004 v združenih zadevah Aalborg Portland in drugi proti Komisiji, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P in C-219/00 P, Recueil, str. I-123, točka 86.

medicini na debelo javnim lekarniškim zavodom dogovarjala oziroma usklajeno ravnala pri določanju cen zdravil na debelo, oddaji ponudb za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom in razdelitvi trga oziroma javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom, ter na ta način medsebojno omejevala konkurenco. Agencija v obravnavanem primeru ugotavlja, da so se podjetja Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm skozi daljše časovno obdobje dogovarjala oziroma usklajevala pri določanju cen zdravil na debelo in delitvi posameznih razpisov za dobavo zdravil naročnikom, javnim lekarniškim zavodom, ter usklajeno oddajala ponudbe, z namenom zagotoviti, da bo posamezno javno naročilo oddano točno določenim podjetjem v dogovorjenih deležih. Takšna ravnanja oziroma serija ravnanj podjetij je med seboj tako povezana, da se pokažejo kot celota, posamezna ravnanja pa kot posamezni deli te celote. Agencija ugotavlja, da obstajajo določeni skupni elementi, ki povezujejo ravnanja podjetij v celoto, ne glede na dejstvo, da so bila podjetja, na katera se ta odločba nanaša, udeležena pri kršitvi z različno intenzivnostjo in v različnih obdobjih.

268. Podjetja so se skozi daljše časovno obdobje usklajevala glede načina nastopanja podjetij v postopkih oddaje ponudb, z namenom zagotoviti, da bodo javna naročila oddana podjetjem glede na pretekle deleže dobav zdravil posameznim lekarnam. V okoliščinah iz obravnavanega primera sporazumi in usklajena ravnanja zaradi enotnega cilja in tesne sinergije spadajo v okvir enotnega načrta, ta pa se uvršča v sklop prizadevanj zadevnih podjetij za to, da bi dosegla en sam gospodarski cilj: razdeliti javna naročila za dobavo zdravil glede na pretekle deleže dobav posameznim javnim lekarniškim zavodom in s tem stabilizirati njihove tržne deleže. Takšna ravnanja oziroma serija ravnanj podjetij je med seboj tako povezana, da se pokažejo kot celota, posamezna ravnanja pa kot posamezni sestavni deli te celote.
269. Glede obstoja globalnega načrta, ki uresničuje skupni cilj, je treba ugotoviti, da so stranke postopka poskušale doseči delitev javnih naročil za dobavo zdravil lekarnam v skladu z obstoječimi deleži dobav. Iz poglavja V. Opis ravnanj je razvidno, da je bil skupni cilj – uresničuje se z različnimi sredstvi, ki so del celovitega načrta – razdelitev javnih naročil za dobavo zdravil lekarnam glede na obstoječe tržne deleže in stabilizacija njihovih tržnih deležev ter ohranitev cen zdravil na debelo na višji ravni kot v primeru, da bi si konkurirali (v razmerju do ZZS celo na najvišji dopustni ravni). Skupni cilj je naveden tudi v razdelku VI.3.4. Omejevanje konkurence kot cilj ali učinek. Agencija je v poglavju V. Opis ravnanj podrobno opredelila vsa ravnanja, ki jih šteje za prepovedana (po 6. členu ZPOmK-1 in 101. členu PDEU), in navedla kako se medsebojno dopolnjujejo, pri čemer je v tem poglavju VI. Presoja ravnanj dodatno utemeljila zakaj meni, da je treba ta ravnanja opredeliti kot enotno in trajajočo kršitev. Glede na navedeno Agencija zavrača kot neutemeljene očitke Salusa, da naj bi Agencija pojem enotnega cilja določila le s splošnim sklicevanjem na izkrivljanje konkurence na trgu, ki ga zadeva kršitev, brez podrobnejšega preverjanja oziroma analize ravnanj in okoliščin, kot to izhaja iz sodne prakse Splošnega sodišča (zadeva T-385/06).

VI.3.6.1.1 Začetek kršitve

270. Glede na ugotovitve, da so tržni deleži podjetij, naslovnikov odločbe, že od leta 2005 dalje zelo stabilni in da podjetja (veletrgovci) že ves čas sodelujejo z razmeroma enakimi deleži dobav z istimi kupci (javnimi lekarniškim zavodi), Agencija meni, da obstaja verjetnost, da je med podjetji Kemofarmacija in Salus obstajala skupna volja o nekonkuriranju in stabilizaciji trga že pred letom 2006. Da je morala med podjetji obstajati skupna volja o nekonkuriranju, izhaja tudi iz ugotovitev Agencije o vzporednem oddajanju ponudb podjetij v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom, za Kemofarmacijo in Salusom vsaj od 25. 4. 2006 dalje, Gopharm od dne 7. 12. 2007 in Farmadent od dne 9. 1. 2008, in o odsotnosti druge skladne razlage za takšno ravnanje.
271. Agencija na tem mestu pojasnjuje, da je v PRD štela za začetek kršitve prvo oddajo vzporednih ponudb podjetij Kemofarmacija in Salus v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil, to je oddaja ponudb dne 25. 4. 2006 pri naročniku Lekarna Ljubljana. Tudi za podjetji Gopharm in Farmadent je Agencija štela, da sta vstopili v kartel z dnem,

ko sta oddali vzporedni ponudbi (za podjetje Gopharm: oddaja ponudb dne 7. 12. 2007 pri naročniku Obalne lekarne in za podjetje Farmadent: oddaja ponudb dne 9. 1. 2008 pri naročniku Zasavske lekarne). Po prejemu izjav o PRD, ki so jih podale stranke postopka, je Agencija ponovno preučila dokumente v spisu in v tej odločbi opredelila začetek kršitve in vstop podjetij Farmadent in Gopharm v kartel ožje, kot v PRD. Čeprav Agencija tudi ob izdaji te odločbe meni, da so v predmetni zadevi izkazane okoliščine, na podlagi katerih Agencija zaključuje, da je za vzporedno oddajanje ponudb naslovnikov odločbe v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom usklajeno ravnanje edina verjetna razlaga takega vzporednega obnašanja, je v korist strank postopka štela za začetek kršitve in vstop Farmadenta in Gopharma v kršitev, datume, ki izhajajo iz dokazov, iz katerih je brez dvoma razvidno, kdaj točno so se podjetja uskladila, da si ne bodo konkurirala ter pripadnost skupnemu cilju.

272. Ker ni dokazov o tem, kdaj točno so se podjetja uskladila, da si ne bodo konkurirala, Agencija šteje, da je iz dokumentov: razpredelnice, sestavljene na računalniku in poimenovane »% danih popustov za uskladitev NPV + ostalo z 11. 12. 2007«⁴⁵⁸ in finančni dobropis za naknadno priznani popust za promet izdelkov v obdobju od 1. 7. 2007 do 31. 12. 2007⁴⁵⁹ ter navedb Kemofarmacije v izjavi o PRD (glej točko 149 odločbe) brez dvoma izkazano, da sta se konec leta 2007 podjetji Kemofarmacija in Salus, vodilni veledrogeriji, ki dobavljata zdravila lekarnam na območju celotne Republike Slovenije, usklajevali glede dajanja popustov in da je med njima obstajala skupna volja o sodelovanju, namesto konkuriranja. Glede na navedeno Agencija za namene te odločbe ugotavlja, da sta podjetji **Kemofarmacija** in **Salus** udeleženi v kršitvi od 10. 12. 2007⁴⁶⁰ dalje, kar Agencija šteje za datum začetka kršitve.

Farmadent

273. Za podjetje Farmadent Agencija ugotavlja, da je vzporedno oddajalo ponudbe s podjetjema Kemofarmacija in Salus v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom od 9. 1. 2008 dalje in da za takšno ravnanje ni druge skladne razlage. Glede na to, da Agencija ne razpolaga z dokazi o tem, kdaj točno se je podjetje Farmadent sporazumelo oziroma uskladilo s podjetjema Kemofarmacija in Salus in se vključilo v enotno trajajočo kršitev, Agencija šteje, da dokument »Zapisnik z dne 29. 1. 2008«⁴⁶¹, podpisan s strani predstavnika podjetja Farmadent, brez dvoma izkazuje, da je podjetje Farmadent soglašalo s konkurentoma Kemofarmacija in Salus, da razdelitev javnega naročila za dobavo zdravil javnemu lekarniškem zavodu ne bo prepuščena naključju (žrebanju), kot je predlagal naročnik v vabilu, temveč se je izbor količin in vrste blaga opravil kar na samem sestanku glede na specializiranost posameznih konkurentov oziroma glede na predhodne deleže dobav. Čeprav je torej izkazano, da je podjetje Farmadent že dne 9. 1. 2008 oddalo enako ponudbo kot njegova konkurenta, pa Agencija za namene te odločbe šteje, da se je podjetje Farmadent brez dvoma najkasneje 29. 1. 2008 vključilo v kartelno dogovarjanje glede delitve javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom, kar je v korist podjetja. Nadalje Agencija tudi razpolaga z dokazi - elektronskimi sporočili iz leta 2009 (»Dogovor z veledrogerijami«⁴⁶², »Dogovor o ceni zavezanec – veledrogerija«⁴⁶³), iz katerih brez dvoma izhaja, da je bilo tudi podjetje Farmadent naslovnik elektronskih sporočil, preko katerih so se naslovniki odločbe dne 18. 2. 2009 uskladili oziroma dogovorili, da med seboj ne bodo tekmovali s popusti, temveč bodo lekarnam ponujali zdravila po dogovorjenih cenah, to je cenah, ki so bile dogovorjene med proizvajalci zdravil in ZZZS. Prejem elektronskih sporočil,

⁴⁵⁸ Dokument št. 306-45/2010-21, mapa 1, zaporedna št. 7. Na dokumentu se nahaja razpredelnica, v kateri je navedenih 18 zdravil (v vrsticah) in pri vsakem izmed njih (v stolpcih): »VPC-11.12.2007«, »% znižanja«, »cena s popustom«, »proizvajalec« in navedba glede višine popusta (»ostane/malenkostna sprememba v višini popusta/brisati popuste na vseh možnih kupcih/nova uvedba popusta za vse kupce«). Pod razpredelnico se nahaja lastnoročen zapis s parafo in datumom »Usklajeno s Salusom. [nečitljiva parafa] 10. 12. 07«.

⁴⁵⁹ Dokument št. 306-45/2010-21, mapa 1, zaporedna št. 3.

⁴⁶⁰ Iz dokumenta razpredelnice, sestavljene na računalniku in poimenovane »% danih popustov za uskladitev NPV + ostalo z 11. 12. 2007«, na katerem se nahaja lastnoročen zapis s parafo in datumom »Usklajeno s Salusom. [nečitljiva parafa] 10. 12. 07«, Agencija sklepa, da sta se podjetji Kemofarmacija in Salus uskladili najkasneje 10. 12. 2007.

⁴⁶¹ Dokument št. 306-45/2010-45 (priloge).

⁴⁶² Dokument št. 306-45/2010-25, mapa 5, zaporedna št. 2.

⁴⁶³ Dokument št. 306-45/2010-25, mapa 5, zaporedna št. 4.

poslanih vsem naslovnikom odločbe, v katerih je jasno izražen predlog, da veletrgovci ponujajo zdravila lekarnam po dogovornih cenah, brez popustov, kaže na to, da se je podjetje Farmadent moralo zavedati usklajevanja oziroma dogovarjanja med člani kartela, in je tako tudi čez nekaj dni, dne 20. 2. 2009, oddalo ponudbo pri naročniku Lekarna Velenje s povsem enako skupno vrednostjo kot ostali ponudniki: podjetja Kemofarmacija Salus in Gopharm (glej Oddaja ponudb dne 19. 2. 2009 in 20. 2. 2009 (naročnik: Lekarna Velenje, predvideni rok za oddajo ponudb: 20. 2. 2009 do 9.00 ure, datum odpiranja ponudb: 20. 2. 2009 ob 10.00 uri, točka 10. v prilogi 5 Oddajanje ponudb v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil). Farmadent je nato pri istem naročniku, ki je povabil podjetja, ki so oddala ponudbe, na pogajanja oziroma v primeru neuspešnih pogajanj na žrebanje, dne 13. 3. 2009 soglašal, da si s konkurenti Kemofarmacija, Salus in Gopharm razdelijo javno naročilo za dobavo zdravil javnemu lekarniškem zavodu tako, da ni bilo prepuščeno naključju (žrebanju), kot je predlagal naročnik v vabilu, temveč se je izbor količin in vrste blaga opravil kar na samem sestanku glede na predhodne deleže dobav. Navedeno izhaja dokumenta »Zapisnik z dne 13. 3. 2009«⁴⁶⁴, podpisanega tudi s strani predstavnika podjetja Farmadent. Glede na navedeno in ostalo dokumentacijo v spisu, ki se nanaša na podjetje Farmadent, Agencija šteje, da se je podjetje **Farmadent** brez dvoma najkasneje **29. 1. 2008** vključilo v kartelno dogovarjanje glede določanja cen zdravil, oddaje ponudb v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom in delitev javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom.

Gopharm

274. Agencija tudi za podjetje Gopharm, ki je bilo pred vstopom družbe Farmadent (27. 5. 2009) samostojno podjetje, ugotavlja, da je vzporedno oddajalo ponudbe s podjetjema Kemofarmacija in Salus v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom od 7. 12. 2007 dalje in da za takšno ravnanje ni druge skladne razlage. Glede na to, da Agencija ne razpolaga z dokazi o tem, kdaj točno se je podjetje Gopharm sporazumelo oziroma uskladilo s podjetji Kemofarmacija, Salus in Farmadent ter se vključilo v enotno trajajočo kršitev, Agencija šteje, da iz elektronskih sporočil iz leta 2009 (»Dogovor z veledrogerijami«⁴⁶⁵, »Dogovor o ceni zavezanec – veledrogerija«⁴⁶⁶) brez dvoma izhaja, da je bilo tudi podjetje Gopharm naslovnik elektronskih sporočil, preko katerih so se naslovniki odločbe dne 18. 2. 2009 uskladili oziroma dogovorili, da med seboj ne bodo tekmovali s popusti, temveč bodo lekarnam ponujali zdravila po dogovorjenih cenah, to je cenah, ki so bile dogovorjene med proizvajalci zdravil in ZZZS. Čeprav je torej izkazano, da je podjetje Gopharm že dne 7. 12. 2007 oddalo enako ponudbo kot njegova konkurenta Kemofarmacija in Salus, pa Agencija za namene te odločbe šteje, da se je podjetje Gopharm brez dvoma najkasneje 18. 2. 2009 vključilo v kartelno dogovarjanje glede določanja cen zdravil in oddaje ponudb v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom, kar je v korist podjetja. Prejem elektronskih sporočil, poslanih vsem naslovnikom odločbe, v katerih je jasno izražen predlog, da veletrgovci ponujajo zdravila lekarnam po dogovornih cenah, brez popustov, kaže na to, da se je podjetje Gopharm moralo zavedati usklajevanja oziroma dogovarjanja med člani kartela, in je tako tudi čez nekaj dni, dne 20. 2. 2009, oddalo ponudbo pri naročniku Lekarna Velenje s povsem enako skupno vrednostjo kot ostali ponudniki, podjetja Kemofarmacija Salus in Farmadent (glej Oddaja ponudb dne 19. 2. 2009 in 20. 2. 2009 (naročnik: Lekarna Velenje, predvideni rok za oddajo ponudb: 20. 2. 2009 do 9.00 ure, datum odpiranja ponudb: 20. 2. 2009 ob 10.00 uri, točka 10. v prilogi 5 Oddajanje ponudb v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil). Gopharm je nato pri istem naročniku, ki je povabil podjetja, ki so oddala ponudbe, na pogajanja oziroma v primeru neuspešnih pogajanj na žrebanje, 13. 3. 2009 soglašal, da si s konkurenti Kemofarmacija, Salus in Farmadent razdelijo javno naročilo za dobavo zdravil javnemu lekarniškem zavodu tako, da ni bilo prepuščeno naključju (žrebanju), kot je predlagal naročnik v vabilu, temveč se je izbor količin in vrste blaga opravil kar na samem sestanku glede na predhodne deleže dobav. Navedeno izhaja iz dokumenta »Zapisnik z dne 13. 3.

⁴⁶⁴ Dokument št. 306-45/2010-9 (priloge).

⁴⁶⁵ Dokument št. 306-45/2010-25, mapa 5, zaporedna št. 2.

⁴⁶⁶ Dokument št. 306-45/2010-25, mapa 5, zaporedna št. 4.

2009»⁴⁶⁷, podpisanega tudi s strani predstavnika podjetja Gopharm. Glede na navedeno in ostalo dokumentacijo v spisu, ki se nanaša na podjetje Gopharm, Agencija šteje, da se je podjetje **Gopharm** brez dvoma najkasneje **18. 2. 2009** vključilo v kartelno dogovarjanje glede določanja cen zdravil, oddaje ponudb v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom in delitev javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom.

275. Iz navedenega izhaja, da so vsa podjetja, Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm, vedela ali bi morala vedeti, da so očitana ravnanja del enotne, kompleksne in trajajoče kršitve oziroma da so se vključila v okvir enega samega enotnega sporazuma. Zato Agencija zavrača kot neutemeljene navedbe podjetja Salus v izjavi o PRD, da je Agencija zgolj pavšalno razložila, da naj bi ravnanja predstavljala enotno, kompleksno in trajajočo kršitev in da za to ne poda nobenih dokazov ter da Agencija ni ugotavljala niti dokazala, da je podjetje Salus vedelo ali bi moralo vedeti, da so očitana ravnanja del enotne, kompleksne in trajajoče kršitve.⁴⁶⁸

VI.3.6.1.2 Konec kršitve

276. Glede na to, da Agencija ne razpolaga z nikakršnimi dokazi, iz katerih bi izhajalo, da se je katerakoli izmed strank postopka javno distancirala od kartela ali da je kartel prenehal, Agencija šteje, da kršitev v času izdaje te odločbe še traja. Agencija poudarja, da naslovniki odločbe niso predložili Agenciji nobenega dokaza, da so dogovori o dobavah zdravil posameznim javnim lekarniškim zavodom, za katere je Agencija v PRD in tej odločbi ugotovila, da so bili sklenjeni v zvezi s predmetno kršitvijo, prenehali veljati, ali da so v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom odstopili od dosedanjih praks, za katere Agencija ugotavlja, da gre za prepovedana ravnanja z vidika pravil konkurence, temveč zatrjujejo ves čas postopka, da je bilo njihovo ravnanje skladno z veljavnimi predpisi, zaradi česar po njihovem mnenju sploh ne gre za kartelno dogovarjanje. Zato Agencija utemeljeno šteje, da predmetna kršitev še traja in je opredelila kot datum konca kršitve dan izdaje te odločbe.

VI.3.6.1.3 Udeležba posameznih podjetij v kartelu

277. Iz zgoraj navedenega je razvidno, da je bila udeležba posameznih podjetij v kartelu naslednja:

	Podjetje	Začetek	Konec
1	Kemofarmacija	10. 12. 2007	/
2	Salus	10. 12. 2007	/
3	Farmadent	29. 1. 2008	/
4	Gopharm	18. 2. 2009	/

VI.3.7 Dokazni standard

278. Agencija mora predložiti dokaze, s katerimi lahko pravno zadostno dokaže obstoj dejstev in okoliščin, ki pomenijo kršitev prvega odstavka 6. člena ZPOmK-1 ter prvega odstavka 101. člena PDEU (prej 81. člen PES).⁴⁶⁹
279. Agencija se mora sklicevati na natančne in dosledne dokaze, da bi dokazala obstoj

⁴⁶⁷ Dokument št. 306-45/2010-9 (priloge).

⁴⁶⁸ Pri tem se je sklicevalo na prakso Splošnega sodišča (zadeva T-210/08), ki je odločilo, da dejstvo, da sta cilj dogovora, pri katerem sodeluje podjetje, in cilj globalnega omejevalnega sporazuma, enaka, ne zadostuje, da bi se temu podjetju pripisalo sodelovanje pri globalnem sporazumu. Zgolj če je takšno podjetje vedelo ali bi moralo vedeti, da se je s tem vključilo v globalni omejevalni sporazum, lahko njegovo sodelovanje pri zadevnem pogovoru pomeni izraz njenega pristopa k temu globalnemu omejevalnemu sporazumu.

⁴⁶⁹ Smiselno enako v sodbi Sodišča z dne 17. decembra 1998 v zadevi Baustahlgewebe proti Komisiji, C-185/95 P, Recueil, str. I-8417, točka 58, in sodbi Splošnega sodišča z dne 12. aprila 2013 v zadevi CISAC proti Komisiji, T-442/08, še neobjavljena v ZOdI., točka 91.

kršitve⁴⁷⁰ in da bi utemeljila trdno prepričanje, da gre pri zatrjevanih kršitvah za omejevanje konkurence v smislu prvega odstavka 6. člena ZPOmK-1 ter prvega odstavka 101. člena PDEU (prej 81. člen PES)⁴⁷¹.⁴⁷² Vendar ni nujno, da vsak dokaz, ki ga predloži Agencija, izpolnjuje ta merila glede vsakega znaka/elementa kršitve. Dovolj je, da sklenjen krog indicev, na katerega se sklicuje Agencija, gledano na splošno, izpolnjuje to zahtevo.⁴⁷³

280. Indici, ki jih navede Agencija v odločbi, da bi dokazala, da je podjetje kršilo prvi odstavek 6. člena ZPOmK-1 ter prvi odstavek 101. člena PDEU (prej 81. člen PES), se ne smejo presojati ločeno, ampak kot celota.⁴⁷⁴ Po drugi strani pa izvršitev dogovorjenega oziroma dosega cilja sporazuma kot dokaz ni nujna predpostavka za ugotovitev kršitve. Neizvršitev dogovora ni mogoče presojati v izolaciji od drugih dokazov, zato taka neizvršitev dogovorjenega sama po sebi še ni razbremenilna.
281. Ker so namreč prepoved sodelovanja pri protikonkurenčnih ravnanjih in sporazumih ter sankcije, ki lahko doletijo kršitelje, znane, je običajno, da so dejavnosti v okviru teh ravnanj in sporazumov tajne, da so sestanki tajni in da je dokumentacije o tem čim manj. Tudi če Agencija najde dokazila, ki jasno dokazujejo nedovoljeno navezovanje stikov med gospodarskimi subjekti, kot so poročila s sestankov, so ta običajno le nepopolna in nepovezana, tako da je treba do podrobnosti pogosto priti s sklepanjem. Večinoma je treba o obstoju ravnanja ali protikonkurenčnega sporazuma sklepati iz več naključij in indicev, ki lahko, če se obravnavajo skupaj in če ni drugih skladnih pojasnil, pomenijo dokaz o kršitvi pravil o konkurenci.⁴⁷⁵ Ob upoštevanju splošno znane prepovedi protikonkurenčnih sporazumov od Agencije ni mogoče zahtevati, naj predloži listine, ki izrecno dokazujejo stike med zadevnimi gospodarskimi subjekti. Nepopolne in skromne dokaze, s katerimi naj bi razpolagala Agencija, bi bilo treba v vsakem primeru dopolniti z ugotovitvami, ki bi omogočale rekonstrukcijo upoštevanih okoliščin.⁴⁷⁶
282. Glede dokazovanja kršitve v primerih, ko se za ugotovitev obstoja usklajenega ravnanja opira na vzporedno ravnanje, je Agencija že v točki 227 te odločbe povzela sodno prakso EU, iz katere je razvidno, kdo nosi dokazno breme. Tako v primerih, kadar razlogovanje Komisije (Agencije) temelji na domnevi, da ugotovljenih dejstev ni mogoče razložiti drugače kot tako, da gre za usklajena ravnanja podjetij, zadostuje, da tožeče stranke navedejo okoliščine, ki dejstva, ki jih je ugotovila Komisija, prikazujejo drugače in tako omogočajo, da se razlaga dejstev, ki jo je podala Komisija, nadomesti z drugo. Vendar pa je Splošno sodišče pojasnilo, da te sodne prakse ni mogoče uporabiti, če dokaz o dogovarjanju podjetij ne izhaja samo iz ugotovitve o vzporednem ravnanju na trgu, ampak tudi iz dokazil, iz katerih je razvidno, da so bila ravnanja posledica usklajevanja. V teh okoliščinah morajo tožeče stranke ne le podati domnevno drugačno razlago dejstev, ki jih je ugotovila Komisija, temveč tudi zanikati obstoj teh dejstev, podprtih z dokazili, ki jih je predložila Komisija.⁴⁷⁷

⁴⁷⁰ Sodba Splošnega sodišča z dne 27. septembra 2006 v združenih zadevah *Dresdner Bank* in drugi proti Komisiji, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP in T-61/02 OP, ZOdl., str. II-3567, točka 62.

⁴⁷¹ Sodba Splošnega sodišča z dne 21. januarja 1999 v združenih zadevah *Riviera Auto Service* in drugi proti Komisiji, T-185/96, T-189/96 in T-190/96, Recueil, str. II-93, točka 47, in sodba Splošnega sodišča z dne 5. oktobra 2011 v zadevi *Romana Tabacchi* proti Komisiji, T-11/06, točka 129.

⁴⁷² Sodba Splošnega sodišča z dne 12. aprila 2013 v zadevi *CISAC* proti Komisiji, T-442/08, še neobjavljena v ZOdl., točka 96.

⁴⁷³ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 8. julija 2004 v združenih zadevah *JFE Engineering* in drugi proti Komisiji, T-67/00, T-68/00, T-71/00 in T-78/00, ZOdl., str. II-2501, točka 180 in navedena sodna praksa.

⁴⁷⁴ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 8. julija 2008 v zadevi *BPB* proti Komisiji, T-53/03, ZOdl., str. II-1333, točka 185 in navedena sodna praksa.

⁴⁷⁵ Sodba Splošnega sodišča z dne 12. aprila 2013 v zadevi *CISAC* proti Komisiji, T-442/08, še neobjavljena v ZOdl., točka 98 in navedena sodna praksa.

⁴⁷⁶ Sodba Sodišča z dne 27. septembra 2006 v zadevi *Dresdner Bank* proti Komisiji, T-44/02 OP, Recueil, str. II-3567 točka 64.

⁴⁷⁷ Sodba Splošnega sodišča (šesti senat) z dne 12. aprila 2013 v *CISAC* proti Evropski komisiji, T-442/08, še neobjavljena, točka 99, in tam navedena sodna praksa: sodba *PVC II*, točke od 725 do 728; glej v tem smislu tudi sodbi Sodišča z dne 28. marca 1984 v združenih zadevah *Compagnie royale asturienne des mines* in *Rheinzink* proti Komisiji, 29/83 in 30/83, Recueil, str. 1679, točka 16, in z dne 31. marca 1993 v združenih zadevah *Ahlström Osakeyhtiö* in drugi proti Komisiji, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 in od C-125/85 do C-129/85, Recueil, str. I-1307, točki 71 in 126.

283. Kot je bilo že pojasnjeno v razdelku VI.3.4. Omejevanje konkurence kot cilj ali učinek, iz ustaljene sodne prakse tudi izhaja, da je pri uporabi prvega odstavka 6. člena ZPOmK-1 ter prvega odstavka 101. člena PDEU (prej 81. člen PES) odveč upoštevati in dokazovati konkretne učinke sporazuma, če se izkaže, da je njegov namen omejevanje, preprečevanje ali izkrivljanje konkurence na skupnem trgu.⁴⁷⁸
284. Podjetje, ki je bilo s svojim ravnanjem udeleženo pri enotni, trajajoči kršitvi, je lahko odgovorno tudi za ravnanja drugih podjetij v zvezi s to kršitvijo, vendar to velja samo za obdobje njegove udeležbe pri navedeni kršitvi.⁴⁷⁹ Očitno je, da je podjetje vedelo za kršitve drugih udeležencev kartela, če je sodelovalo pri posameznih delih kršitve, in sicer vsakič z drugim partnerjem.⁴⁸⁰ Dejstvo, da podjetje konkurentom sporoči občutljivo informacijo z namenom priprave protikonkurenčnega sporazuma, zadostuje za dokaz obstoja usklajenega ravnanja v smislu 6. člena ZPOmK-1 ter 101. člena PDEU (prej 81. člen PES).⁴⁸¹

VI.3.7.1 Uporaba v konkretnem primeru

285. Podjetja, na katera je naslovljena ta odločba, izpodbijajo obstoj protikonkurenčnih sporazumov in usklajenih ravnanj glede dobave zdravil na debelo javnim lekarniškimi zavodom ter svoje sodelovanje v kartelu. Podjetja v izjavah o PRD zatrjujejo, da Agencija pri dokazovanju ni izpolnila zahtevanega dokaznega standarda. Agencija vse te očitke zavrača in poudarja, da v obravnavanem primeru obstoja usklajenega ravnanja veletrgovcev z zdravili ni dokazala le z vzporednostjo ravnanj podjetij, temveč tudi z drugimi elementi, ki jih je mogoče šteti za »dokazila« v smislu sodne prakse iz zgoraj navedene sodbe v zadevi »PVC II«.
286. Agencija je prepričana, da je obstoj kršitve v zvezi z določanjem cen zdravil, za katera je bila določena dogovorna cena, oddajo ponudb za dobavo teh zdravil javnim lekarniškimi zavodom in delitvijo trga oziroma javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškimi zavodom podprla z dokazi, ki presegajo samo ugotovitev vzporednega ravnanja. Agencija v obravnavani zadevi sicer res ni pridobila neposrednih dokazov v smislu natančnih in podrobnih zapisov protikonkurenčnih dogovorov glede določanja cen in nastopanja na razpisih pri javnih lekarniških zavodih, vendar so bili po oceni Agencije v predmetnem postopku ugotovljeni elementi, ki pravno zadostno dokazujejo obstoj dejstev in okoliščin, ki pomenijo prepovedano usklajeno ravnanje. Kot je bilo že pojasnjeno zgoraj, za ugotovitev kršitve zadostuje že, da Agencija naniza indice, ki kot celota kažejo na kršitev. Glede na to, da se protikonkurenčna ravnanja in sporazumi običajno sklepajo v tajnosti, je večinoma treba o obstoju teh prepovedanih ravnanj ali sporazumov sklepati iz več naključij in indicev, ki lahko, če se obravnavajo skupaj in če ni drugih skladnih pojasnil, pomenijo dokaz o kršitvi pravil o konkurenci. Pisni dokazi, ki jih je Agencija pridobila v preiskavah v podjetjih Kemofarmacija in Farmadent (»Razpredelnica s popusti (10. 12. 2007)«, »Finančni dobropis za naknadno priznani popust (31. 12. 2007)«, »Zapisnik o sestanku« in »elektronska sporočila iz začetka leta 2009«) in so podrobneje predstavljeni in analizirani v razdelku V.2.2 Dokazi o obstoju usklajenega ravnanja, omogočajo ugotovitev Agencije, da je med strankami postopka obstajalo usklajevanje glede dajanja popustov v okviru določanja cen zdravil v razmerju do javnih lekarniških zavodov. Ostali dokazi, kot so vzporedno oddajanje ponudb za dobavo zdravil javnim lekarniškimi zavodom po najvišjih dopustnih cenah, brez popustov, ki kažejo na to, da so stranke prilagodila svoje obnašanje na trgu temu, kar je bilo usklajeno (glej na primer točko 273 odločbe), samo dodatno potrjujejo ugotovitve Agencije. Podjetja v svojih izjavah o PRD tudi niso uspela ponuditi druge skladne razlage.

⁴⁷⁸ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 6. aprila 1995 v zadevi Ferriere Nord proti Komisiji, T-143/89, Recueil, str. II-917, točka 30, in sodba Sodišča z dne 13. julija 1966 v združenih zadevah Consten in Grundig proti Komisiji, 56/64 in 58/64, Recueil, str. 429, 496.

⁴⁷⁹ Sodba Sodišča z dne 8. julija 1999 v zadevi Komisija proti Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Recueil, str. I-4125, točka 83.

⁴⁸⁰ Sodba Splošnega sodišča z dne 16. junija 2011 v zadevi Gosselin Group proti Komisiji, T-208/08 točke 75-79.

⁴⁸¹ Sodbi Sodišča prve stopnje z dne 6. aprila 1995 v zadevi Tréfilunion proti Komisiji, T-148/89, Recueil, str. II-1063, točka 82 in z dne 8. julija 2008 v zadevi BPB proti Komisiji, T-53/03, ZOdl., str. II-1333, točka 178.

287. Trditve podjetij⁴⁸², da elektronska sporočila in drugi nepodpisani dokumenti, ki so bili pridobljeni med preiskavami v podjetju in ostalih strankah postopka in katerih podjetje ni nikoli ustvarilo, odposlalo ali podpisalo, niso verodostojni, je treba zavrniti kot neutemeljene. Za ugotavljanje kršitve namreč ni potrebno, da so dokumenti podpisani, ampak zadošča, da Agencija dokaže, da so podjetja izrazila skupno voljo, da bodo na trgu sodelovala na določen način oziroma da je prišlo do soglasja volj⁴⁸³ glede protikonkurenčnega cilja. Iz tega razloga je tudi izpodbijanje dokazne vrednosti dokumentov, na katere se opira ta odločba, češ da Agencija ne more dokazovati protipravnega ravnanja podjetij z nepodpisanimi dokumenti ali elektronskimi sporočili, ki jih podjetje ni ustvarilo, popolnoma brezpredmetno. Agencija ponovno pojasnjuje, da je ocenila vsak dokaz posebej in vse dokaze skupaj, in da ne dvomi, da je med podjetji, na katere je naslovljena ta odločba, prišlo do soglasja volj glede dajanja popustov v okviru določanja cen zdravil v razmerju do javnih lekarniških zavodov in delitve javnih naročil za dobavo javnim lekarniškim zavodom (glede protikonkurenčnega cilja). Ti dokazi so večinoma podprti z dodatnimi dokazi, s katerimi je celo dokazano, da je bil dogovor iz takšnega nepodpisanega dokumenta ali elektronskega sporočila dejansko izveden, kar povečuje njegovo dokazno vrednost in trditve stranke postopka se izkažejo za neutemeljene. Agencija še poudarja, da je mogoče odločbo opreti na katere koli dokaze, glede katerih so se podjetja imela možnost izjasniti, pri tem pa ni pomembno, ali je sleherno podjetje avtor dokumenta. V skladu z določbo 164. člena ZUP se kot dokaz uporabi vse, kar je primerno za ugotavljanje stanja stvari in kar ustreza posameznemu primeru.
288. Dokazi, predstavljeni v tej odločbi, nedvomno predstavljajo natančne in dosledne dokaze o tem, da so naslovna podjetja storila očitano kršitev, s čimer je Agencija zadostila potrebnemu dokaznemu standardu v kartelnih zadevah. Agencija meni, da dokazi, navedeni v tej odločbi, ter dosežen dokazni standard zadostujejo za to, da je domneva nedolžnosti naslovnih strank ovržena.
289. Agencija ugotavlja, da je v predmetni zadevi dosegla zahtevani dokazni standard za ugotavljanje kršitve prvega odstavka 6. člena ZPOmK-1 ter prvega odstavka 101. člena PDEU (prej 81. člen PES) in da je predstavila dokaze, ki so dovolj natančni, dosledni in skladni, da lahko utrdijo prepričanje o obstoju domnevne kršitve.

VI.3.8 Upoštevni trg

290. Obseg obveznosti Agencije v zvezi z opredelitvijo upoštevnega trga se razlikuje glede na to ali se presoja domnevna kršitev 6. člena ZPOmK-1 oziroma 101. člena PDEU (prej 81. člen PES)⁴⁸⁴ ali domnevna kršitev 9. člena ZPOmK-1 oziroma 102. člena PDEU (prej 82. člen PES)⁴⁸⁵.
291. Za namene 9. člena ZPOmK-1 oziroma 102. člena PDEU (prej 82. člen PES) je ustrezna opredelitev upoštevnega trga nujen predpogoj za odločbo o domnevno protikonkurenčnem ravnanju⁴⁸⁶, saj je pred ugotovitvijo zlorabe prevladujočega položaja potrebno ugotoviti ali obstaja prevladujoč položaj na določenem trgu, pri čemer mora biti takšen trg že opredeljen⁴⁸⁷.
292. Za namene 6. člena ZPOmK-1 oziroma 101. člena PDEU (prej 81. člen PES) je potrebno opredeliti upoštevni trg, da se ugotovi ali bi sporazum med podjetji, sklep podjetniškega združenja ali usklajeno ravnanje podjetij lahko vplival na trgovino med državami članicami in ali bi lahko imel za svoj cilj ali učinek preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje

⁴⁸² Glej na primer izjavo o PRD podjetja Farnadent, str. 25, 26.

⁴⁸³ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 14. oktobra 2004 v zadevi Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG proti Komisiji, T-56/02, ZDl., str. II-03495, točke 59-62.

⁴⁸⁴ Še pred tem pa 85. člen Pogodbe o ustanovitvi Evropske gospodarske skupnosti (v nadaljevanju: PEGS).

⁴⁸⁵ Še pred tem pa 86. člen PEGS.

⁴⁸⁶ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 10. marca 1992 v združenih zadevah SIV in drugi proti Komisiji, T-68/89, T-77/89 in T-78/89, Recueil, str. II-1403, točka 159.

⁴⁸⁷ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 21. februarja 1995 v zadevi SPO in drugi proti Komisiji, T-29/92, Zdl., str. II-289, točka 74.

konkurence na skupnem trgu oziroma na ozemlju Republike Slovenije.⁴⁸⁸ Zato se za namene 6. člena ZPOmK-1 oziroma 101. člena PDEU (prej 81. člen PES) izjave strank o povzetku relevantnih dejstev glede opredelitve trga ne morejo obravnavati ločeno od obravnavanja vpliva na trgovino med državami članicami in omejevanja konkurence.⁴⁸⁹

293. Poleg tega v kolikor gre za sporazum, ki je omejevalen že po cilju, v tem primeru ni treba posebej ugotavljati učinkov takšnega ravnanja. Gre namreč za poseben primer, ko ima določitev upoštevne trga drugačen (bistveno manjši) pomen kot sicer, ko predstavlja temeljno orodje za ugotavljanje stopnje in dosega konkurence ter tržne moči podjetij zaradi presoje prevladujočega položaja oziroma tržne koordinacije podjetij. V primeru, da je protikonkurenčen že cilj sporazuma, se pomen upoštevne trga praviloma izčrpa z ugotovitvijo, na kaj se sporazum (ali koordinacija) med podjetji nanaša.⁴⁹⁰ Glede na navedeno sodno prakso Agencija na tem mestu zavrača kot pavšalne in neutemeljene trditve Farmadenta v izjavi o PRD, da je zmotno stališče Agencije o (ne)nujnosti opredelitve trga in da teorija poudarja, da je celo v primerih, ko je protikonkurenčni cilj določenega ravnanja morda očiten, vendarle praviloma potrebno pristopiti k opredelitvi upoštevne trga.
294. Agenciji je zato naložena obveznost, da v odločbi, sprejeti na podlagi 6. člena ZPOmK-1 oziroma 101. člena PDEU (prej 81. člen PES), opredeli trg, če brez tega ni mogoče določiti, ali zadevni sporazum, sklep podjetniškega združenja ali usklajeno ravnanje lahko vpliva na trgovino med državami članicami in ali je njegov cilj ali učinek prepričati, omejiti ali izkriviti delovanje konkurence.⁴⁹¹ V kolikor pa Agencija poda v svoji odločbi dovolj podroben opis zadevnega sektorja, skupaj s ponudbo in povpraševanjem in geografskim obsegom, pa je tako lahko dovolj natančno opredeljen zadevni trg in storitve na njem.⁴⁹² Tudi iz Smernic Komisije o uporabi 101. člena PDEU za sporazume o horizontalnem sodelovanju⁴⁹³ glede obveznosti opredelitve upoštevne trga izhaja, da je pri sporazumih o trgovanju treba opredeliti le upoštevni proizvod in geografski trg ali trge, na katere se sodelovanje neposredno nanaša (torej trg ali trge, katerim pripada proizvod, ki je predmet sporazuma).

VI.3.8.1 Uporaba v konkretnem primeru

295. Agencija uvodoma poudarja, da ji za potrebe dokazovanja v tem postopku očitanih kršitev ni bilo treba natančno analizirati in opredeliti upoštevne trga, saj so očitane kršitve že po svojem cilju omejevalne (imajo protikonkurenčni cilj), kar je pojasnjeno v razdelku VI.3.4. Omejevanje konkurence kot cilj ali učinek.⁴⁹⁴ Glede na to, da so očitane kršitve že po svojem cilju omejevalne (imajo protikonkurenčni cilj), ima zato določitev upoštevne trga bistveno manjši pomen kot sicer, ko predstavlja temeljno orodje za ugotavljanje stopnje in dosega konkurence ter tržne moči podjetij zaradi presoje prevladujočega položaja oziroma tržne koordinacije podjetij. Opredelitev upoštevne trga je namreč, kot izhaja iz zgoraj navedene sodne prakse, bistvenega pomena v primerih, ko Agencija ugotavlja prevladujoči položaj v okviru presoje zlorabe prevladujočega položaja in pri presoji skladnosti koncentracije podjetij s pravili konkurence. V predmetni zadevi pa gre za sporazum in/ali usklajeno ravnanje med podjetji, katerega cilj je omejevanje konkurence. Zaradi navedenega za potrebe predmetnega postopka zadošča, da Agencija zgolj opredeli predmet, na katerega se sporazum oziroma usklajeno ravnanje nanaša.⁴⁹⁵

⁴⁸⁸ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 21. februarja 1995 v zadevi SPO in drugi proti Komisiji, T-29/92, Zodl., str. II-289, točka 74.

⁴⁸⁹ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 21. februarja 1995 v zadevi SPO in drugi proti Komisiji, T-29/92, Zodl., str. II-289, točka 75.

⁴⁹⁰ Sodba Vrhovnega sodišča RS št. X Ips 70/2010-10, z dne 15. 6. 2010, 23. točka obrazložitve.

⁴⁹¹ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 6. julija 2000 v zadevi Volkswagen proti Komisiji, T-62/98, Recueil, str. II-2707, točka 230 in navedena sodna praksa.

⁴⁹² Sodba Splošnega sodišča z dne 16. junija 2011 v zadevi Ziegler proti Komisiji, T-199/08, točka 70.

⁴⁹³ Sporočilo Komisije – Smernice o uporabi člena 101 Pogodbe o delovanju Evropske unije za sporazume o horizontalnem sodelovanju (Uradni list Evropske unije C 11, 14. 1. 2011), točka 229.

⁴⁹⁴ Salus je v izjavi o PRD temu ugovarjal in je navedel, da je Agencija zavzela materialno napačno stališče, da določitev upoštevne trga v predmetnem postopku sploh ni potrebna, in da Agencija to stališče utemeljuje na napačni predpostavki, da so v danem primeru izkazane kršitve po cilju. Zato bi Agencija morala opredeliti upoštevni trg.

⁴⁹⁵ Glej sklic na prakso Vrhovnega sodišča RS zgoraj.

Agencija je v odločbi dovolj jasno in podrobno opredelila, zakaj v konkretnem primeru zadevno ravnanje oziroma sporazum omejuje konkurenco ter zakaj vpliva na trgovanje med državami članicami.

296. Agencija je v poglavju III. Gospodarska panoga, ki je predmet postopka podrobno opisala proizvod, na katerega se nanaša ravnanje, panogo oziroma dejavnost, ki je predmet postopka, in geografski okvir. Na strani ponudbe v prometu z zdravili na debelo so opredeljeni vsi pomembnejši veletrgovci z zdravili v Republiki Sloveniji, ki so hkrati podjetja, zoper katera se vodi ta postopek in katera je Agencija natančno opisala v podpoglavju III.2 Udeleženci na trgu / Stranke postopka. Na strani povpraševanja po zdravilih nastopa sicer več subjektov (to so zlasti lekarnе in bolnišnice), pri čemer je mogoče ugotoviti, da obstajajo zlasti zaradi obsega in strukture nabave zdravil s strani lekarn/bolnišnic ter načina izdaje in financiranja zdravil, takšne razlike, da je treba obravnavati ločeno nabavo zdravil v lekarnah od nabave zdravil v bolnišnicah. V Republiki Sloveniji močno prevladujejo lekarnе, ki so javni lekarniški zavodi (približno razmerje med javnimi in zasebnimi lekarnami je 70:30 – glej tudi točko 72 odločbe). Predmetni postopek se nanaša na ravnanje veletrgovcev z zdravili pri dobavi zdravil lekarnam, ki so javni lekarniški zavodi in ki so kot zavezanci v skladu s predpisi o javnem naročanju naročali zdravila po postopkih oddaje javnih naročil. Veletrgovci z zdravili, zoper katere Agencija vodi predmetni postopek (Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm), se ukvarjajo z dejavnostjo prometa z zdravili na debelo in dobavljajo zdravila javnim lekarniškim zavodom na območju celotne Republike Slovenije. Tudi 9 javnih lekarniških zavodov, ki so naročali zdravila po postopkih javnega naročanja, se nahaja v različnih krajih na območju Republike Slovenije. Zato je po ugotovitvah Agencije v obravnavani zadevi geografski obseg kršitev brez dvoma celotna Republika Slovenija in ne le območje 9 javnih lekarniških zavodov, kot to zatrjuje stranka Salus v izjavi o PRD.⁴⁹⁶
297. Glede na zgoraj navedeno prakso je Agencija za potrebe predmetnega postopka opredelila predmet, na katerega se sporazum oziroma usklajeno ravnanje nanaša, in sicer prodaja/dobava zdravil za uporabo v humani medicini na debelo javnim lekarniškim zavodom v Republiki Sloveniji. Agencija meni, da je glede na to, da so v kartelu sodelovala praktično vsa podjetja, ki so dobavljala zdravila javnim lekarniškim zavodom v Republiki Sloveniji, da predstavljajo dobave javnim lekarniškim zavodom pretežni del prodaje zdravil na debelo in da so med 9 javnimi lekarniški zavodi, ki so nabavljala zdravila po postopkih javnega naročanja, večji naročniki zdravil, vključno z največjim Lekarno Ljubljana, očitno, da je bila konkurenca pri dobavi zdravil na debelo javnim lekarniškim zavodom na tem geografskem območju znatno omejena. Zaradi navedenega Agencija za potrebe predmetnega postopka ni podrobneje ugotavljala in dokončno opredeljevala upoštevnege trga, temveč je predvsem opredelila predmet, na katerega se sporazum oziroma usklajeno ravnanje nanaša. Agencija zavrača očitke nekaterih strank v postopku⁴⁹⁷, da je v konkretnem primeru potrebna podrobna analiza upoštevnege trga, ker naj bi morala Agencija natančno opredeliti vse upoštevne in z njimi povezane trge⁴⁹⁸, saj je Agencija v predmetni zadevi dovolj podrobno opisala upoštevni sektor, skupaj s ponudbo in povpraševanjem in geografskim obsegom (glej poglavje III. Gospodarska panoga, ki je predmet postopka, zlasti podpoglavje III.3 Opis panoge oziroma dejavnosti, ki je predmet postopka). Zato Agencija tudi zavrača trditve, da je v konkretni zadevi

⁴⁹⁶ Salus je v izjavi o PRD navedel, da bi morala Agencija zaradi posebnosti v pogojih poslovanja in pogojev dobave posameznim od 24 javnih lekarniških zavodov, ki so bistveno različni, opredeliti upoštevni trg ožje, kvečjemu na območje 9 javnih lekarniških zavodov. Agencija je v predmetnem postopku ugotovila, da veletrgovci z zdravili (Kemofarmacija, Salus in Farmadent) dobavljajo zdravila lekarnam na območju celotne Republike Slovenije. Ugotovljeno je bilo tudi, da se nabava zdravil s strani lekarn razlikuje od nabave zdravil s strani bolnišnic, ni pa bilo ugotovljeno, da med posameznimi javnimi lekarniški zavodi obstajajo takšne posebnosti, ki bi vodile do sklepa, da je treba geografsko območje omejiti na 9 javnih lekarniških zavodov. Zato navedbe Salusa glede ožje opredelitve geografskega obsega niso utemeljene.

Agencija na tem mestu dodaja, da po mnenju Agencije zaradi že navedenih posebnosti upoštevnege storitvenega trga in tudi visoke stopnje specifične nacionalne regulacije tudi ne bi bila utemeljena širša opredelitev geografskega obsega.

⁴⁹⁷ Glej na primer izjavi o PRD podjetij Salus in Farmadent.

⁴⁹⁸ Tako Farmadent na primer v izjavi o PRD navaja, da je v konkretnem primeru natančna opredelitev vseh upoštevnege in z njimi povezane trgov ključnega pomena, saj bi iz natančne opredelitve izhajalo, da stranke postopka vstopajo tudi v vertikalna poslovna razmerja, kar jim nalaga tudi poznavanje cen svojih dobaviteljev.

upoštevni trg, kot okvir presoje domnevno spornih ravnanj, ostal neopredeljen, in da je posledično onemogočena tudi vsaka pravilna presoja učinka in narave ravnanj tržnih udeležencev. Iz zgoraj navedenih razlogov Agencija zavrača tudi očitke Salusa, da bi bila lahko opredelitev upoštevne trga zaradi specifik javnih naročil v posameznih javnih lekarniških zavodih (pogoje namreč prosto določajo posamezni lekarniški zavodi - glede načina nabave, obdobja naročil, količine naročil, asortimana zdravil,...) tudi ožja, zaradi česar bi morala Agencija izvesti natančno analizo trga in opredeli upoštevni trg skladno z določbami ZPOmK-1.

VI.3.9 Izjema po tretjem odstavku 6. člena ZPOmK-1 in po tretjem odstavku 101. člena PDEU (prej 81. člen PES)

298. Prepovedani in nični pa niso tisti sporazumi, ki bi sicer padli v domet prvega odstavka 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU (prej 81. člena PES), če prispevajo k izboljšanju proizvodnje ali razdelitve dobrin ali ki pospešujejo tehnični in gospodarski razvoj, pri tem pa zagotavljajo potrošnikom pravičen delež doseženih koristi. Toda ti sporazumi ne smejo nalagati udeleženi podjetjem omejitev, ki niso nujne za doseganje navedenih ciljev, in dajati udeleženi podjetjem možnosti, da bi izključila konkurenco glede znatnega dela proizvodov ali storitev, ki so predmet sporazuma (t.i. negativna pogoja, ki ne smeta biti podana).
299. V primeru, ko je podana kršitev konkurenčno pravnih pravil po prvem odstavku 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU (prej 81. člen PES), se lahko podjetje sicer sklicuje na izjemo po tretjem odstavku 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU (prej 81. člen PES), pri čemer nosi dokazno breme, da so pogoji iz navedenega odstavka izpolnjeni, v skladu s četrtrim odstavkom 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU (prej 81. člen PES), podjetje, Agencija pa nato presodi, ali so podani pogoji, ki predstavljajo izjemo od splošne prepovedi. Pogoji iz tretjega odstavka 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU (prej 81. člen PES) so določeni kumulativno. Izpolnjevanje omenjenih pogojev mora temeljiti na natančni analizi pravnih, gospodarskih in tehničnih dejstev, saj je le tako mogoče utemeljiti katerikoli ukrep na trgu.

VI.3.9.1 Uporaba v konkretnem primeru

300. Stranke postopka so v svojih izjavah o PRD⁴⁹⁹ zatrjevale, da očitano ravnanje izpolnjuje vse pogoje iz tretjega odstavka 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU.
301. Salus je zatrjeval, da je redna in nemotena oskrba z zdravili izjemnega pomena za splošno zdravstveno varstvo državljanov in je zato učinkovita in zanesljiva oskrba lekarn nujna. Poudaril je, da v postopku javnih razpisov ne more ponuditi drugačnih cen od veljavnih, praviloma pa odobri lekarnam druge popuste, kar slednjim omogoča, da izboljšajo svoje usluge končnim potrošnikom. Določena stopnja predvidljivosti omogoča Salusu načrtovanje nabave zdravil in posledično zmanjševanje stroškov ter izboljšuje distribucijo zdravil, kar pa zagotavlja boljšo oskrbo in dostopnost zdravil končnim potrošnikom. To pa predstavlja korist potrošnikov. Zaradi vzpostavljenega načina prodaje, ki je povezan z okvirnim načrtovanjem obsega z opredeljenim deležem dobav, se lahko dosežejo ekonomske učinkovitosti in posledično koristi za potrošnike. Niso pa zaradi navedenega tudi naložene omejitve, ki niso nujne za doseganje teh ciljev. Javni lekarniški zavodi so namreč popolnoma prosti pri določitvi deležev posameznega dobavitelja, kar se dodatno kaže z vstopom novega veletrgovca na trg (družba LL Grosist). Nadalje je Salus predlagal, da se za ugotavljanje in potrditev pozitivnih učinkov dejanskega poteka prodaje zdravil javnim lekarniškim zavodom postavi izvedenca ekonomske stroke.
302. Kemofarmacija je poudarila, da vloga potrošnika v predmetni zadevi dejansko pripada javnim lekarniškim zavodom, ker se veletrgovci zgolj z njimi pogajajo o končni ceni zdravil in drugih pogojih poslovanja. Nadalje je pojasnila, da je relevanten trg izjemno reguliran,

⁴⁹⁹ Glej na primer izjavi o PRD podjetij Salus, str. 80 in 81, in Kemofarmacija, str. 59 do 65.

poleg tega pa gre za oligopolni trg. Tržna dejavnost z zdravili na debelo pa je dejavnost, ki je v posebnem družbenem interesu. Kemofarmacija poudarja, da so popusti, ki jih veletrgovci odobrijo javnim lekarniškim zavodom višji, kot so popusti, ki jih odobrijo bolnišnicam, kar pomeni, da so cene zdravil za javne lekarniške zavode nižje kot za bolnišnice. Poleg tega imajo javni lekarniški zavodi večjo pogajalsko moč v razmerju do veletrgovcev, saj višina komercialnih popustov ni transparentna. S sistemom komercialnih popustov veletrgovci nimajo možnosti odpravljati medsebojnih negotovosti v fazi oddajanja ponudb javnim lekarniškim zavodom. Veletrgovci glede na razlike v popustih med javnimi lekarniški zavodi in bolnišnicami ne postavljajo višjih cen v škodo naročnikov, saj se konkurenca med njimi odvija na nivoju popustov. To pa služi kot podlaga za uveljavljanje izjeme in dokazuje, da ravnanje Kemofarmacije ni v škodo potrošnikov. Kemofarmacija poudarja, da sistem, v katerem je Kemofarmaciji znana količina oziroma obseg poslovanja s posameznim javnim lekarniškim zavodom, omogoča ustrezno načrtovanje in optimizacijo pridobivanja popustov od dobaviteljev, proizvajalcev zdravil, ter zmanjševanje stroškov v zvezi s skladiščenjem in financiranjem zaloga. Zaradi racionalnejšega poslovanja se Kemofarmaciji poveča marža, v katero lahko poseže tako, da javnim lekarniškim zavodom odobri popuste, od česar imajo korist potrošniki, izboljšuje pa se tudi distribucija zdravil in nastajajo ekonomske učinkovitosti. Kemofarmacija poudarja še, da ima pri sistemu komercialnih popustov vsak javni lekarniški zavod, ki ne izvaja javnih naročil, možnost, da povabi kateregakoli veletrgovca k predložitvi ponudb. Kakršnekoli oblike omejevanja dostopa do prodaje zdravil so zgolj posledica dejanja javnih lekarniških zavodov in ne veletrgovcev. Končna izbira je vedno na strani javnih lekarniških zavodov. Da konkurenca ni izključena, dokazuje tudi vstop novega akterja na trg, t.j. družbe LL Grosist.

303. Agencija poudarja, da stranke postopka, ki so se sklicevale na izjemo po tretjem odstavku 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU, niso predložile natančnih analiz oziroma drugih eksplicitnih dokazov, da so pogoji iz navedenega odstavka izpolnjeni. Dokazno breme je, kot že navedeno, v tem primeru na strankah postopka, zato Agencija šteje, da pogoji za uporabo izjeme po tretjem odstavku 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU niso izpolnjeni. Samo pavšalno navajanje strank za ugoditev izjeme namreč ne zadostuje. Kemofarmacija je navedbe, da so popusti, ki jih veletrgovci odobrijo javnim lekarniškim zavodom višji, kot so popusti, ki jih odobrijo bolnišnicam, in da tako bolnišnice za zdravila plačajo višjo ceno kot jo za enake proizvode dejansko plačajo javni lekarniški zavodi, utemeljevala s petimi računi, ki jih je izstavila v letu 2010 svojim kupcem in sicer: s tremi računi z dne 9. 11. 2010 in dvema računoma z dne 27. 5. 2010.⁵⁰⁰ Agencija je vpogledala v predložene listine in ugotovila, da na nobenem računu, izdanem lekarnam (Gorenjskim lekarnam in Kraškimi lekarnam) ni bil obračunan noben popust, tako da so bile cene zdravil, ki jih je izpostavila v izjavi o PRD, naslednje: Ampril 5mg tbl 28x je na računu za lekarno znašal [redacted] in [redacted], na računu za bolnišnico pa je bila cena navedenega zdravila enaka kot za lekarno [redacted], popust pa je znašal [redacted]. Podobno je bilo tudi pri Aspirinu 500mg tbl 50x, kjer je bila cena zdravila tako za lekarno kot za bolnišnico enaka ([redacted]), pri čemer na računu za lekarno ni bil naveden popust, bolnišnici pa je bil obračunan popust v višini [redacted]. Pri zdravilih Sumamed 200mg/5ml/30ml in Ospen 1.500.000 tbl 30x je bil na računih za bolnišnico priznan popust v višini [redacted], lekarni [redacted]. Iz predloženih listin, ki jih je predložila stranka postopka, tako izhaja ravno nasprotno kot zatrjuje stranka, drugih listin, kaj šele konkretnih analiz, pa stranka postopka v podkrepitev svojih navedb ni predložila Agenciji.
304. Nadalje Agencija poudarja, da gre v predmetni zadevi za kršitev, katere cilj je omejiti konkurenco na trgu. Stranke postopka pa niso uspele pojasniti, da je njihovo usklajevanje prineslo kakršne koli koristi ali kako drugače pospeševalo tehnični ali gospodarski napredek, kvečjemu nasprotno. Kršitev, kot je opisana v tej odločbi, predstavlja eno od najškodljivejših oblik omejevanja konkurenca, saj lahko koristi le udeležencem v kartelu, ne pa potrošnikom, v konkretnem primeru to ne koristi ne javnim lekarniškim zavodom, ne ZZS niti pacientom oziroma potrošnikom, ki kupujejo zdravila v lekarnah (glej tudi

⁵⁰⁰ Račun št. F180442 z dne 9. 11. 2010 izdan Gorenjskim lekarnam, račun št. F180602 z dne 9. 11. 2010 izdan SB Celje, račun št. F180641 z dne 9. 11. 2010 izdan Kraškimi lekarnam Ilirska Bistrica, račun št. F138839 z dne 27. 5. 2010 izdan Gorenjskim lekarnam in račun št. F138903 z dne 27. 5. 2010 izdan UKC Maribor.

točko 322 odločbe in naslednje).

305. Agencija na tem mestu kot neutemeljen zavrača dokazni predlog glede postavitve izvedenca ekonomske stroke in ponovno poudarja, da je dokazno breme glede izpolnjevanja pogojev za izjemo na podjetju, ki se na takšno izjemo sklicuje.

VI.4 Zavrnitev predlaganih zavez

306. Agencija je do izdaje dopolnitve PRD prejela dva predloga zavez, in sicer sta jih predložili stranki postopka Salus in Kemofarmacija, in se uvodoma opredeljuje do označitve dejstva predložitve predloga zavez in vsebine predlaganih zavez kot poslovna skrivnost. Agencija poudarja, da samo dejstvo, da so podjetja predložila zaveze Agenciji, ne šteje za poslovno skrivnost. Poslovno skrivnost namreč predstavljajo v skladu s 17. točko 3. člena ZPOmK-1 podatki, katerih razkritje bi pomenilo nastanek občutne škode in so znani omejenemu krogu oseb. Podjetja niso v svojih vlogah z ničemer izkazala, zakaj bi samo razkritje dejstva predložitve zavez Agenciji lahko pomenilo nastanek občutne škode. Podjetje, ki predlaga Agenciji zaveze, stori to v svojem imenu, zaveze pa se lahko štejejo za obvezujoče tudi zgolj samo za to podjetje ali več podjetij, ne pa nujno za vse stranke postopka. Razkritje dejstva, da je podjetje predložilo zaveze, po mnenju Agencije tudi ne more predstavljati poslovne skrivnosti, ker z razkritjem tega dejstva podjetju ne more nastati občutna škoda. Glede opredelitve vsebine zavez kot poslovne skrivnosti pa Agencija pojasnjuje, da je v tem delu sledila zahtevam strank po varovanju poslovnih skrivnosti in tako vsebine predlaganih zavez podrobneje ne povzema, se pa je generalno že opredelila v dopolnitvi PRD do obeh predlogov zavez, ki jih je prejela.
307. V skladu z določbo 39. člena ZPOmK-1 lahko podjetje, proti kateremu se vodi postopek, predlaga zaveze, s katerimi se odpravi stanje, iz katerega izhaja verjetnost kršitve 6. člena ZPOmK-1 ali 101. člena PDEU. Če predlagane zaveze ne zadoščajo za odpravo stanja, iz katerega izhaja verjetnost kršitve določb 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU, Agencija o tem pisno obvesti podjetje, ki je zaveze predlagalo.
308. Agencija je predložene zaveze pregledala in ugotovila, da v takšni obliki, kot so predložene, ne zadoščajo za odpravo stanja, iz katerega izhaja verjetnost kršitve določb 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU. Podjetja so sicer predlog zavez predložila pravočasno, vendar predlagane zaveze po mnenju Agencije ne predstavljajo primerne sredstva za zagotovitev varstva konkurence na trgu oziroma ne odpravljajo protikonkurenčnih učinkov, kar Agencija podrobneje pojasnjuje v nadaljevanju. Obe stranki postopka sta v predlogih zavez navedli, da so te oblikovane pogojno, upoštevaje ravnanje naročnikov, torej javnih lekarniških zavodov⁵⁰¹. Javni lekarniški zavodi pa niso stranke predmetnega postopka, zato tudi ne morejo biti stranke, na katere bi se nanašala morebitna odločba o zavezah, saj Agencija tretjih oseb, ki niso stranke postopka, ne more prisiliti k spoštovanju zavez. Poleg navedenega Agencija meni, da so javni lekarniški zavodi v obdobju, na katerega se nanaša kršitev, izvajali postopke javnega naročanja na način, da se je omogočala oddaja ponudb oziroma konkuriranje s popusti pred razdelitvijo naročil. Iz dokumentov v spisu ne izhaja, da bi naročniki navedli, da popustov ne bodo upoštevali oziroma kakorkoli preprečevali možnost ponujanja popustov. Agencija na tem mestu tudi pojasnjuje, da ni namen tega postopka povečati transparentnosti postopkov oddaje ponudb v postopkih javnega naročanja, saj je ravno zaradi visoke preglednosti trga povečana verjetnost prepovedanega usklajevanja med podjetji. Vsak udeleženec na trgu mora neodvisno od drugih pripraviti ponudbo za posamezni razpis za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom, pri čemer so cene zdravil v ponudbah oziroma višine danih popustov transparentne šele v fazi odpiranja ponudb. Glede transparentnosti v smislu dajanja popustov v fazi oddaje ponudb v postopkih javnega naročanja in s tem konkuriranja na razpisih pa Agencija še dodaja, da to ne izključuje možnosti, da podjetja, izbrana na razpisih, dobrijo morebitne dodatne popuste naknadno, potem ko so znane dejanske količine dobavljenih zdravil posameznim javnim lekarniškim zavodom. Vendar pa Agencija poudarja, da je ključno, da se omogoči naročniku, javnemu lekarniškem zavodu, da izbere dobavitelje in razdeli naročilo na

⁵⁰¹ Tudi Farmadent in Gopharm sta navedli, da brez sodelovanja lekarn konkretnega predloga zavez ne moreta podati.

podlagi konkurenčnih ponudb. V konkretnem primeru je torej bistvenega pomena, da se konkurenca med veletrgovci z zdravili odvija pred razdelitvijo javnega naročila oziroma odločitvijo/izbiro javnega lekarniškega zavoda o tem, kateremu oziroma katerim ponudnikom bo oddal naročilo oziroma del naročila, naj bo to ob oddaji ponudb ali v postopku s pogajanjem. Ni pa sprejemljivo, da se konkurenca med podjetji odvija šele naknadno, izven postopkov javnega naročanja, ko je naročilo že razdeljeno.

309. Kemofarmacija je v izjavi o dopolnitvi PRD⁵⁰² navedla, da se Agencija do predlaganih zavez ni vsebinsko opredelila. Poudarila je, da bo konkretne predloge zavez lahko podala šele po tem, ko bo izvedela, kakšna so vsebinska pričakovanja Agencije v zvezi s predlaganimi zavezami. Farmadent in Gopharm sta v izjavi o dopolnitvi PRD⁵⁰³ poudarila, da sta kot dokazilo, da se konkurenca dejansko odvija in si veletrgovci konkurirajo s cenami ter posledično lekarne zdravilo od veletrgovcev kupujejo po različnih cenah, pripravljena redno poročati o obsegu prometa in danih popustih za vsak lekarniški zavod posebej, na zahtevo Agencije pa tudi izračun aplikacije popusta na ceno posameznega izdelka, t.j., da bi se Agenciji posredoval seznam dejanskih cen, po katerih lekarne kupujejo izdelek, če se upošteva dane popuste. Navedeno bi Agenciji omogočilo, da bi lahko spremljala dejansko dane popuste in konkurenco med veletrgovci ter bi lahko neposredno primerjala dejanske cene zdravil, po katerih posamezne veletrgovske izdelke ponujajo posameznim lekarnam. Salus je v izjavi o dopolnitvi PRD navedel, da so navedbe Agencije, s katerimi je zavrnila predlagane zaveze, splošne in pavšalne, tako da se do njih ne more opredeliti. Zato je ponovno predlagal, da Agencija sprejme zaveze, kot jih je stranka predlagala v vlogi z dne 3. 12. 2012, upoštevaje prilagoditve, ki bi jih dogovorila skupaj z Agencijo. Vse stranke so tudi predlagale, da Agencija skliče sestanek, na katerem bodo lahko konkretizirale in pojasnile svoje predloge zavez. Agencija je povabila vsako stranko postopka, na katero se nanaša ta odločba, posebej na sestanke dne 19., 20. in 21. 8. 2013, kjer so bila tudi predstavljena stališča glede predlogov in sprejemanja zavez. Stranke postopka do izdaje te odločbe Agenciji niso predložile novih predlogov zavez. Agencija dodaja, da je vse zaveze, ki so jih med postopkom predlagali Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm, pregledala in ugotovila, da glede na obrazložitev iz prejšnje točke odločbe ne zadoščajo za odpravo stanja, iz katerega izhaja verjetnost kršitve določb 6. člena ZPOMK-1 in 101. člena PDEU.

VII. PREOSTALE IZJAVE STRANK O PRD IN OPREDELITVE AGENCIJE DO NAVEDB STRANK

310. Agencija uvodoma poudarja, da vztraja pri svojih ugotovitvah v predmetnem postopku in zavrača navedbe strank v postopku kot neutemeljene, če ni izrecno v tej odločbi drugače navedeno. Dejansko stanje je namreč v predmetnem postopku v celoti pravilno in popolno ugotovljeno ter na tako ugotovljeno dejansko stanje tudi pravilno uporabljeno materialno pravo. V tej odločbi se Agencija kljub temu opredeljuje do bistvenih navedb strank postopka in dokazov, ki so jih te predlagale v izjavah o PRD, do tistih navedb in dokazov, ki za predmetni postopek niso relevantni, se Agencija ne opredeljuje. V nadaljevanju se Agencija dodatno opredeljuje do nekaterih navedb in dokazov, ki jih je bilo treba posebej razjasniti in do katerih se ni opredelila že prej v tej odločbi.

VII.1 Sklep o uvedbi postopka

311. Salus je v izjavi o PRD zatrjeval⁵⁰⁴, da je bil sklep o uvedbi predmetnega postopka izdan nezakonito, ker v njem ni bila izkazana verjetnost kršitve. Zlasti naj bi bila v sklepu napačna in v nasprotju z veljavnimi predpisi razlaga veljavne regulacije cen zdravil, na kateri je bil nato utemeljen obstoj verjetnosti kršitve. Salus je poudaril, da identičnost ponudbenih cen ne kaže na verjetno usklajevanje strank postopka, temveč na spoštovanje veljavne regulative. Nadalje je poudaril, da za ostale očitke iz sklepa o uvedbi postopka Agencija ni imela nobenih dokazov. Prav tako ni po mnenju Salusa

⁵⁰² Dokument št. 306-45/2010-187, str. 26.

⁵⁰³ Dokument št. 306-45/2010-188, str. 10.

⁵⁰⁴ Glej str. 6 – 10 izjave o PRD podjetja Salus.

Agencija v sklepu o uvedbi postopka pravilno določila strank postopka, ker odvisnih družb posameznih strank ni določno opredelila z navedbo firme in sedeža in tako ni razvidno proti komu je predmetni postopek uveden in proti komu se vodi. Poleg tega sklep o uvedbi postopka odvisnim družbam ni bil nikoli vročen. Nadalje poudarja, da je bila pri izdaji sklepa o uvedbi postopka kršena tudi določba 5. odstavka 24. člena ZPOmK-1, zlasti z navedbo opisa dejanja, ki je razlog za uvedbo postopka. Agencija ni tekom postopka kot sporna obravnavala zgolj tista dejanja Salusa oziroma tistih ponudb, ki so izrecno navedena v sklepu o uvedbi postopka, temveč je kot sporna označila tudi sodelovanje Salusa pri drugih javnih naročilih, na katera pa predmetnega postopka ni razširila s sklepom o razširitvi postopka. Glede teh dejanj tako Agencija ne more ugotoviti kršitve.

312. Agencija zgornje navedbe stranke postopka v celoti zavrača kot neutemeljene. Agencija je pri izdaji sklepa o uvedbi predmetnega postopka ravnala v skladu z določbo 24. člena ZPOmK-1 in je ta v celoti pravilen in zakonit. Sklep o uvedbi postopka vsebuje vse obvezne sestavine, kot to določa prvi odstavek 24. člena ZPOmK-1⁵⁰⁵, kar je nedvomno razvidno iz njegove vsebine. Opredelitev vsebine sklepa o uvedbi postopka omogoča podjetju, da se seznanj z izhodišči Agencije in da lahko učinkovito izvršuje svojo pravico do obrambe, hkrati pa opredeljuje tudi predmet odločanja. Ker je iz podatkov, s katerimi je pred uvedbo predmetnega postopka razpolagala Agencija, izhajalo, da je izkazana verjetnost kršitve določb 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU, je Agencija s sklepom uvedla predmetni postopek. Obstoje kršitve pa mora biti v sklepu o uvedbi postopka izkazan z nižjo stopnjo dokaznega standarda, kot to velja za končno odločbo, in sicer zadostuje standard verjetnosti. Ni pa mogoče pričakovati, da bo Agencija že v sklepu o uvedbi postopka natančno opredelila vsa ravnanja (torej navedla vse sporne javne razpise v obdobju trajanja kršitve) tako kot v končni odločbi po obsežno izvedenem ugotovitvenem postopku⁵⁰⁶ in z enakim dokaznim standardom. Agencija poudarja, da za te dodatne javne razpise, ki niso bili izrecno navedeni že v sklepu o uvedbi postopka, ni treba razširiti postopka in izdati nov sklep o uvedbi postopka. Kršitev je namreč ostala ves čas nespremenjena in je bila natančno opredeljena že v sklepu o uvedbi postopka, dejanja, ki predstavljajo kršitev, pa so bila v sklepu o uvedbi postopka zgolj eksemplifikativno navedena, natančneje pa opredeljena v PRD. Sklep o razširitvi postopka pa se v skladu z določbo 5. odstavka 24. člena ZPOmK-1 izda zgolj v primeru, če se izkaže, da je treba postopek razširiti tudi na kakšno drugo kršitev ali zoper drugo podjetje. Nadalje Agencija poudarja, da je v sklepu o uvedbi postopka pravilno in na kratko razložila veljavno regulacijo cen, ta razlaga pa je bila tekom postopka zgolj dopolnjena oziroma natančneje predstavljena, kot je to razvidno iz izdanega PRD in njegove dopolnitve.
313. Glede navedbe odvisnih družb pa Agencija pojasnjuje, da je postopek uvedla zoper tiste družbe/podjetja, za katera je bila izkazana verjetnost kršitve določb ZPOmK-1 in PDEU. Pri tem je postopek uvedla tudi proti vsem odvisnim družbam strank postopka, izrecno pa tudi zoper tiste odvisne družbe, za katere je bila izkazana verjetnost kršitve konkurenčnih določb in kjer je bilo verjetno izkazano, da so te samostojno sodelovale v očitani kršitvi (Gopharm in Nensi). Glede navedb, da je Agencija sklep o uvedbi postopka vročila zgolj matičnim družbam, ne pa tudi vsem njihovim odvisnim družbam, pa Agencija pojasnjuje, da se šteje, da je bil sklep o uvedbi postopka z dnem vročitve matični družbi vročen tudi vsem njenim odvisnim družbam, ki tvorijo ekonomsko celoto. Agencija poudarja, da lahko v sistemu konkurenčnega prava različni subjekti v sistemu skupine štejejo za eno podjetje⁵⁰⁷. Tekom ugotovitvenega postopka je treba ta razmerja med posameznimi subjekti znotraj iste skupine natančno preučiti in ugotoviti, kakšna je njihova vloga v kršitvi ter tudi ali je imela družba hči svobodo pri odločanju o svojem delovanju, ali je ravnala po navodilih družbe matere. Presoja o tem, ali je družba hči odvisna od matere ali ne, je namreč dejansko vprašanje, za presojto katerega se v

⁵⁰⁵ Sklep o uvedbi postopka vsebuje: opis dejanja, ki je razlog za uvedbo postopka, navedbo določb zakona, za katere je izkazana verjetnost kršitve, in obrazložitev razlogov za uvedbo postopka.

⁵⁰⁶ Več o sklepu o uvedbi postopka: Grilc, Peter in ostali, Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence s komentarjem (ZPOmK-1), GV Založba, Ljubljana 2009, str. 281 do 285.

⁵⁰⁷ Grilc, Peter in ostali, Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence s komentarjem (ZPOmK-1), GV Založba, Ljubljana 2009, str. 61.

praksi uporabi kriterije pravne povezanosti in dejanskega vprašanja. Agencija je nato v PRD jasno navedla, katera družba in za katero obdobje odgovarja za očitano kršitev.

VII.2 Sklep o preiskavi in dopustnost dokazov

314. Salus je v izjavi o PRD zatrjeval⁵⁰⁸, da so tudi izdani sklepi o preiskavi nezakoniti zlasti iz razloga, ker v njih ni zakonito določen predmet in namen preiskave, kar pa je posledica dejstva, da je opredelitev predmeta postopka v sklepu o uvedbi postopka napačna. Agencija pa lahko izvede preiskavo zgolj v obsegu, kjer ugotavlja obstoj kršitve, ki je izkazana z verjetnostjo v sklepu o uvedbi postopka. V kolikor domnevna kršitev ni izkazana s stopnjo verjetnosti v sklepu o uvedbi postopka, so posledično preiskave nezakonito izvedene. Poudarja še, da je Agencija izrabila dejstvo, da zoper sklep o uvedbi postopka ni sodnega varstva. Da verjetnost kršitve ni bila izkazana, pritrjuje zlasti dejstvo, da Agencija v družbah Salus in Nensi ni pridobila nobenih dokazov. Salus se v nadaljevanju sklicuje še na domnevno neustavnost opravljenih preiskav, izvedenih na podlagi sklepa o preiskavi, ki ga izda direktor, in niso izvedene na podlagi odredbe sodišča. Poudarja, da so bile preiskave izvedene v nasprotju s 36. in 37. členom Ustave RS ter 8. členom EKČP. Pri tem se sklicuje na vloženi zahtevi za oceno ustavnosti določb ZPOmK-1 (U-I-40/12 ter U-I-92/12). Smiselno enako navaja tudi Kemofarmacija v svoji izjavi o PRD⁵⁰⁹.
315. Agencija je že pojasnila, da je predmetni sklep o uvedbi postopka v celoti pravilen in zakonit. Posledično so pravilni in zakoniti tudi vsi sklepi o preiskavi, izdani v predmetnem postopku, ter tudi same preiskave, izvedene na njihovi podlagi. Iz pregleda vsebine posameznega sklepa o preiskavi je nedvomno razvidno, da vsebuje vse elemente, kot to izhaja iz določbe 28. člena ZPOmK-1.
316. Glede domnevne neustavnosti preiskav pa Agencija poudarja, da je Ustavno sodišče RS z odločbo št. U-I-40/12-31, ki jo je izdalo dne 11. 4. 2013, ugotovilo, da je ureditev, ki Agenciji dovoljuje izvedbo preiskave brez predhodne sodne odločbe sicer res v neskladju s 36. in 37. členom Ustave, vendar je zakonodajalcu pri tem določilo enoletni rok za odpravo te protiustavnosti. V tretji točki izreka odločbe je sodišče še izrecno poudarilo, da se do odprave omenjene neustavnosti določba prvega stavka prvega odstavka 28. člena ZPOmK-1 še naprej uporablja. Navedeno pomeni, da lahko Agencija še naprej izvaja preiskave na podlagi sklepa o preiskavi, ki ga izda direktor Agencije, in ne na podlagi odredbe sodišča. Agencija je namreč imela in ima še naprej zakonito podlago za opravljanje preiskav, kot je sodišče v omenjeni odločbi še izrecno poudarilo. Ker je takšna pravica Agencije določena za čas do uskladitve neustavnosti, je toliko bolj podana za čas pred izdajo odločbe Ustavnega sodišča RS.
317. Stranke postopka so v izjavah o PRD tudi zahtevale⁵¹⁰, da Agencija iz postopka izloči vse dokaze, ki so bili pridobljeni med izvajanjem preiskav in na katere se v postopku izrecno sklicuje, saj so bili pridobljeni na nezakonit način oziroma s kršitvijo ustavno zagotovljenih in varovanih pravic in svoboščin (zlasti v nasprotju s 35., 36. in 37. členom Ustave RS), kot tudi pravic, ki jih zagotavlja EKČP v 8. členu. Pri tem so se sklicevale na pobudo za presojo ustavnosti določb ZPOmK-1, vloženo pri Ustavnem sodišču RS v zadevi opr.št. U-I-40/12.
318. Agencija meni, da glede na zgoraj navedeno odločbo Ustavnega sodišča RS št. U-I-40/12-31 z dne 11. 4. 2013 ni podlage za izločitev dokazov v tem postopku. Agencija se pri tem sklicuje še na sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS št. G 10/2011-17 ter G 13/2011-11 z dne 11. 6. 2013 (v nadaljevanju: sodba Vrhovnega sodišča), kjer je sodišče sledilo razlagi Ustavnega sodišča RS v prej omenjeni odločbi. Pri tem je poudarilo, da je Agencija imela in še ima vse do odprave ugotovljene protiustavnosti v skladu z 41. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča RS zakonito podlago za opravljanje ustreznih

⁵⁰⁸ Glej str. 10-18 izjave o PRD podjetja Salus.

⁵⁰⁹ Glej izjavo o PRD podjetja Kemofarmacija, Predlog za izločitev dokazov in predlog za izločitev uradnih oseb.

⁵¹⁰ Glej str. str. 25 in 26 izjave o PRD podjetja Farmadent, str. 17 izjave o PRD podjetja Salus in izjavo o PRD podjetja Kemofarmacija, Predlog za izločitev dokazov in predlog za izločitev uradnih oseb.

preiskav (glej točko 13. sodbe Vrhovnega sodišča). V sodbi je Vrhovno sodišče še izrecno poudarilo, da navedeno za postopek ugotavljanja kršitve 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU pomeni, da dokazi, pridobljeni na podlagi sklepa o preiskavi v skladu s prvim stavkom prvega odstavka 28. člena ZPOmK-1, niso nedovoljeni (glej točko 14. sodbe Vrhovnega sodišča). Glede na navedeno ne obstaja podlaga za izločitev dokazov, pridobljenih med izvajanjem preiskave v poslovnih prostorih strank postopka.

VII.3 Zavrnitev drugih dokaznih predlogov - ustna obravnava

319. Vse stranke postopka so v svojih izjavah o PRD⁵¹¹ predlagale, da Agencija izvede ustno obravnavo in tudi zasliši prič, ki so jih stranke postopka predlagale. Salus je poudaril, da z drugimi dokaznimi sredstvi, kot je zaslišanje prič, ne more učinkovito dokazovati pravilnosti navedb v dokumentih, ki predstavljajo dokaz v tem postopku, in je tako izvedba ustne obravnave nujna.
320. Agencija poudarja, da odloča v skladu z določbo 21. člena ZPOmK-1 v postopku brez ustne obravnave, razen, če uradna oseba, ki vodi postopek, presodi, da je treba zaradi razjasnitve ali ugotovitve odločilnih dejstev opraviti ustno obravnavo. Agencija je glede na vsa dejstva in dokaze v postopku ocenila, da izvedba ustne obravnave ni potrebna, saj meni, da ni treba zaradi razjasnitve zadeve izvajati dokazov z zaslišanjem prič na ustni obravnavi. Stranke postopka so imele v predmetnem postopku možnost, da učinkovito uveljavijo in zavarujejo svoje pravice in pravne koristi, za kar pa ni potrebna izvedba ustne obravnave. Tekom postopka so predložile Agenciji več vlog in tudi pisne izjave o povzetku relevantnih dejstev. Dejansko stanje je po mnenju Agencije v celoti in pravilno ugotovljeno že na podlagi vseh dejstev in dokazov v postopku, iz katerih nedvomno izhaja, da je v predmetni zadevi podana kršitev, kot je opredeljena v tej odločbi. Ustne obravnave so tudi sicer v postopkih varstva konkurence redke in je postopek ugotavljanja kršitev pravil konkurence praviloma pisen⁵¹². Zaradi navedenega Agencija na tem mestu zavrača predloge strank postopka o izvedbi ustne obravnave in zaslišanju predlaganih prič, kar je tudi podrobno obrazloženo v odločbi pri posameznih navedbah oziroma ugovorih strank in njihovih predlogih za izvedbo posameznih dokazov v zvezi s posameznimi navedbami. Agencija je predloge strank za izvedbo dokaza z zaslišanjem predlaganih prič zavrnila kot nepotrebne, saj izvedba le-teh ne bi v ničemer pripomogla k razjasnitvi dejanskega stanja in k ugotavljanju predmetne kršitve. Agencija je iz listinskih dokazov v spisu z gotovostjo ugotovila popolno in pravilno dejansko stanje, zato je izvajanje nadaljnjih dokazov v celoti nepotrebno, saj se da z gotovostjo ugotoviti vsa pravnorelevantna dejstva in dejansko stanje že na podlagi vseh izvedenih dokazov. Poleg tega pa nekatere stranke tudi niso natančno specificirale oziroma niso podale obrazložene dokazne predloge, t.j. o čem naj bi navedene prič, vedele izpovedati, niso navedle naslovov predlaganih prič, prič tudi niso konkretno navedle z imeni in priimki, itd., zato Agencija izvedbo navedenih dokazov zavrača tudi iz tega razloga.

VII.4 Opredelitev do preostalih navedb strank

321. Podjetje Kemofarmacija je v izjavi o PRD ugovarjalo, da ni utemeljen očitok Agencije, da je bila zaradi opisanih ravnanj povzročena škoda ZZZS, saj po njegovem mnenju ni nobene pravne ovire za to, da bi javni lekarniški zavodi zneske komercialnih popustov na prodana zdravila na recept, ki jih dobijo na podlagi dodatnih dogovorov, priznale ZZZS. Agencija je že prej v odločbi pojasnila, da je bila povzročena škoda ZZZS brez dvoma tudi zaradi ravnanj veletrgovcev z zdravili, naslovnikov odločbe, saj v postopkih oddaje javnih naročil niso dajali popustov javnim lekarniškim zavodom, kar je pomenilo, da je bila cena zdravil, po kateri so lekarne nabavljale (nabavna cena), vedno na najvišji ravni. To nabavno ceno pa lekarne nato dobijo povrnjeno s strani ZZZS, saj glede na določila Splošnega dogovora⁵¹³ lekarne ZZZS-u zaračunajo zdravila, izdana v lekarnah na

⁵¹¹ Glej na primer str. 28 izjave o PRD podjetja Farmadent, str. 82 izjave o PRD podjetja Salus in str. 65 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija.

⁵¹² Grilc, Peter in ostali, Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence s komentarjem (ZPOmK-1), GV Založba, Ljubljana 2009, str. 261 do 263.

⁵¹³ Glej npr. Splošni dogovor za pogodbeno leto 2010, I. Splošne določbe, 17. člen.

recepte, po nabavni ceni. Nabavna cena pa je cena, oblikovana v skladu z veljavnimi predpisi, in je določena na podlagi ustrezne knjigovodske listine dobavitelja na dan prejema zdravila v lekarni. Splošni dogovor tudi izrecno predvideva, da v primeru da »izvajalec« (kamor brez dvoma sodijo tudi javni lekarniški zavodi⁵¹⁴) z dobaviteljem za zdravila dogovori nižje cene, kot so določene v Splošnem dogovoru oziroma z drugimi pravilniki, ZZS-u navedeno zaračuna po nižjih cenah. Prav tako je Agencija pojasnila, da morebitno nepravilno ravnanje lekarn, ki zadržijo popuste zase, ne predstavlja razbremenilnih okoliščin za naslovnike te odločbe.

322. Podjetje Kemofarmacija je v izjavi o PRD⁵¹⁵ navedlo, da so vse lekarne, tako zasebne kot javni lekarniški zavodi, pri izvajanju svoje dejavnosti v primeru zdravil zgolj »izdajatelj«, vmesni člen med veletrgovci z zdravili in pacientom, ki prejme zdravilo, predpisano z receptom s strani njegovega zdravnika, kar pa po mnenju Agencije ne drži v celoti, saj pacienti v lekarnah kupujejo tudi zdravila, ki jih zdravniki ne predpisujejo z recepti (t.i. OTC zdravila). Kemofarmacija nadalje navaja, da lekarne nimajo nobenega vpliva na to, katero zdravilo in v kakšnih količinah bo izdano, saj zdravilo predpiše zdravnik, kar tudi ne drži povsem, saj lekarne prodajajo tudi zdravila brez recepta neposredno pacientom/potrošnikom. V nadaljevanju je Kemofarmacija navedla, da je zaradi specifičnosti v konkretnem primeru vloga potrošnika razdeljena med javni lekarniški zavod kot pravno-formalnega kupca in ZZS kot končnega plačnika. Ker pa so javni lekarniški zavodi edini udeleženci na trgu, s katerimi se veletrgovci sploh (lahko) pogajajo o njihovi končni ceni zdravil in drugih pogojih poslovanja, vsebinsko ustrezajo pojmu »potrošnik« *de facto* zgolj javni lekarniški zavodi. Agencija glede opredelitve pojma »potrošnik« meni, da so javni lekarniški zavodi zgolj stranke, s katerimi vstopajo naslovniki odločbe v poslovna razmerja, in da so v konkretnem primeru končni potrošniki dejansko pacienti, uporabniki zdravil, ki jim lekarne izdajajo zdravila: tako v primeru OTC zdravil, kjer pacienti nastopajo kot kupci in plačniki zdravil (enako v primeru zdravil, ki se izdajajo na podlagi t.i. belega recepta, za katere znesek pokrije pacient), kot tudi zdravil na recept, ki jih je predpisal zdravnik in katerih plačnik je ZZS, pri čemer je treba poudariti, da sredstva v zdravstveno blagajno prispevajo zavarovanci v sistemu zdravstvenega zavarovanja, torej tudi pacienti, ki so na koncu tudi uporabniki zdravstvenih storitev. Glede na navedeno Agencija meni, da v primeru, da nastaja škoda za ZZS, s tem nastaja tudi škoda za končnega potrošnika, to je vse zavarovance, ki prispevajo v zdravstveno blagajno in iz katere se financirajo zdravstvene storitve.

VIII. UGOTOVITEV OBSTOJA KRŠITVE

323. V primeru, ko Agencija ugotovi kršitev 6. člena ZPOmK-1 ali 101. člena PDEU (prej 81. člena PES), v skladu s prvim odstavkom 37. člena ZPOmK-1 o tem izda odločbo, s katero ugotovi obstoj kršitve 6. člena ZPOmK-1 ali 101. člena PDEU (prej 81. člena PES) in od podjetja zahteva, da s kršitvijo preneha.
324. Agencija je v ugotovitvenem postopku ugotovila, da so se podjetja, na katera je ta odločba naslovljena, vsako v navedenem obdobju pri prodaji zdravil za uporabo v humani medicini na debelo javnim lekarniškim zavodom v Republiki Sloveniji dogovarjala oziroma usklajeno ravnala glede določanja cen zdravil za uporabo v humani medicini na debelo, delitve trga oziroma javnih naročil za dobavo zdravil za uporabo v humani medicini javnim lekarniškim zavodom in oddaje prikrojjenih ponudb v postopkih javnega naročanja naročnikov javnih lekarniških zavodov, kar predstavlja omejevalni sporazum, katerega cilj je preprečevanje, oviranje ali izkrivljanje konkurence na ozemlju Republike Slovenije

⁵¹⁴ Iz vsebine določb Splošnega dogovora izhaja, da je pod pojem »izvajalec« brez dvoma sodijo tudi lekarne. Splošni dogovor namreč zajema vse zdravstvene storitve, vključno z lekarniškimi, prav tako se nanaša na vse izvajalce zdravstvenih storitev, kamor sodijo tudi lekarne. Tako so npr. v 13. členu med izvajalci, ki jim pripada dodatek za dvojezičnost, navedene tudi lekarne oziroma javni lekarniški zavodi (poleg zdravstvenih domov in bolnišnice).

Agencija dodaja, da tudi iz določb ZZdej izhaja delitev zdravstvene dejavnosti na javno zdravstveno dejavnost, zasebno zdravstveno dejavnost in druge zdravstvene dejavnosti (na primer lekarniška dejavnost). Zdravstvena dejavnost kot javna zdravstvena služba se opravlja v okviru mreže javne zdravstvene službe, v katero so vključeni izvajalci javne zdravstvene službe, ki so lahko: javni zdravstveni zavodi (na primer zdravstveni domovi, bolnišnice in lekarne), druge pravne osebe (na primer zasebni zdravstveni zavodi in gospodarske družbe) s koncesijo in fizične osebe (zasebniki) s koncesijo.

⁵¹⁵ Glej npr. str. 9 izjave o PRD podjetja Kemofarmacija.

oziroma na znatnem delu notranjega trga, kar bi lahko prizadelo trgovino med državami članicami Evropske unije, ter s tem kršitev 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU (prej 81. člena PES).

325. Zaradi skrivne narave predmetnega kartela in zatrdovanja strank ves čas postopka, da je bilo njihovo ravnanje skladno z veljavnimi predpisi, zaradi česar po njihovem mnenju sploh ne gre za kartelno dogovarjanje, ni mogoče z gotovostjo ugotoviti, da je kršitev prenehala. Glede na navedeno je Agencija odločila, da morajo stranke postopka z dnem vročitve te odločbe prenehati z ravnanjem, opisanim v točki 1. izreka te odločbe. Posledično se morajo stranke postopka tudi vzdržati vsakršnega nadaljnega dogovarjanja oziroma usklajenega ravnanja pri delitvi trga oziroma javnih naročil za dobavo zdravil za uporabo v humani medicini javnim lekarniškimi zavodom, pri določanju cen v ponudbah in pri oddajanju ponudb v postopkih javnega naročanja naročnikov javnih lekarniških zavodov.

IX. ODLOČITEV O STROŠKIH POSTOPKA

326. Agencija v tej odločbi ni odločila o stroških postopka, zato je v skladu z 118. členom ZUP navedla v odločbi, da bo izdala o stroških poseben sklep, kot izhaja iz točke 3. izreka te odločbe.

X. OBJAVA IZREKA ODLOČBE

327. Na podlagi petega odstavka 22. člena ZPOmK-1 se izrek odločbe objavi na spletni strani Agencije.

XI. ZAKLJUČEK

328. Na podlagi vsega navedenega Agencija meni, da v predmetni zadevi obstajajo dejstva in dokazi, ki so dovolj natančni in skladni, da lahko utrdijo prepričanje o obstoju kršitve prvega odstavka 6. člena ZPOmK-1 ter prvega odstavka 101. člena PDEU (prej 81. člen PES). Agencija meni, da so se podjetja Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm, vsako v navedenem obdobju, pri prodaji zdravil na debelo javnim lekarniškimi zavodom dogovarjala oziroma usklajeno ravnala pri določanju cen zdravil na debelo, oddaji ponudb za dobavo zdravil javnim lekarniškimi zavodom in razdelitvi trga oziroma javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškimi zavodom, kar predstavlja omejevalni sporazum, katerega cilj je preprečevanje, oviranje ali izkrivljanje konkurence na ozemlju Republike Slovenije oziroma na znatnem delu notranjega trga, kar bi lahko prizadelo trgovino med državami članicami Evropske unije, ter s tem kršitev 6. člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU (prej 81. člena PES).
329. Opisana ravnanja naslovnikov odločbe so povzročila omejevanje konkurence med veletrgovci z zdravili, kar je vplivalo na cene zdravil na debelo, ki so bile tako ves čas na najvišji dopustni ravni (kjer je končni plačnik ZZZS) ali višje kot bi bile sicer, če bi obstajali konkurenčni pritiski med podjetji, ki so pridobila naročila za dobavo zdravil, v fazi sklepanja aneksov izven postopkov oddaje javnih naročil. Navedeno pa v konkretnem primeru ni bilo samo v škodo kupcev (javnih lekarniških zavodov) in posredno tudi potrošnikov (pacientov, ki kupujejo in plačujejo zdravila v javnih lekarniških zavodih), temveč je bilo zlasti v škodo ZZZS, ki je končni plačnik zdravil, ki se izdajajo na recept. ZZZS namreč povrne stroške zdravila lekarni (javnemu lekarniškemu zavodu) po nabavni ceni zdravila, ki je bila v konkretnem primeru najvišja veljavna oziroma dopustna cena zdravila na debelo (NDC/IVDC/dogovorna cena). Javnim lekarniškimi zavodom so namreč veletrgovci vseeno naknadno (izven postopkov oddaje javnih naročil) priznavali določene popuste, zato je bila nabavna cena zdravil za javne lekarniške zavode dejansko nižja od cen iz ponudb, ki so jih oddali veletrgovci z zdravili v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil, poleg navedenega pa javni lekarniški zavod pri zdravilih na recept dobi od ZZZS povrnjene stroške za nakup zdravila po nabavni ceni. Čeprav so na ta način javni lekarniški zavodi pridobivali na račun ZZZS presežke, ki so jih zadržali zase, so bili po oceni Agencije ti popusti, ki so jih odobrile stranke postopka javnim lekarniškimi

zavodom, dani naknadno, ko so bili deleži naročil za dobavo zdravil posameznim javnim lekarniškimi zavodom že razdeljeni med veletrgovce z zdravili, in zato niso bili podvrženi konkurenčnim pritiskom, ki bi obstajali, če bi med veletrgovci obstajal pravi konkurenčni boj za pridobitev naročila oziroma večjega deleža dobav pri posameznih naročnikih.

330. Agencija za konec dodaja, da lahko argumente strank postopka, kot so na primer visoka regulacija trga, neustrezno oblikovanje razpisnih dokumentacij in vodenje postopkov oddaje javnih naročil s strani javnih lekarniških zavodov ter neprenašanje naknadnih popustov naprej na ZZZS, upošteva pri odmeri glob v prekrškovnem postopku, vendar pa te okoliščine, kot je bilo že pojasnjeno v odločbi, na sam obstoj kršitve ne vplivajo. Poudarja, da nepravilnosti pri poslovanju javnih lekarniških zavodov, na katere so opozarjale stranke v postopku, niso predmet tega postopka, bo pa Agencija na ustrezen način o tem obvestila pristojne organe in tudi sama ukrepala v skladu s svojimi pristojnostmi, če bodo podani razlogi za takšno ukrepanje.

POUK O PRAVNEM SREDSTVU:

Zoper to odločbo je mogoče vložiti tožbo pri Upravnem sodišču Republike Slovenije, Fajfarjeva 33, 1000 Ljubljana, v roku trideset (30) dni od dneva vročitve odločbe. Tožba se v dveh izvodih vloži pri sodišču, ali pa se pošlje po pošti. Šteje se, da je bila tožba vložena pri sodišču tisti dan, ko je bila priporočeno oddana na pošto.

Postopek vodila:

Helena Belina Djalil
Vodja Sektorja za splošne zadeve,
pravne zadeve in preiskave ter
ekonomska analitiko

Andrej Krašek
predsednik senata

Priloge:

- PRILOGA 1: Splošen pregled sektorja farmacije
- PRILOGA 2: Oblikovanje cen zdravil
- PRILOGA 3: Ponujanje popustov javnim lekarniškimi zavodom v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil
- PRILOGA 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih
- PRILOGA 5: Oddajanje ponudb v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil lekarnam
- PRILOGA 6: Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil
- PRILOGA 7: Tabeli št. 3 in 4
 - Tabela št. 3: Strukturni deleži veletrgovcev v javnih lekarniških zavodih
 - Tabela št. 4: Realizirana nabava zdravil za uporabo v humani medicini javnih lekarniških zavodov

Vročiti – osebno po ZUP:

- KEMOFARMACIJA veletrgovina za oskrbo zdravstva, d.d., Cesta na Brdo 100, 1000 Ljubljana, - osebno po ZUP, **po pooblaščenca: Odvetniki Šelih & partnerji o.p., d.o.o., Komenskega ulica 36, 1000 Ljubljana, in Odvetniška družba FATUR o.p., d.o.o., Štefanova 13a, 1000 Ljubljana;**

- SALUS promet s farmacevtskimi, medicinskimi in drugimi proizvodi, d.d., Ljubljana, Litostrojska cesta 46A, 1000 Ljubljana, - osebno po ZUP, **po pooblaščenju: Odvetniška družba Kavčič, Rogl in Bračun o.p., d.o.o., Trg republike 3, 1000 Ljubljana;**
- FARMADENT trgovina, proizvodnja in storitve d.o.o., Minařikova ulica 6, 2000 Maribor, - osebno po ZUP, **po pooblaščenju: Odvetniška družba Rojs, Peljhan, Prelesnik & partnerji o.p., d.o.o., Tivolska 48, 1000 Ljubljana;**
- GOPHARM trgovina in laboratorijske storitve, d.o.o., Cesta 25. junija 1D, 5000 Nova Gorica, - osebno po ZUP, **po pooblaščenju: Odvetniška družba Rojs, Peljhan, Prelesnik & partnerji o.p., d.o.o., Tivolska 48, 1000 Ljubljana.**

Vložiti:

- zbirka dokumentarnega gradiva, tu.

KAZALO

I. POMEN KRATIC IN IZRAZOV, UPORABLJENIH V ODLOČBI	3
II. UVOD	3
III. GOSPODARSKA PANOGA, KI JE PREDMET POSTOPKA.....	4
III.1 Proizvod	5
III.1.1 Zdravila za uporabo v humani medicini	5
III.1.2 Oblikovanje cen zdravil	6
III.2 Udeleženci na trgu / Stranke postopka	12
Kemofarmacija d.d.....	12
Salus d.d.....	14
Farmadent d.o.o.	15
Gopharm d.o.o.....	17
III.3 Opis panoge oziroma dejavnosti, ki je predmet postopka	18
III.3.1 Promet z zdravili na debelo.....	18
III.3.1.1 Ponudba	19
III.3.1.2 Povpraševanje	23
Javni lekarniški zavodi	25
a. Nabava zdravil po postopkih javnega naročanja	25
b. Vrednosti dobav zdravil javnim lekarniškim zavodom.....	28
III.3.2 Geografski okvir	30
IV. OPIS POSTOPKA.....	30
IV.1 Uvedba postopka in preiskovalni postopek pred izdajo PRD	30
IV.1.1 Pregled, prepis oziroma preslikava dokumentov zadeve (vpogledi v spis)	33
IV.2 Postopek po izdanem PRD.....	34
IV.2.1 Pregled, prepis oziroma preslikava dokumentov zadeve (vpogledi v spis)	35
IV.2.2 Zaveze	35
IV.2.3 Prošnje za sestanek	35
IV.2.4 Zahteve za izločitve	37
IV.3 Zaupni podatki in njihovo varstvo	37
V. OPIS RAVNANJ.....	38
V.1 Uvod	38
V.2 Usklajeno ravnanje glede določanja cen in oddajanja ponudb v postopkih javnega naročanja	41
V.2.1 Vzporedno ravnanje veletrgovcev z zdravili	41
V.2.1.1 Oddajanje ponudb v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom.....	41
V.2.2 Dokazi o obstoju usklajenega ravnanja	52
V.2.2.1 Razpredelnica s popusti (10. 12. 2007).....	52
V.2.2.2 Finančni dobropis za naknadno priznani popust (31. 12. 2007)	54
V.2.2.3 Zapisnik o sestanku in elektronska sporočila iz začetka leta 2009 in 2010	56

V.2.3	Zaključki Agencije	61
V.3	Delitev trga / javnih naročil za dobavo zdravil.....	61
V.3.1	Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil	61
V.3.2	Neoddaja ponudb v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil javnim lekarniškimi zavodom	67
V.3.3	Stabilni deleži dobav posameznim javnim lekarniškimi zavodom in stabilni tržni deleži veletrgovcev z zdravili.....	68
V.3.4	Zaključki Agencije	70
V.4	Zaključki Agencije	70
VI.	PRESOJA RAVNANJ Z VIDIKA PRAVIL KONKURENCE.....	71
VI.1	Pristojnost Agencije	71
VI.2	Pojem podjetja	71
VI.2.1	Splošno	71
VI.2.2	Pripisovanje solidarne odgovornosti matični družbi za kršitev hčerinske družbe	72
VI.2.3	Uporaba v konkretnem primeru	73
VI.2.3.1	Splošno	73
VI.2.3.2	Pripisovanje solidarne odgovornosti matični družbi za kršitev hčerinske družbe ..	73
	Podjetje Farmadent	73
VI.2.4	Zaključek	74
VI.3	Prepoved omejevalnih sporazumov, sklepov podjetniških združenj in usklajenih ravnanj (6. člen ZPOmK-1 in 101. člen PDEU, prej 81. člen PES).....	74
VI.3.1	6. člen ZPOmK-1	74
VI.3.2	101. člen PDEU (prej 81. člen PES)	74
VI.3.3	Sporazum in/ali usklajeno ravnanje	75
VI.3.3.1	Uporaba v konkretnem primeru	78
VI.3.4	Omejevanje konkurence kot cilj ali učinek	81
VI.3.4.2.1	Uporaba v konkretnem primeru	84
VI.3.5	Vpliv na ozemlju Republike Slovenije in na trgovanje med državami članicami EU	85
VI.3.5.1	Uporaba v konkretnem primeru	86
VI.3.6	Enotna, kompleksna in trajajoča kršitev	88
VI.3.6.1	Uporaba v konkretnem primeru	89
VI.3.6.1.1	Začetek kršitve	90
VI.3.6.1.2	Konec kršitve.....	93
VI.3.6.1.3	Udeležba posameznih podjetij v kartelu	93
VI.3.7	Dokazni standard	93
VI.3.7.1	Uporaba v konkretnem primeru	95
VI.3.8	Upoštevni trg	96
VI.3.8.1	Uporaba v konkretnem primeru	97
VI.3.9	Izjema po tretjem odstavku 6. člena ZPOmK-1 in po tretjem odstavku 101. člena PDEU (prej 81. člen PES).....	99
VI.3.9.1	Uporaba v konkretnem primeru	99
VI.4	Zavrnitev predlaganih zavez	101
VII.	PREOSTALE IZJAVE STRANK O PRD IN OPREDELITVE AGENCIJE DO NAVEDB STRANK.....	102
VII.1	Sklep o uvedbi postopka.....	102
VII.2	Sklep o preiskavi in dopustnost dokazov.....	104

VII.3	Zavrnitev drugih dokaznih predlogov - ustna obravnava	105
VII.4	Opredelitev do preostalih navedb strank	105
VIII.	UGOTOVITEV OBSTOJA KRŠITVE	106
IX.	ODLOČITEV O STROŠKIH POSTOPKA.....	107
X.	OBJAVA IZREKA ODLOČBE	107
XI.	ZAKLJUČEK	107
	KAZALO	110
	PRILOGE	114
	PRILOGA 1: Splošen pregled sektorja farmacije	115
	PRILOGA 2: Oblikovanje cen zdravil.....	117
	Najvišja dovoljena cena zdravil (NDC)	117
	Dogovorne / dogovorjene cene zdravil.....	117
	Marže veletrgovcev	120
	PRILOGA 3: Ponujanje popustov javnim lekarniškimi zavodom v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil.....	123
	PRILOGA 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih	129
	1. Lekarna Ljubljana	129
	2. Zasavske lekarne	131
	3. Lekarna Velenje.....	133
	4. Obalne lekarne	135
	5. Goriška lekarna	136
	6. Dolenjske lekarne	136
	7. Mestne lekarne	137
	8. Lekarna Ribnica.....	138
	9. Gorenjske lekarne	139
	PRILOGA 5: Oddajanje ponudb v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil lekarnam	
	141	
	Oddaja ponudb dne 25. 4. 2006 (naročnik: Lekarna Ljubljana, predvideni rok za oddajo ponudb: 25. 4. 2006 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 25. 4. 2006 ob 12.00 uri)	141
	Oddaja ponudb dne 11. 5. 2007 (naročnik: Lekarna Ljubljana, predvideni rok za oddajo ponudb: 14. 5. 2007 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 14. 5. 2007 ob 12.00 uri)	141
	Oddaja ponudb dne 7. 12. 2007 (naročnik: Obalne lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 7. 12. 2007 do 12.00 ure, datum odpiranja ponudb: 7. 5. 2007 ob 13.00 uri)..	142
	Oddaja ponudb dne 9. 1. 2008 (naročnik: Zasavske lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 9. 1. 2008 do 9.00 ure, datum odpiranja ponudb: 9. 1. 2008 ob 10.00 uri).....	142
	Oddaja ponudb dne 12. 3. 2008 (naročnik: Goriška lekarna, predvideni rok za oddajo ponudb: 12. 3. 2008 do 12.00 ure, datum odpiranja ponudb: 12. 3. 2008 ob 13.00 uri)	143
	Oddaja ponudb dne 13. 3. 2008 (naročnik: Dolenjske lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 13. 3. 2008 do 12.00 ure, datum odpiranja ponudb: 13. 3. 2008 ob 16.30 uri)	143
	Oddaja ponudb dne 21. 5. 2008 (naročnik: Lekarna Ljubljana, predvideni rok za oddajo ponudb: 21. 5. 2008 do 8.30 ure, datum odpiranja ponudb: 21. 5. 2008 ob 9.20 uri)....	144
	Oddaja ponudb dne 28. 1. 2009 in 29. 1. 2009 (naročnik: Zasavske lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 29. 1. 2009 do 12.00 ure, datum odpiranja ponudb: 29. 1. 2009 ob 12.00 uri).....	144
	Oddaja ponudb dne 19. 2. 2009 in 20. 2. 2009 (naročnik: Lekarna Velenje, predvideni rok za oddajo ponudb: 20. 2. 2009 do 9.00 ure, datum odpiranja ponudb: 20. 2. 2009 ob 10.00 uri).....	144

Oddaja ponudb dne 5. 5. 2009 (naročnik: Lekarna Ljubljana, predvideni rok za oddajo ponudb: 5. 5. 2009 do 13.30 ure, datum odpiranja ponudb: 5. 5. 2009 ob 15.00 uri)....	145
Oddaja ponudb dne 28. 9. 2009 (naročnik: Lekarna Ribnica, predvideni rok za oddajo ponudb: 28. 9. 2009 do 9.00 ure, datum odpiranja ponudb: 28. 9. 2009 ob 10.00 uri)..	145
Oddaja ponudb dne 17. 12. 2009 (naročnik: Lekarna Ljubljana, predvideni rok za oddajo ponudb: 17. 12. 2009 do 13.30 ure, datum odpiranja ponudb: 17. 12. 2009 ob 15.00 uri)	146
.....	146
Oddaja ponudb dne 28. 1. 2010 (naročnik: Zasavske lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 28. 1. 2010 do 12.00 ure, datum odpiranja ponudb: 28. 1. 2010 ob 12.00 uri)	146
Oddaja ponudb dne 5. 3. 2010 (naročnik: Lekarna Velenje, predvideni rok za oddajo ponudb: 5. 3. 2010 do 12.00 ure, datum odpiranja ponudb: 5. 3. 2010 ob 12.30 uri)....	147
Oddaja ponudb dne 10. 3. 2010 in 11. 3. 2010 (naročnik: Mestne lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 11. 3. 2010 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 11. 3. 2010 ob 10.30 uri).....	147
Oddaja ponudb dne 10. 5. 2010 (naročnik: Lekarna Ljubljana, predvideni rok za oddajo ponudb: 11. 5. 2010 do 13.30 ure, datum odpiranja ponudb: 11. 5. 2010 ob 15.00 uri)	148
Oddaja ponudb dne 21. 10. 2010 (naročnik: Lekarna Ribnica, predvideni rok za oddajo ponudb: 21. 10. 2010 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 21. 10. 2010 ob 10.00 uri)	148
.....	148
Oddaja ponudb dne 24. 1. 2011 in 25. 1. 2011 (naročnik: Zasavske lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 25. 1. 2011 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 25. 1. 2011 ob 10.00 uri).....	148
Oddaja ponudb dne 8. 3. 2011 in 11. 3. 2011 (naročnik: Lekarna Velenje, predvideni rok za oddajo ponudb: 11. 3. 2011 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 11. 3. 2011 ob 12.00 uri).....	149
Oddaja ponudb dne 17. 5. 2011 (naročnik: Mestne lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 17. 5. 2011 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 17. 5. 2011 ob 11.00 uri)	149
Oddaja ponudb dne 5. 10. 2011 in 6. 10. 2011 (naročnik: Lekarna Ribnica, predvideni rok za oddajo ponudb: 6. 10. 2011 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 6. 10. 2011 ob 10.00 uri).....	150
Oddaja ponudb dne 14. 3. 2012 (naročnik: Lekarna Velenje, predvideni rok za oddajo ponudb: 14. 3. 2012 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 14. 3. 2012 ob 12.00 uri)	150
Oddaja ponudb dne 26. 3. 2012 (naročnik: Gorenjske lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 26. 3. 2012 do 12.00 ure, datum odpiranja ponudb: 26. 3. 2012 ob 13.00 uri)	151
Oddaja ponudb dne 24. 4. 2012 (naročnik: Mestne lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 24. 4. 2011 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 24. 4. 2012 ob 11.00 uri)	151
Oddaja ponudb dne 5. 7. 2012 (naročnik: Zasavske lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 6. 7. 2012 do 8.00 ure, datum odpiranja ponudb: 6. 7. 2012 ob 8.15 uri).....	152
PRILOGA 6: Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil	153
1. Zasavske Lekarne	153
Sporazum 29. 1. 2008	153
Sporazum 9. 2. 2009	154
Sporazum 4. 2. 2010	154
Sporazum 1. 2. 2011	155
2. Lekarna Velenje	155
Sporazum 13. 3. 2009	155
Sporazum 19. 3. 2010	156
Sporazum 22. 3. 2011	157
Sporazum 23. 3. 2012	158
3. Lekarna Ribnica	159
Sporazum 16. 10. 2009	159
Sporazum 27. 10. 2010	160
Sporazum 27. 10. 2011	161
PRILOGA 7: Tabeli št. 3 in 4	163

PRILOGE

1. Agencija zaradi preglednosti odločbe v prilogah podaja dodatne ugotovitve, ki se nanašajo na predmetne kršitve, opis relevantnih dokazov, na katere se opira ta odločba, ter opredelitve do navedb strank postopka, vključno z dokazi, ki so jih predlagale. Vse spodaj navedene priloge so sestavni del te odločbe.

2. Seznam prilog:

PRILOGA 1:	Splošen pregled sektorja farmacije
PRILOGA 2:	Oblikovanje cen zdravil
PRILOGA 3:	Ponujanje popustov javnim lekarniškim zavodom v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil
PRILOGA 4:	Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih
PRILOGA 5:	Oddajanje ponudb v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil lekarnam
PRILOGA 6:	Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil
PRILOGA 7:	Tabeli št. 3 in 4 - Tabela št. 3: Strukturni deleži veletrgovcev v javnih lekarniških zavodih - Tabela št. 4: Realizirana nabava zdravil za uporabo v humani medicini javnih lekarniških zavodov

PRILOGA 1: Splošen pregled sektorja farmacije

1. Agencija na tem mestu podaja splošne značilnosti sektorja farmacije, poznavanje katerih je v pomoč pri razumevanju umeščenosti in povezanosti vseh udeležencev v prometu z zdravili, vključno z veletrgovci z zdravili, na katere se nanaša predmetni postopek.
2. Agencija pojasnjuje, da se glede splošnih značilnosti sektorja farmacije opira na ugotovitve Komisije, do katerih je ta prišla med opravljanjem sektorske raziskave in jih je zajela v svojem končnem poročilu iz leta 2009⁵¹⁶ (v nadaljevanju: Poročilo). Raziskava Komisije je bila sicer osredotočena predvsem na ravnanje proizvajalcev zdravil⁵¹⁷, kar ni predmet tega postopka, vendar pa Poročilo vsebuje tudi ugotovitve glede glavnih značilnosti farmacevtskega sektorja in strukture trga⁵¹⁸, ki je pomembna za predmetni postopek in jo Agencija povzema v nadaljevanju.
3. Uvodoma je treba poudariti, da velja sektor farmacije za močno reguliran sektor. Na strani ponudbe nastopata dve vrsti podjetij: proizvajalci originalnih zdravil ter proizvajalci generičnih zdravil. Cene generičnih zdravil so navadno precej nižje od cen originalnih zdravil, kar omogoča omejevanje porabe javnih sredstev, ki se namenjajo za zdravila, in navsezadnje koristi potrošnikom. Na strani povpraševanja pa je farmacevtski sektor zelo specifičen, saj pri zdravilih na recept končni potrošnik (to je pacient) ne sprejema odločitev o njihovem nakupu ali uporabi. O tem praviloma odloča zdravnik, ki predpiše zdravilo, v nekaterih državah članicah pa je pri odločanju udeležen tudi farmacevt. Vendar večine stroškov ne nosita niti pacient niti zdravnik, ki predpiše zdravilo, ali ta, ki ga izda, saj te navadno v veliki meri ali kar v celoti krijejo in/ali povrnejo nacionalne sheme zdravstvenega zavarovanja. Druga specifičnost farmacevtskega sektorja je ta, da so cene najpogosteje rezultat reguliranega postopka odločanja, pri čemer pa se vendarle upoštevajo pogajanja med zainteresiranimi stranmi. Zaradi takšne strukture se zdravniki, farmacevti in pacienti navadno ne ozirajo na cene zdravil, ki se izdajajo na recept, čeprav obstajajo različni mehanizmi za nadzor nad sredstvi, namenjenimi za ta zdravila.
4. V osnovi poteka distribucijska veriga zdravil od proizvajalcev zdravil, prek veletrgovcev z zdravili in lekarn, do pacientov. Poleg tega pa pacienti, ki se zdravijo v bolnišnicah, dobivajo zdravila tudi tam. Med specifičnimi lastnostmi distribucije zdravil je treba izpostaviti obveznosti zagotavljanja stalnosti dobav lekarnam ter posebne zahteve glede skladiščenja in transporta zdravil (kot je na primer hlajenje). Na območju EU ne obstaja obveznost proizvajalcev, da distribuirajo zdravila prek veletrgovcev. Tako obstaja tudi neposredna distribucija zdravil in sicer lahko proizvajalci sami prodajajo zdravila neposredno bolnišnicam in lekarnam (t.i. »DTP distribution«). Nadalje je treba poudariti, da je distribucijski sistem v vseh državah članicah podvržen t.i. »obveznosti javnih storitev«⁵¹⁹, ki pomeni obveznost veletrgovcev z zdravili, da zagotavljajo stalen in ustrezen izbor zdravil, s katerim zadoščajo zahtevam določenega geografskega območja in v zelo kratkem času dostavljajo zahtevane dobave celotnemu zadevnemu območju.⁵²⁰
5. Veletrgovci z zdravili imajo pomemben položaj v distribucijski verigi zdravil, saj subjekti na ravni maloprodaje (lekarne) zaradi prostorskih kapacitet in zahtevanih standardov za shranjevanje zdravil ne morejo imeti vseh zdravil vedno na zalogi. Veletrgovci so vmesni člen med proizvajalcem zdravil in lekarno, ki izdaja oziroma prodaja zdravila končnim potrošnikom, to je pacientom. Na splošno nastopata na trgu dobave zdravil na debelo (veleprodaje zdravil) dva tipa veletrgovcev: t.i. »full-line wholesalers« in »short-line wholesalers«. »Full-line wholesalers« so veletrgovci s celovitim asortimanom izdelkov, ki

⁵¹⁶ »Pharmaceutical Sector Inquiry, Final Report, Adoption Date: 8 July 2009«, dostopno na spletni strani Komisije: http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/staff_working_paper_part1.pdf, in »Sporočilo Komisije: Povzetek preiskave farmacevtskega sektorja«, dostopno na spletni strani Komisije: http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_sl.pdf.

⁵¹⁷ Njen glavni poudarek je bil na odnosih med proizvajalci originalnih zdravil in proizvajalci generičnih zdravil ter med samimi proizvajalci originalnih zdravil.

⁵¹⁸ Poglavje B. Poročila (»B. MARKET CHARACTERISTICS AND STRUCTURE OF THE PHARMACEUTICAL SECTOR«), zlasti podpoglavje 1. (»1. Main Market Features«) str. 19 – 48.

⁵¹⁹ Člen 1, točka 18. Direktive 2001/83/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 6. novembra 2001 o zakoniku Skupnosti o zdravilih za uporabo v humani medicini (UL L 311, 28. 11. 2001, str. 67) s spremembami.

⁵²⁰ Obveznost javnih storitev vsebuje tudi veljavni ZZdr-1 (41. točka 6. člena).

torej lahko ponujajo in distribuirajo vsa zdravila in druge izdelke (medicinske pripomočke, kozmetične izdelke, dietetike in podobno), ki jih potrebujejo lekarne ali njihovi drugi kupci (na primer bolnišnice ali druge zdravstvene ustanove). Za ta tip veletrgovcev je značilno, da so zmožni dobavljati vsa zdravila na določenem geografskem območju v kratkih dobavnih rokih. Poleg tega so značilni tudi po tem, da imajo običajno minimalno zalogo dvotedenskih dobav. Drugi navedeni tip veletrgovcev z zdravili so t.i. »short-line wholesalers«, ki dobavljajo omejen nabor zdravil in so osredotočeni na prodajo izdelkov visokih vrednosti in velikih količin. Večina podjetij, ki se ukvarja z veleprodajo zdravil, je organiziranih kot mala in srednje velika podjetja, obstaja pa tudi nekaj večjih podjetij, ki delujejo na območju več držav članic, kot na primer Celesio, Alliance Boots in Phoenix Pharmahandel. Podjetje Celesio deluje tudi na območju Republike Slovenije prek družbe Kemofarmacija, ki je njegova odvisna družba (glej točko 24 odločbe).

6. Na ravni maloprodaje zdravil obstajajo javne lekarne (angl. »community pharmacy«) in bolnišnične lekarne.⁵²¹ Tudi v Republiki Sloveniji splošno preskrbo prebivalstva, zdravstvenih zavodov in drugih organizacij z zdravili opravljajo t.i. javne lekarne. Vsaka bolnišnica pa za lastno preskrbo z zdravili in drugimi pomožnimi sredstvi, ki se uporabljajo za zdravljenje in nego hospitaliziranih oseb, organizira bolnišnično lekarno.⁵²² Bolnišnične lekarne v nekaterih državah članicah izdajajo zdravila tudi nehospitaliziranim pacientom. Večina lekarn na območju EU je organiziranih kot mala in srednje velika podjetja ali kot samostojni lekarnarji. Tudi lekarniška dejavnost je močno regulirana. Tako so v nekaterih državah članicah prepovedane horizontalne ali vertikalne integracije lekarn, ponekod je tudi določeno, da so lahko lastniki lekarn le farmacevti. Večje število držav članic ima tudi vzpostavljena pravila glede razdalje med lekarnami in števila prebivalcev na lekarno, katerih glavni namen je nadzor nad razporeditvijo oziroma ustanavljanjem lekarn na določenem geografskem območju in s tem preskrbo prebivalstva z zdravili. Sistem plačil za storitve veletrgovcev z zdravili in lekarn je prepuščen ureditvi posamezne države članice. V večini držav članic temelji sistem plačil na maržah (t.i. maržni sistemi), ki ga ponekod kombinirajo s fiksnim elementom. V Republiki Sloveniji je za pokrivanje stroškov veletrgovcev uveljavljen sistem marž, medtem ko za financiranje lekarniške dejavnosti še vedno ostaja v veljavi t.i. storitveni sistem. Lekarne imajo običajno enega ali dva glavna »full-line« veletrgovca z zdravili, ki jim večkrat dnevno dobavljata izdelke. Veletrgovci z zdravili dajejo popuste lekarnam na primer pri večjih količinskih nakupih.⁵²³
7. Kot je že zgoraj navedeno, je sektor farmacije z vidika povpraševanja zelo specifičen, saj tu nastopa več medsebojno odvisnih dejavnikov: pacienti, zdravniki, bolnišnice, zavarovalnice in sistemi povračil iz javnih sredstev. Pri zdravilih, ki se izdajajo na recept, končni potrošnik (to je pacient) ni tisti, ki odloča o nakupu zdravila (to je običajno zdravnik, ki predpiše zdravilo), niti ni tisti, ki nosi stroške nakupa zdravila (to je običajno zdravstvena zavarovalnica, v katero prispevajo vsi zavarovanci glede na njihove prihodke iz zaposlitve). Posledica tega je, da je občutljivost zdravnikov in pacientov na cene zdravil precej nizka. Bolnišnice pogosteje kupujejo zdravila neposredno od proizvajalcev zdravil kot pa od veletrgovcev. Bolnišnice, ki so javne ustanove, kupujejo zdravila po postopkih javnega naročanja. Pri prodaji zdravil bolnišnicam imajo dobavitelji (proizvajalci zdravil) na splošno večjo svobodo pri določanju cen njihovih zdravil kot pa pri prodaji lekarnam. Iz Poročila tudi izhaja, da se prav v tem segmentu, ki se nanaša na prodajo zdravil bolnišnicam, odvija močna konkurenca med proizvajalci zdravil (generikov in originatorjev), ki ponujajo precejšnje popuste pri nakupu zdravil, saj se zanašajo na to, da splošni zdravniki pacientom tudi po zdravljenju v bolnišnici običajno predpisujejo ista zdravila kot so jih ti prejeli v bolnišnici. Glede na opisane razlike se trga prodaje zdravil bolnicam in lekarnam obravnavata ločeno.

⁵²¹ V nekaterih državah članicah je mogoče prodajati zdravila brez recepta tudi v trgovinah z zelišči ali celo v supermarketih in na bencinskih črpalkah.

⁵²² "Organiziranost lekarn in lekarniške dejavnosti«, dostopno na spletni strani Lekarniške zbornice Slovenije, <http://www.lek-zbor.si/Mre%C5%BEalekarn/Organiziranostlekarn/tabid/85/language/sl-SI/Default.aspx>, 21. 6. 2012; Dokument št. 306-45/2010-121, priloga št. 1.

⁵²³ Farmadent je ugovarjal, da ta trditev ne drži, saj veletrgovci zdravila prodajajo po veljavnih cenah, res pa je, da lekarnam odobravajo in izplačujejo rabate glede na obseg poslovanja.

PRILOGA 2: Oblikovanje cen zdravil

1. Agencija na tem mestu podrobneje pojasnjuje sistem oblikovanja oziroma določanja cen zdravil za uporabo v humani medicini in se tudi opredeljuje do navedb strank postopka, do katerih se ni opredelila že prej v odločbi.

Najvišja dovoljena cena zdravil (NDC)

2. V Pravilniku o cenah 2010 je NDC zdravila definirana kot cena zdravila, ki je določena na podlagi navedenega pravilnika, in se sme uporabljati v prometu na debelo. Oblikuje in določi se na podlagi izračuna vrednosti proizvajalčevega elementa cene zdravila na debelo (PEC)⁵²⁴, ki ni višja od najvišje dovoljene vrednosti PEC (to je najvišjega dovoljenega odstotka primerjalne cene zdravila v določenih drugih državah članicah EU), in dodanega deleža oziroma določene vrednosti, namenjene kritju stroškov prometa na debelo (delež veletrgovine), v skladu z izračunom cene zdravila na debelo [pred spremembo Pravilnika o cenah 2010 v mesecu januarju 2012: »ki ni višja od najvišje dovoljene vrednosti« (to je izračuna cene zdravila na debelo)⁵²⁵] v Prilogi 3, ki je sestavni del Pravilnika o cenah 2010 in iz katere izhaja, da je delež veletrgovine, ki se prišteje proizvajalčevemu elementu cene, vsota nespremenljivega (fiksne) in spremenljivega (variabilnega) dela.⁵²⁶
3. Vrednost PEC se izračuna na podlagi primerjalne cene zdravil iz primerjalnih (referenčnih) držav Avstrije, Francije in Nemčije. Za originalna zdravila je vrednost PEC lahko največ 100% primerjalne cene zdravila, ki je za to zdravilo najnižja preračunana cena enakega originalnega zdravila v katerikoli od treh primerjalnih držav. Za generično zdravilo je vrednost PEC lahko do največ 72% primerjalne cene (povprečja najvišjih in najnižjih cen generičnih zdravil iz primerjalnih držav). V primeru, da je generično zdravilo prisotno na trgu le v eni od primerjalnih držav, pa je vrednost PEC generičnega zdravila lahko do največ 68% primerjalne cene najcenejšega originalnega zdravila. Vrednost PEC podobnega biološkega zdravila sme dosegati največ 92% primerjalne cene oziroma v posebnih primerih največ 72%.⁵²⁷

Dogovorne / dogovorjene cene zdravil

4. Iz določb 97.a člena ZZdr-1⁵²⁸, uveljavljenega z novelo ZZdr-1A, izhaja, da navedeni člen dopušča nižanje najvišje dovoljene cene (NDC) zdravila na podlagi dogovora⁵²⁹ (t.i. dogovorne cene ali dogovorjene cene). Poleg regulacije najvišjih dovoljenih cen (določitev NDC je upravna stvar) je namreč novela ZZdr-1A omogočila možnost dogovora med zavezanci in plačniki za nižje cene, t.j. oblikovanje dogovornih cen zdravil, ki niso predmet

⁵²⁴ PEC je strukturni del najvišje dovoljene cene zdravila na debelo (NDC) oziroma izredne višje dovoljene cene zdravila na debelo (IVDC), ki predstavlja administrativno priznane stroške proizvajalca zdravila, izračunane na podlagi primerjalne cene zdravila. (5. točka 2. člena Pravilnika o cenah 2010 in 5. točka 2. člena Pravilnika o cenah 2008)

⁵²⁵ Izračun cene zdravila na debelo se nahaja v Prilogi 3. Delež veletrgovine je določen v odstotkih in se razlikuje glede na višino dela vrednosti PEC, pri čemer obstaja zgornja meja (ne glede na vrednost PEC) v fiksnem znesku, ki predstavlja delež veletrgovine.

⁵²⁶ V obdobju od 18. 12. 2010 do 11. 2. 2012 se je glasila določba 10. člena Pravilnika o cenah 2010: »Najvišje dovoljene cene zdravil se oblikujejo in določajo na podlagi izračuna vrednosti PEC, ki ni višja od najvišje dovoljene vrednosti PEC, in dodanega deleža oziroma določene vrednosti, namenjene kritju stroškov prometa na debelo (v nadaljnjem besedilu: delež veletrgovine), ki ni višja od najvišje dovoljene vrednosti iz Priloge 3, ki je sestavni del tega pravilnika.« Povsem enako določbo je vseboval tudi Pravilnik o cenah 2008 (10. člen) z veljavnostjo od 31. 1. 2009 dalje, pred tem pa se je določba glasila: »Najvišje dovoljene cene zdravil se oblikujejo in določajo na podlagi izračuna vrednosti PEC, ki ni višja od najvišje dovoljene cene in dodanega deleža oziroma določene vrednosti, namenjene kritju stroškov prometa na debelo (v nadaljnjem besedilu: delež veletrgovine), ki ni višja od najvišje dovoljene cene v skladu s tabelo iz Priloge 3, ki je sestavni del tega pravilnika.«

⁵²⁷ Povzeto po »Najvišje dovoljene cene (NDC) zdravil«, dostopni na spletni strani JAZMP: <http://www.jazmp.si/cenezdravil/najvisje-dovoljene-cene-zdravil/>; Dokument št. 306-45/2010-121, priloga št. 20.

⁵²⁸ 97.a člen ZZdr-1: »(1) Cene zdravil so lahko tudi nižje od njihovih najvišjih dovoljenih cen na podlagi sklenjenega dogovora med zavodom ali pravnimi in fizičnimi osebami, ki opravljajo zdravstveno dejavnost, financirano iz javnih sredstev, ter imetniki dovoljenja za promet z zdravilom, imetniki dovoljenja za promet s paralelno uvoženim zdravilom, imetniki dovoljenja za vnos oziroma uvoz zdravil in veletgovci.

(2) Za zdravila, ki jim je bila določena izredna višja dovoljena cena, se prejšnji odstavek ne uporablja.«

⁵²⁹ Povzeto po »Predstavitvi področja Cene zdravil«, dostopni na spletni strani JAZMP: <http://www.jazmp.si/cenezdravil/>; Dokument št. 306-45/2010-121, priloga št. 19.

regulacije na državni ravni, so pa predmet obligacijskega prava. Dogovorne cene so bile bistven element novega nacionalnega modela določanja cen zdravil, uveljavljenega z novelo ZZdr-1A, s katerim je zakonodajalec želel uvesti inštrumente konkurenčnosti in zniževanja cen zdravil ter s tem zmanjševanje porabe javnih sredstev.⁵³⁰ Dogovorne cene se lahko dosegajo v pogajanjih med ponudniki zdravil (to so imetniki dovoljenja za promet z zdravilom, imetniki dovoljenja za promet s paralelno uvoženim zdravilom, imetniki dovoljenja za vnos oziroma uvoz zdravil in veletrgovci) in plačniki oziroma kupci (to so ZZS ali pravne in fizične osebe, ki opravljajo zdravstveno dejavnost, financirano iz javnih sredstev). ZZdr-1 izrecno določa, da so tudi takšne dogovorne/dogovorjene cene zdravil, ki so nižje od najvišjih dovoljenih cen (NDC), veljavne cene zdravil, ki jih lahko uporabljajo udeleženci v prometu z zdravilom. V skladu z 99. členom ZZdr-1 lahko namreč za eno zdravilo obstaja več različnih cen, ki so vse veljavne hkrati. Veljavna cena zdravila je regulirana najvišja dovoljena cena kot tudi dogovorjena cena, ki ni višja od najvišje dovoljene cene zdravila.⁵³¹

5. Take dogovore o cenah zdravil, kar izhaja tudi iz dokumentacije v spisu, v praksi sklepajo predvsem ZZS in proizvajalci zdravil (oziroma njihovi zastopniki) in so tudi objavljene na spletni strani ZZS v Centralni bazi zdravil⁵³². Z uveljavitvijo 97.a člena ZZdr-1 je, kot navaja Računsko sodišče Republike Slovenije v svojem poročilu (glej točko 9 odločbe)⁵³³, »ZZS dobil možnost, da se pri odločanju o razvrstitvi zdravila na listo naknadno, torej po že določeni ceni v postopku, pogaja s ponudnikom o ceni zdravila. To pa ne velja za zdravila, ki jim je bila določena izredna višja cena.« Agencija na tem mestu pojasnjuje, da se v opisanem primeru sklenjeni dogovori z ZZS nanašajo na cene zdravil, ki so podlaga za obračun zdravila zdravstvenemu zavarovanju ali izvajalcem zdravstvene dejavnosti v skladu z veljavnimi predpisi.
6. Poleg navedenega je treba še poudariti, da po določbah navedenega zakona ZZS in proizvajalci zdravil niso predvideni kot edini udeleženci na trgu, ki se lahko pogajajo o nižjih cenah zdravil (od NDC). Glede na to, da se že v osnovi regulacija nanaša le na tista zdravila, ki se financirajo iz javnih sredstev oziroma so namenjena za financiranje iz javnih sredstev, iz določb zakona po mnenju Agencije izhaja, da se lahko pogajajo za nižje cene zdravil med drugim tudi veletrgovci (na strani ponudnikov zdravil) in pravne osebe, ki opravljajo zdravstveno dejavnost, financirano iz javnih sredstev, kamor brez dvoma sodijo tudi javni lekarniški zavodi⁵³⁴, (na strani kupcev zdravil).
7. V postopku pred Agencijo se je tako pojavilo vprašanje razumevanja pojma »dogovorjena cena zdravil« kot:
 - (i) dogovorjena cena zdravila predstavlja izključno dogovor o nižji ceni zdravila, ki ga skleneta proizvajalec zdravila in ZZS in ki velja za vse udeležence na trgu (to zatrjujejo stranke postopka);
 - (ii) dogovorjena cena zdravila tudi kot dogovor o nižji ceni zdravila, ki ga skleneta posamezni javni lekarniški zavod (ali bolnišnica) in veletrgovec z zdravili in po kateri javni lekarniški zavod (ali bolnišnica) nabavlja to zdravilo pri veletrgovcu z zdravili (to je med drugim navajala Agencija) - dogovori o cenah zdravil, ki nižajo veljavne cene zdravil.
8. Vse stranke postopka smiselno enako zatrjujejo, da dogovorjena cena zdravil predstavlja

⁵³⁰ Glej gradivo Predloga zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o zdravilih Vlade RS z dne 21. 2. 2008, zlasti obrazložitve k 5., 6. in 8. členu predloga zakona.

⁵³¹ Veljavna cena zdravila je (poleg navedenih) tudi izredna višja dovoljena cena (IVDC), ki jo lahko po posebnem postopku in pod določenimi pogoji določi JAZMP. Za zdravila, ki jim je bila določena izredna višja dovoljena cena, se ne uporabljajo določbe glede dogovorjenih cen, ki so lahko nižje od najvišje dovoljene cene zdravila.

⁵³² JAZMP in ZZS (poleg MZ in Inštituta za varovanje zdravja RS) urejata Centralno bazo zdravil, ki je temeljna zbirka podatkov za potrebe številnih postopkov in evidenc, ki jih vodita obe instituciji. Zbirko urejata na podlagi določil Zakona o zbirkah podatkov s področja zdravstvenega varstva in Zakona o zdravstvenem zavarovanju in zdravstvenem varstvu. Centralna baza zdravil vsebuje podatke o gotovih zdravilih vključno z OTC zdravili, podatke o razvrščenih galenskih pripravkih ter podatke o razvrščenih živilih za posebne zdravstvene namene. Na voljo so administrativni podatki, podatki o sestavi zdravil, o režimih izdaje, o odločbah, cenah, razvrstitvah na liste, podatki o ATC klasifikaciji, o medsebojno zamenljivih zdravilih ter podatki o najvišjih priznanih vrednostih. Centralna baza zdravil je dostopna prek spletne povezave na <http://www.cbz.si/>.

⁵³³ Revizijsko poročilo »Urejenost področja zdravil«, izdano v začetku leta 2009, str. 36.

⁵³⁴ Po 2. členu ZZdej je lekarniška dejavnost zaobsežena v zdravstveni dejavnosti, ki se opravlja na primarni ravni.

izključno dogovor o ceni zdravila, ki ga skleneta proizvajalec zdravila in ZZS in ki velja za vse udeležence na trgu.

Opredelitev do navedb strank

9. Podjetje Salus je v izjavi o PRD⁵³⁵ tem ugotovitvam Agencije nasprotovalo in zatrjevalo, da veletrgovca v odnosu do posameznih javnih lekarniških zavodov ne more sam skleniti dogovora o ceni zdravila, ki bi bila različna od cen, s katerimi nastopajo drugi ponudniki. Že iz gramatikalne razlage 97.a člena ZZdr-1 naj bi namreč izhajalo, da morajo dogovor o ceni zdravila obvezno poleg veletrgovca skleniti še imetniki dovoljenja za promet z zdravili ali za vnos in uvoz zdravil, ker navedena določba uporablja veznik »in«. Agencija te razlage ne more sprejeti, saj bi *a contrario* moralo veljati, da tudi imetniki dovoljenja za promet z zdravili ali za vnos in uvoz zdravil ne morejo skleniti dogovora sami, brez veletrgovca, kar pa se v praksi ne izvaja in tudi ni bil namen zakonodajalca (na primer sklepanje dogovorov o cenah zdravil med ZZS in proizvajalci zdravil, brez veletrgovcev). Nadalje je podjetje Salus še navedlo, da tudi lekarne ne morejo biti stranke takšnega dogovora, kar naj bi bilo jasno iz gramatikalne in sistematične razlage navedene določbe: ZZdr-1 v določbah, ki se nanašajo na lekarne, izrecno in dosledno uporablja za njih zgolj poimenovanje lekarne. Enako naj bi izhajalo tudi iz vsebine Pravilnika o določanju cen zdravil 2010, ki naj bi za dogovorne cene izrecno določal, da gre za dogovor med ZZS in zavezancem. Agencija tudi te razlage ne sprejema, saj zakonodajalec ne bi uporabil splošne opredelitve, uveljavljene v predpisih s področja zdravstva, ki zajema najširši krog na strani kupcev zdravil, če bi imel namen izključiti lekarne od sklepanja dogovorov o cenah. Navedeno tudi ne bi bilo skladno z namenom, ki ga je zasledoval zakonodajalec s to določbo, to pa je pogajanje za nižje cene zdravil in s tem zmanjševanje porabe javnih sredstev, ki je, kot že pojasnjeno, razviden iz obrazložitve v predlogu zakona (glej točko 4 te priloge). Drugače kot Salus je v izjavi o dopolnitvi PRD Kemofarmacija podala stališče, da je v prvem odstavku 97.a člena ZZdr-1 predvideno tristransko dogovarjanje med: (i) ZZS ali lekarnami, (ii) proizvajalci oziroma uvozniki zdravil ter (iii) veletrgovci in da je dvostransko dogovarjanje med ZZS in proizvajalci oziroma uvozniki zdravil protizakonito, ker ne vključuje veletrgovcev.
10. JAZMP je najprej v dopisu z dne 30. 11. 2012, naslovljenem na Salus, podala stališče, da je izključena možnost tolmačenja določb 97.a člena ZZdr-1 tako, da bi vsaka lekarna z vsakim posameznim dobaviteljem sklepala dogovor o nižji ceni zdravila. Navajala je, brez natančnejših utemeljitev, da naj bi zaradi dogovarjanja o cenah na ravni lekarna-veletrgovca z nastalim cenovnim diferenciranjem nastalo vprašanje diskriminacije zavarovancev, ter druge negativne posledice takega cenovnega modela (segmentiranost trga, nepredvidljivost dobav, nepreglednost razmer na trgu z zdravili), vse to pa naj bi negativno vplivalo na stabilnost preskrbe prebivalstva z zdravili in povzročilo nesorazmerno večje negativne učinke za varovanje javnega zdravja prebivalstva Republike Slovenije, kot od morebitnih ekonomskih učinkov, koristnih za katero od zainteresiranih skupin. Na to stališče se je podjetje Salus sklicevalo tudi v svoji izjavi o PRD. Agencija je po prejemu izjav o PRD posredovala na JAZMP zahtevo za posredovanje podatkov, ki je dne 12. 4. 2013 podala odgovor Agenciji. JAZMP se v svojem odgovoru ni opredelila konkretno glede tolmačenja določb o sklepanju dogovorne cene zdravil. Je pa brez dvoma izrazila stališče, da je povsem sprejemljivo in celo zaželeno, če lekarne (kot izvajalci javnih služb) dosegajo nižje cene zdravil na podlagi dogovorov, sklenjenih z veletrgovci, saj se na ta način manjša poraba javnih sredstev. JAZMP sicer doda, da naj bi to veljalo le v primeru, da ZZS dejansko tudi plačuje te nižje cene, česar pa JAZMP podrobneje ne pojasni. Agencija sklepa, da je JAZMP dodala ta pogoj zato, ker je le tako izpolnjen prej navedeni pogoj, da se na ta način manjša poraba javnih sredstev. JAZMP je v svojem odgovoru tudi dodatno izpostavila, da bi teoretično v tem primeru sklepanja dogovorov o nižjih cenah zdravil med veletrgovci in lekarnami lahko nastalo vprašanje diskriminacije zavarovancev, kar je Kemofarmacija obširneje pojasnila v izjavi o dopolnitvi PRD. Glede na navedeno stališče JAZMP je Agencija prepričana, da iz predpisov ne izhaja, da je izključena možnost sklepanja dogovorov o nižjih cenah zdravil med javnimi lekarniški zavodi in veletrgovci, kljub teoretični možnosti negativnih učinkov oziroma posledic takih dogovorov. Glede na to,

⁵³⁵ Glej npr. str. 31 izjave o PRD podjetja Salus.

da je v predmetnem postopku bistveno vprašanje obveznosti uporabe veljavnih cen (glej točko 14 odločbe in naslednje), se Agencija v tej odločbi ne opredeljuje podrobneje do morebitnih učinkov, do katerih bi lahko posledično prišlo v primeru sklepanja dogovorov o nižjih cenah zdravil med veletrgovci in lekarnami.

11. Tudi podjetje Farmadent je v izjavi o PRD očitalo Agenciji, da je zmotno interpretirala določbo 97.a člena ZZdr-1, ki po interpretaciji Framadenta ne pomeni, da lahko lekarne neomejeno sklepajo dogovor o cenah zdravil. To je utemeljilo s tem, da naj bi iz Pravilnika o razvrščanju zdravil na listo, ki je edini izvedbeni podzakonski predpis za to določbo, izhajalo, da je dogovorjena cena zdravila tista cena zdravila, ki jo zavod (torej le ZZZS in ne morda lekarna!) dogovori na podlagi prvega odstavka 97.a člena ZZdr-1. Iz navedenega pravilnika naj bi nadalje tudi izhajalo, da lahko lekarna predlaga dogovorjeno ceno le za galenske izdelke, ne pa tudi za zdravila. Agencija naj bi s tem uporabila napačno predpostavko, da bi se lahko lekarne z veletrgovci dogovarjale dogovorne cene zdravil (česar pa ne smejo), zato so napačni vsi iz te predpostavke izpeljani zaključki. Omenilo je tudi, da je bilo v predlogu novele ZZdr-1 v eni od verzij zapisano, da člen tudi zavezuje lekarne, da zdravila, ki se financirajo iz javnih sredstev, nabavljajo po cenah, ki so bile dogovorjene z nosilcem obveznega zdravstvenega zavarovanja. Dodatno se podjetje Farmadent sklicuje tudi na določila Splošnega dogovora za pogodbeno leto 2012, iz katerih naj bi izhajalo, da so ugotovitve Agencije, da naj bi se lekarne lahko ali celo morale dogovarjati z dobavitelji za cene zdravil, ki bi bile nižje od veljavnih cen zdravil po ZZdr-1, napačne. Navaja, da bi, če bi bilo temu tako, nosilec zdravstvene blagajne to lekarnam tudi naročil, česar pa - kot je razvidno iz pogodbenih določil - ni storil. Agencija tudi te navedbe zavrača kot neutemeljene, saj je v prejšnji točki in točki 16 odločbe povzeto jasno stališče z dne 12. 4. 2013, ki ga je podala JAZMP, torej organ, pristojen za razlago ureditve cen v ZZdr-1, in iz katerega izhaja, da je povsem sprejemljivo in celo zaželeno, če lekarne (kot izvajalci javnih služb) dosegajo nižje cene zdravil na podlagi dogovorov, sklenjenih z veletrgovci, kar je tudi relevantno vprašanje v predmetnem postopku. Agencija še posebej poudarja, da ne držijo gornje navedbe Farmadenta glede Splošnega dogovora za leto 2012, saj iz določb Splošnega dogovora za leto 2012, podobno kot v takem dogovoru iz leta 2010, tudi izrecno predvideva, da v primeru da »izvajalec« (kamor brez dvoma sodijo tudi javni lekarniški zavodi) z dobaviteljem za zdravila dogovori nižje cene, kot so določene v Splošnem dogovoru oziroma z drugimi pravilniki, ZZZS-u navedeno zaračuna po nižjih cenah (glej tudi točko 321 odločbe). Posledično so tudi nerelevantne navedbe stranke v delu, ki se sklicuje na predlog novele ZZdr-1.
12. Agencija na tem mestu tudi zavrača kot neutemeljene navedbe podjetja Farmadent, da se konkurenca med posameznimi zdravili opravi že v fazi vstopa zdravil v zdravstveni sistem, torej pri razvrstitvi zdravil na listo, in da naj bi ZZZS kot končni plačnik izdatkov za zdravila zahteval »izbor najnižje cene ZZ v Centralni bazi zdravil« ter da ZZZS ni pripravljen sprejeti »morebitnih popustov ali drugih oblik nejavnega in nepreglednega zniževanja cen zdravil«. Te navedbe stranke postopka so neutemeljene, saj se obravnavani primer ne nanaša na konkuriranje med posameznimi zdravili, temveč med veletrgovci. Glede navedb, da ZZZS ni bil pripravljen sprejemati popustov, pa se je Agencija opredelila v točki 16 odločbe. Iz navedenih razlogov Agencija na tem mestu izrecno zavrača tudi dokazne predloge in dokaze, ki jih je predložil Farmadent v podkrepitev svojih navedb, in sicer: dopis ██████████ (ZZZS) Lekarniški zbornici, zaslišanje ██████████ (ZZZS) in predlog novele ZZdr-1 (EVA 2007-2711-0111).

Marže veletrgovcev

13. Pravilnik o cenah, v katerem so določena merila, način in postopek za določanje NDC zdravil, vsebuje tudi določbe za izračun cene zdravila na debelo in s tem delež veletrgovine (t.i. marže veletrgovcev). Pravilnik o cenah iz leta 2007 je glede načina oblikovanja cen zdravil na debelo določal, da zavezanec (ponudnik) oblikuje cene na debelo za zdravila, ki bremenijo javna sredstva, tako, da se ceni zdravila vedno doda delež oziroma določena vrednost, namenjena pokritju stroškov veletrgovine, v skladu s tabelo v prilogi 3 pravilnika (tabela za izračun cene zdravila na debelo).⁵³⁶ Iz navedenega »starega« Pravilnika o cenah

⁵³⁶ 14. člen Pravilnika o cenah 2007.

iz leta 2007 je razvidno, da so bile marže veletrgovcev določene fiksno. Z uveljavitvijo Pravilnika o cenah iz leta 2008 pa je bila določena samo še najvišja dovoljena vrednost, namenjena kritju stroškov prometa na debelo (delež veletrgovine).⁵³⁷ Takšno ureditev je ohranil v veljavi tudi Pravilnik o cenah 2010.⁵³⁸ Iz navedenega izhaja, da od uveljavitve Pravilnika o cenah 2008, to je od 11. 10. 2008, dalje, marže veletrgovcev z zdravili niso fiksno določene, temveč so določene le najvišje dovoljene marže.⁵³⁹ Agencija dodaja, da tudi s spremembo sistema izračuna veletrgovskih marž, do katere je prišlo na pobudo veletrgovcev z uveljavitvijo sprememb in dopolnitev Pravilnika o cenah 2010 v začetku letošnjega leta, niso določene marže veletrgovcev fiksno, temveč se je sistem izračuna marž spremenil iz variabilnega v kombiniran, fiksno-variabilni sistem. Iz objave na spletni strani MZ⁵⁴⁰ ob uveljavitvi spremembe sistema izračuna veletrgovskih marž izhaja, da naj bi se stroški veletrgovcev delili na fiksne, ki nastanejo na škatlico zdravila, in na variabilne, ki nastanejo zaradi financiranja zalog in terjatev. Glede na spremembo Pravilnika o cenah iz leta 2012 naj bi veletrgovec za vsako škatlico zdravila dobil 0,5 evra (nespremenljivi del deleža veletrgovine), kar naj bi pokrivalo stroške veletrgovcev za prevoz in skladiščenje zdravil. Variabilni del marže naj bi znašal 1,1% proizvajalčeve vrednosti zdravila (PEC), vendar največ 27,00 evrov.

14. Podjetje Salus je ugovarjalo, da so bili po spremembi Pravilnika o cenah odstotki še vedno določeni fiksno in da ni obstajala možnost določanja nižjega odstotka od tistih, navedenih v Prilogi 3. Podjetje Farmadent pa je navedlo, da sicer drži, da je v novejših Pravilnikih o cenah prišlo do spremembe dikcije, ki sedaj višino veletrgovske marže omejuje navzgor, vendar pa se v praksi oblikovanje NDC zdravila ni v ničemer spremenilo. Farmadent je v izjavi o PRD pojasnjeval, da je mišljena sprememba v metodologiji izračuna najvišje dovoljene marže, ne pa njena aplikacija v izračunu NDC zdravila. Podal je tudi ugovor, da ne drži zaključek, da naj bi bile marže veletrgovcev določene le kot najvišje dovoljene marže. To utemeljuje s tem, da naj bi bila v farmacevtskem sektorju marža regulirana oziroma predpisana s pravilnikom in predstavlja sestavni del cene zdravila - za razliko od drugih sektorjev industrije, kjer je razlika med veleprodajno in maloprodajno ceno v domeni distributerja in jo ta svobodno določa (z namenom, da si pokrije stroške v zvezi s prodajo in zagotovi dobiček). Farmadent navaja, da Priloga 3 izrecno določa, da se cena zdravila v prometu na debelo (torej med strankami postopka in lekarnami) izračuna z uporabo enačbe tako, da se proizvajalčevemu elementu cene prišteje (celotni) delež trgovine, ki je vsota nespremenljivega in spremenljivega dela«. Iz tega izhaja, da se delež veletrgovine matematično prišteje k proizvajalčevemu elementu cene in to brez vpliva veletrgovine. Farmadent tudi navaja, da dikcija »pokritje stroškov veletrgovine« napeljuje na razumevanje, da gre za administrativno določen znesek, ki pripada veletrgovini, če opravi svoje poslanstvo, torej pripelje zdravilo od proizvajalca do lekarne.
15. V zvezi z navedbami strank postopka, ki se nanašajo na regulacijo marže veletrgovcev z zdravili, Agencija ugotavlja, da torej ni sporno, da je delež veletrgovine oziroma marža veletrgovca, ki je vračunana v NDC zdravila, administrativno določen znesek, ki ga na

⁵³⁷ 10. člen Pravilnika o cenah 2008.

⁵³⁸ 10. člen Pravilnika o cenah 2010.

⁵³⁹ Navedene ugotovitve se deloma skladajo tudi z ugotovitvami in stališči Računskega sodišča Republike Slovenije, vsebovanimi v Revizijskem poročilu »Urejenost področja zdravil«, ki glede strukture cene zdravila navaja, da »*ponudnik oblikuje ceno za prodajo na debelo tako, da ceni zdravila doda delež oziroma določeno vrednost, namenjeno pokritju stroškov veletrgovine. V skladu s starim pravilnikom o cenah [mišljen je Pravilnik o cenah 2007 (opomba Agencije)] so bile marže veletrgovcev določene fiksno. Pri tem se je postavljalo vprašanje, ali so fiksno določene marže veletrgovcev gospodarne, saj bi se morda lahko ob določitvi najvišjih marž lekarne in drugi zdravstveni zavodi od veletrgovcev dogovorili za popuste. [...] V skladu z novim pravilnikom o cenah [Mišljen je Pravilnik o cenah 2008 (opomba Agencije)] je določena samo še najvišja veletrgovska marža, ki ni več fiksna (10. člen novega pravilnika o cenah). To omogoča, da bodo lahko dejanske veletrgovske marže manjše od najvišjih možnih. Končna cena posameznega zdravila se poveča tudi za stroške, ki jih za izdajo zdravil zaračunajo lekarne. Posamezne lekarniške storitve so točkovane, strošek lekarniških storitev pa ni vezan na ceno zdravila, ampak je fiksni, kar je opredeljeno v področnem dogovoru za lekarniško dejavnost (Področni dogovor za lekarniško dejavnost sklenejo ministrstvo, ZZS in lekarniška zbornica in je objavljen na spletnih straneh ZZS). [...] Končna cena zdravila je torej sestavljena iz proizvajalne cene zdravila, veletrgovske marže, stroškov lekarniških storitev in davka na dodano vrednost.*«

⁵⁴⁰ Novica z dne 27. 1. 2012 »V Uradnem listu objavljen nov Pravilnik o cenah zdravil«, objavljena na spletni strani MZ: http://www.mz.gov.si/si/medijisko_sredisce/novica/select/sporocilo_za_javnost/article/698/6415/86f527029117d995e72368cf0b6e1a2e/?tx_ttnews%5Byear%5D=2012&tx_ttnews%5Bmonth%5D=01 – Dokument št. 306-45/2010-121, priloga št. 21.

predlog zavezanca (ponudnika zdravila, na primer proizvajalca oziroma njegovega zastopnika) pregleda in določi JAZMP v upravnem postopku. Gre za matematično operacijo, ki jo naredi proizvajalec, ki prijavi NDC zdravila JAZMP, ki nato izpelje postopek, v katerem preveri in odobri to ceno. Sporno pa je v obravnavanem primeru, ali lahko veletrgovci sami nižajo veljavne cene (torej tudi NDC, ki vsebuje izračun deleža, ki pripade veletrgovcu). Stranke⁵⁴¹ postopka namreč vztrajajo, da veletrgovci ne morejo nižati veljavnih cen (NDC), ne glede na način določanja marže v veljavni zakonodaji, saj so izrecno vezani v prometu uporabljati veljavne cene. Do teh ugovorov se je Agencija že obširno opredelila v odločbi (glej zlasti točko 16 in naslednje odločbe).

16. Agencija zaključuje, da se regulacija marže veletrgovcev na področju oblikovanja cen zdravil nanaša le na izračun cene zdravila na debelo pri določanju NDC zdravil, ne pa v primeru dogovorjenih/dogovornih cen zdravil, in da gre za matematično operacijo v okviru administrativnega določanja NDC zdravila. Sicer pa marže veletrgovcev niso regulirane, nikakor ne v smislu, da bi bile predpisane marže v prometu z zdravili na debelo v določenem znesku. Veletrgovci so omejeni le z veljavnimi cenami zdravil (NDC/IVDC/dogovorne cene), ki predstavljajo najvišje dovoljene vrednosti v prometu na debelo. Navedeno pomeni, da so cene zdravil na debelo lahko tudi nižje od najvišjih možnih oziroma dopustnih, in da ni izključena možnost posameznih ponudnikov zdravil (veletrgovcev), da med seboj tekmujejo in kupcem (lekarnam) ponudijo popuste. Slednje so potrdile tudi same stranke postopka, ki so navajale da si konkurirajo s popusti (rabati) izven postopkov javnega naročanja.
17. Maržo veletrgovcev z zdravili je namreč mogoče opredeliti kot razliko med veleprodajno ceno zdravil oziroma ceno zdravil na debelo (to je ceno, ki jo veletrgovec zaračuna lekarni) ter proizvajalčevo ceno (to je nabavno ceno veletrgovca oziroma ceno, ki jo proizvajalec zaračuna veletrgovcu). Agencija ugotavlja, da tudi v primeru NDC zdravil dejanska marža veletrgovcev ne obsega samo »regulirane« marže iz prej navedenih Pravilnikov o cenah (iz katerih izhaja, da je marža veletrgovcev opredeljena kot razlika med ceno zdravila na debelo oziroma NDC in ceno zdravila pri proizvajalcu oziroma PEC). Proizvajalci zdravil namreč v praksi (lahko) dajejo veletrgovcem dodatne rabate oziroma popuste, kar dejansko zvišuje maržo veletrgovcev, iz česar izhaja, da je lahko marža veletrgovcev celo višja.⁵⁴² Farmadent je v zvezi s tem pojasnil, da nekateri proizvajalci zdravil res dajejo veletrgovcem dodatne rabate oziroma popuste, vendar gre v tem primeru bodisi za plačilo kakšnih dodatnih storitev, ki jih veledrogerije kot distributer opravljajo za proizvajalca (na primer storitve marketinga, poročanja, odpoklicev, uničenja zdravil) ali pa popuste povsem finančne narave (na primer količinski popust, cassasconto ipd.). Tudi Salus se je opredelil in navedel, da to ne vpliva na dolžnost veletrgovcev, da v prometu uporabljajo veljavno ceno. V praksi dobi podjetje Salus popuste od proizvajalcev, vendar se popusti ne nanašajo na prodajo ali distribucijo, ampak so popusti odobreni za dodatne aktivnosti, na primer konsignacijo ali carinsko skladiščenje. V postopku pred Agencijo je bilo nadalje tudi nesporno ugotovljeno (na podlagi številnih dokumentov v spisu⁵⁴³ in tudi izjav strank postopka), da veletrgovci dajejo lekarnam različne popuste izven postopkov oddaje javnih naročil. Navedeno kaže na to, da je lahko marža veletrgovcev dejansko tudi nižja. Veletrgovci odobrijo lekarnam na primer popuste za plačila pred zapadlostjo računov (»cassasconti«) ter različne popuste (bonuse, finančne popuste) za doseganje letnega prometa s posameznim veletrgovcem in/ali s posameznim proizvajalcem zdravil. Podjetje Salus je navedlo, da se ti popusti ne nanašajo neposredno na posamezno zdravilo ali količino in ne nižajo neposredno cene posameznega zdravila, kar bi bila edina možnost nudenja popustov v primerih javnih razpisov. V nadaljevanju je tudi pojasnilo, da v nekaterih primerih posamezni javni lekarniški zavodi niti niso dopuščali možnosti nudenja popustov. Smiselno podobno sta navajala tudi Kemofarmacija in Farmadent⁵⁴⁴. Agencija se je do teh navedb strank postopka glede možnosti dajanja popustov v in izven postopkov javnega naročanja opredelila že v odločbi.

⁵⁴¹ Na primer podjetje Salus v izjavi o PRD.

⁵⁴² To izhaja tudi na primer iz navedb družbe Gopharm v letnih poročilih, da si pri nabavi trgovskega blaga prizadeva k neposrednim nakupom trgovskega blaga pri proizvajalcih, kjer je to mogoče, saj to za podjetje pomeni višjo razliko v ceni.

⁵⁴³ Glej na primer dokumente opr. št. 306-45/2010- 119, 118, 112, 115, 102, 101, 99, 97, 96, 95, 93, 91, 90, 84, 76.

⁵⁴⁴ Glej na primer str. 19 izjave o PRD podjetja Farmadent.

PRILOGA 3: Ponujanje popustov javnim lekarniškimi zavodom v postopkih javnega naročanja za dobavo zdravil

1. Agencija je ugotovila, da predpisi veletrgovcem z zdravili ne onemogočajo kaj šele prepovedujejo, da ti med seboj tekmujejo s ponujanjem popustov v postopkih javnega naročanja javnih lekarniških zavodov. Stranke postopka so v izjavah o PRD navedle, da popustov v postopku javnega naročanja ne morejo ponuditi, ker javni lekarniški zavodi na javnih naročilih ne ponujajo nobene zaveze v zvezi s količino zdravil, ki jih nameravajo nabaviti, niti nobene zaveze v zvezi z obsegom letnega prometa, ki so ga pripravljene opraviti s ponudnikom, ki ponuja najnižjo ceno. Poleg tega morajo javni lekarniški zavodi zaradi obveznosti rednega, celovitega in pravočasnega zagotavljanja zdravil na slovenskem trgu izbrati najmanj dva dobavitelja, ki zagotavljata t.i. "full-line" oskrbo z zdravili. Zaradi navedenega naj bi bilo edino racionalno obnašanje veletrgovcev tako, da na razpisu ponudijo zdravila po veljavnih cenah (brez popustov), konkurenca med njimi pa naj bi se vršila izven postopkov javnih naročil, ko veletrgovci odobravajo javnim lekarniškimi zavodom popuste za predčasna plačila, popuste na veljavne cene zdravila v odvisnosti od obsega letnega prometa s posameznim kupcem ter druge konkurenčne vzvode (na primer prilagajanje dolžine plačilnih rokov, pošiljanje glasil in e-novic, velikost nabora zdravil, idr.). Kot je Agencija pojasnila že v odločbi, so se dogovori o komercialnih popustih, ki so odvisni od obsega realizirane prodaje v določenem časovnem obdobju in časa plačila računa, sklepali v obliki aneksov h kupoprodajnim pogodbam oziroma v obliki poslovnih dogovorov.

1. Podjetja tudi v trenutku sklepanja aneksov o popustih, katere so sklepala izven postopkov javnega naročanja, niso razpolagala z dejanskimi količinami, ki so jih kupovali naročniki, saj so se ti sklepali vnaprej, torej ko še niso bile znane dejanske količine, ki jih bo nabavil posamezni javni lekarniški zavod

2. Agencija je od 24 javnih lekarniških zavodov zahtevala, da posredujejo fotokopije pogodb, aneksov in dogovorov, ki vsebujejo določbe o finančnih popustih, sklenjenih s strankami postopka izven postopkov javnih naročil. Agencija je na podlagi prejetih poslovnih dogovorov in aneksov⁵⁴⁵ ugotovila, da so ti sklenjeni v prvi polovici leta, za katerega veljajo popusti, torej v trenutku, ko podatek o doseženi letni fakturirani realizaciji, ki naj bi bil, kot navajajo stranke postopka, nujno potreben pogoj za določitev popustov, še ni znan, obračun popustov pa se izvede šele ob izteku posameznega leta, ko veletrgovci pridobijo podatek o dejansko realiziranemu prometu v preteklem letu. Agencija v nadaljevanju primeroma izpostavlja zgolj nekatere poslovne dogovore in anekse, ki potrjujejo ugotovitve Agencije.

Tabela: Poslovni dogovori in aneksi, sklenjeni med veletrgovci in javnimi lekarniškimi zavodi

Zap. št.	Podlaga za sklenitev komercialnih popustov	Prodajalec	Kupec	Veljavnost	Datum podpisa
1.			Lekarna Velenje	leto 2012	
2.			Gorenjske lekarnice	leto 2012	
3.	Aneks št.	Kemofarmacija	Lekarna Krško	leto 2012	
4.	Aneks št.	Kemofarmacija	Koroška lekarna	leto 2012	
5.	Aneks št.	Kemofarmacija	Pomurske lekarnice	leto 2011	
6.	Aneks št.	Gopharm	Lekarna Ajdovščina	leto 2011	
7.			Goriška	leto 2011	

⁵⁴⁵ Dokumenti opr. št.: 306-45/2010-39, 41, 42, 43, 44, 47, 50, 76, 82, 84, 90, 91, 93, 95, 96, 97, 99, 101, 102, 106, 112, 115, 118 in 119.

				lekarna		
8.	Aneks št.		Farmadent	Lekarna Ormož	leto 2011	
9.	Aneks št.		Gopharm	Kraške Lekarne	leto 2011	
10.	Aneks št.		Kemofarmacija	Dolenjske Lekarne	leto 2011	
11.	Aneks št.		Farmadent	Lekarne Ptuj	leto 2011	
12.	Aneks št.		Kemofarmacija	Žalske Lekarne	leto 2011	
13.				Lekarna Mozirje	leto 2010	
14.	Aneks št.		Farmadent	Celjske lekane	leto 2010	
15.				Mestne Lekarne	leto 2010	
16.	Aneks št.		Kemofarmacija	Lekarna Brežice	leto 2009	
17.	Aneks št.		Farmadent	Lekarna Sevnica	leto 2008	
18.				Lekarna Ribnica	leto 2008	
19.	Aneks št.		Gopharm	Lekarna Kočevje	leto 2008	

3. Ker veletrgovci ponujajo popuste v trenutku, ko podatek o doseženi letni fakturirani realizaciji še ni znan, Agencija zavrača argument strank postopka, da v postopkih javnih naročil javnih lekarniških zavodov, ki so odprti in nezavezujoči, ne morejo nuditi popustov, ker so slednji lahko vezani le na realizirane prodajne količine in ne na celotni obseg vrednosti naročila.

2. V večini primerov pogodbeno dogovorjene okvirne vrednosti dobav zdravil (deleži dobav, ki grede posameznim podjetjem) ne odstopajo od realiziranih nabav zdravil javnih lekarniških zavodov

4. Agencija ugotavlja, da se v večini primerov pogodbeno dogovorjene okvirne vrednosti dobav realizirajo tudi v praksi. Ker se morajo pogodbeniki v skladu z načelom *pacta sunt servanda* držati pogodbenih določil in jih izpolnjevati v skladu z načelom vestnosti in poštenja, veletrgovci izven postopkov javnih naročil nimajo več motiva, da bi ponudili najoptimalnejše pogoje kot jih lahko, ker je delež pogodbene vrednosti oziroma predvidena količina zdravil posameznega naročila dogovorjena že v postopku javnih naročil, javni lekarniški zavodi pa morajo v skladu s prej omenjenim načelom izpolniti pogodbo tudi v tem delu. Navedeno ugotovitev potrjujejo primerjave med, (i) v javnem razpisu⁵⁴⁶ predvidenim deležem oz. vrednostjo posameznih naročil javnih lekarniških zavodov in dejansko realiziranim deležu nabave zdravil javnih lekarniških zavodov, ki jih je izvedla Agencija in na podlagi katerih je mogoče zaključiti, da se v večini primerov pogodbeno dogovorjene okvirne vrednosti dobav realizirajo tudi v praksi.
5. Iz spodnje tabele (Primerjava okvirno določenih vrednosti nabav in realiziranih nabav zdravil Lekarne Ljubljana v letih 2007, 2008 in 2009) tako izhaja, da pogodbeno dogovorjene okvirne letne vrednosti dobav Lekarne Ljubljana v letu 2007 in 2008 minimalno odstopajo od realiziranih nabav zdravil v navedenih letih oziroma, da okvirno določen delež nabav

⁵⁴⁶ Dogovorjen s pogodbo oziroma okvirnim sporazumom, ta pa je bil(a) le naknadni zapis sklenjenega dogovora med konkurenti na sestankih pri naročnikih, kjer so se dogovarjali o razdelitvi javnega naročila.

Lekarne Ljubljana minimalno odstopa od realiziranega deleža nabav zdravil.

Tabela: Primerjava okvirno določenih vrednosti nabav in realiziranih nabav zdravil Lekarne Ljubljana v letih 2007, 2008 in 2009

Lekarna Ljubljana	Pogodbeno dogovorjene okvirne letne vrednosti dobav (v eur)	Realizirana nabava zdravil (delež in vrednostno v eur brez DDV)
Obdobje	1.6. 2007 - 31. 5. 2008	2007 = 71.456.529
Kemofarmacija		
Salus		
Pharmakon		
Obdobje	1. 6. 2008 – 31. 5. 2009	2008 = 77.834.575
Kemofarmacija		
Salus		

6. Neznatno odstopanje pogodbeno dogovorjenih strukturnih deležev od realiziranih deležev nabav je še posebej izrazito v primeru Lekarne Velenje (v letih 2009, 2010 in 2011), Zasavskih lekarn (v letih 2008, 2010 in 2011) in Lekarne Ribnica (v letih 2010 in 2011), kar izhaja spodnjih tabel.

Tabela: Primerjava pogodbeno dogovorjenih strukturnih deležev z realiziranim deležem nabav zdravil Lekarne Velenje v letih 2009, 2010 in 2011

Lekarna Velenje	Pogodbeno dogovorjen strukturni delež	Realizirana nabava zdravil (delež in vrednostno v eur brez DDV)
Obdobje	1. 4. 2009-31. 3. 2010	2009 = 9.264.370
Kemofarmacija		
Salus		
Farmadent		
Gopharm		
Obdobje	1. 4. 2010-31. 3. 2011	2010 = 9.422.473
Kemofarmacija		
Salus		
Farmadent		
Gopharm		
Obdobje	1. 4. 2011-31. 3. 2012	2011 = 9.171.768
Kemofarmacija		
Salus		
Farmadent		
Gopharm		

Tabela: Primerjava pogodbeno dogovorjenih strukturnih deležev z realiziranim deležem nabav zdravil Zasavskih lekarn v letih 2008, 2010 in 2011

Zasavske lekarnе	Pogodbeno dogovorjen strukturni delež	Realizirana nabava zdravil (delež in vrednostno v eur brez DDV)
Obdobje	1.2. 2008 - 31. 1. 2009	2008 = 8.853.529
Kemofarmacija		
Salus		
Farmadent		
Pharmakon		
Obdobje	1. 2. 2010 - 31. 1. 2011	2010 = 9.458.192
Kemofarmacija		
Salus		
Farmadent		
Obdobje	1.2. 2011 - 31. 1. 2012	2011 = 8.960.820
Kemofarmacija		
Salus		
Farmadent		

Tabela: Primerjava pogodbeno dogovorjenih strukturnih deležev z realiziranim deležem nabav zdravil Lekarne Ribnica v letih 2010 in 2011

Lekarna Ribnica	Pogodbeno dogovorjen strukturni delež	Realizirana nabava zdravil (delež in vrednostno v eur brez DDV)
-----------------	---------------------------------------	---

Obdobje	1. 11. 2009 - 31. 10. 2010	2010 = 2.233.448
Kemofarmacija		
Salus		
Obdobje	1. 11. 2010 - 31. 10. 2011	2011 = 2.075.689
Kemofarmacija		
Salus		

7. Iz spodnje tabele (Primerjava deleža, dogovorjenega z okvirnim sporazumom z realiziranim deležem nabav zdravil Obalnih lekarn v letih 2008, 2009, 2010 in 2011) je razvidno, da je javni lekarniški zavod Obalne Lekarne pri vseh veletrgovcih v letih 2008, 2009, 2010 in 2011 izpolnil dogovor iz okvirnega sporazuma v delu, ki se nanaša na delež nakupov zdravi. Tudi javni zavod Dolenjske lekarnje je v vseh primerih (razen v enem primeru, Hygia, leta 2010) izpolnil dogovor iz okvirnega sporazuma v delu, ki se nanaša na delež nakupov zdravil, kot izhaja iz tabele (Primerjava deleža, dogovorjenega z okvirnim sporazumom z realiziranim deležem nabav zdravil Dolenjskih lekarn v letih 2008, 2009, 2010 in 2011).

Tabela: Primerjava deleža, dogovorjenega z okvirnim sporazumom z realiziranim deležem nabav zdravil Obalnih lekarn v letih 2008, 2009, 2010 in 2011

Obalne lekarnje	Sorazmerni delež dogovorjeno z okvirnim sporazumom	Realizirana nabava zdravil (delež in vrednostno v eur brez DDV)
Obdobje	1. 4. 2008 - 31. 3. 2012	2008 = 13.818.609
Kemofarmacija		
Salus		
Gopharm		
Obdobje		2009 = 13.728.922
Kemofarmacija		
Salus		
Gopharm		
Obdobje	min. 16,6%	2010 = 14.048.268
Kemofarmacija		
Salus		
Gopharm		
Obdobje		2011 = 13.639.866
Kemofarmacija		
Salus		
Gopharm		

Tabela: Primerjava deleža, dogovorjenega z okvirnim sporazumom z realiziranim deležem nabav zdravil Dolenjskih lekarn v letih 2008, 2009, 2010 in 2011

Dolenjske Lekarne	Sorazmerni delež dogovorjeno z okvirnim sporazumom	Realizirana nabava zdravil (delež in vrednostno v eur brez DDV)
Obdobje	1.6.2008-31.5.2012	2008 = 15.231.490
Kemofarmacija		
Salus		
Hygia		
Obdobje		2009 = 15.885.470
Kemofarmacija		
Salus		
Hygia		
Obdobje	min. 24,99%	2010 = 16.276.568
Kemofarmacija		
Salus		
Hygia		
Obdobje		2011 = 15.706.048
Kemofarmacija		
Salus		
Hygia		

8. Poleg zgoraj navedenega ujemanja med dogovorjenimi okvirnimi deleži dobav in realiziranimi deleži dobav pri posameznih javnih lekarniških zavodih je Agencija nadalje tudi ugotovila, da dajanje popustov izven postopkov javnega naročanja v fazi poganjanj pri sklepanju aneksov za komercialne popuste ni imelo nikakršnega vpliva na višino dejanske

realizacije, ki je ostala enaka okvirno določenemu strukturnem deležu v postopku javnega naročanja. Javni lekarniški zavod glede na sklenjene dogovore o popustih tako očitno ni imel možnosti, da nabavlja pri najugodnejšem dobavitelju, ampak je bil vezan na dogovorjene deleže dobav posameznim dobaviteljem.

9. Stranka postopka Salus je navajala⁵⁴⁷, da dodatne finančne ugodnosti, ki jih ponujajo veletrgovci izven postopkov javnih naročil in so v odvisnosti od celotne vrednosti prometa, rešujejo vse pomembne omejitve, ki jih ima izvedba javnih naročil za nabavo zdravil. Po navedbah Salusa naj bi imeli finančni pogoji, ki jih veletrgovci izpogajajo s posameznim lekarniškim zavodom, vpliv na višino dejanske realizacije, kar naj bi pomenilo, da med veletrgovci obstaja konkurenca. Kot je ugotovila Agencija v primeru javnega naročila Lekarne Velenje z leta 2010, navedba stranke ne drži, saj je podjetje Farmadent izven postopka javnih naročil od vseh štirih ponudnikov ponudilo najvišji popust (███ na neto promet), kar pa ni imelo nikakršnega vpliva na višino dejanske realizacije, ki je ostala enaka okvirno določenemu strukturnem deležu v postopku javnega naročanja.

Lekarne Velenje	Pogodbeno dogovorjen strukturni delež	Odobreni komercialni popusti	Realizirana nabava zdravil (delež in vrednostno v eur brez DDV)
Obdobje	1. 4. 2010 - 31. 3. 2011		2010 = 9.422.473
Kemofarmacija	██████████	██████████	██████████
Salus	██████████	██████████	██████████
Farmadent	██████████	(Aneks št. 2, ██████████)	██████████
Gopharm	██████████	/	██████████

10. Na podlagi vseh zgoraj navedenih primerjav Agencija zaključuje, da si veletrgovci s tem, ko sklenejo pogodbo ali okvirni sporazum v postopku javnih naročil, v katerem se dogovorijo za okvirni delež pogodbene vrednosti oziroma predvideno količino zdravil posameznega naročila, zagotovijo dogovorjeni delež nabav še preden ponudijo popust, zaradi česar so popusti, ki jih ponujajo izven postopkov javnih naročil nižji kot bi bili, če bi za delež nabav lekarniških zavodov morali tekmovati na trgu, kjer konkurenca ni ovirana ali izkrivljena. Lekarniški zavodi bi tako lahko v postopku javnega naročila od podjetja, ki bi ponudilo najvišji popust, zajeli več povpraševanja kot od podjetja z nižjim popustom (kot se je to zgodilo na primer pri javnem naročilu Gorenjskih Lekarn⁵⁴⁸, ko je dobavitelj, ki je ponudi najvišji popust, dobil 60% javnega naročila, drugi dobavitelj pa preostali delež javnega naročila), s čimer bi lahko tako veletrgovec, ki bi zajel več povpraševanja, kot lekarniški zavod maksimira svoj dobiček. Ker je javni zavod Gorenjske Lekarne v omenjenem javnem naročilu naročilo zdravil razdelil v razmerju 60:40, Agencija meni, da se bo veletrgovec, ki je dobili 60% javnega naročila, na povečano povpraševanje v smislu zagotavljanja zadostnih

⁵⁴⁷ Izjava podjetja Salus o PRD, str. 63.

⁵⁴⁸ Obvestilo o javnem naročilu za nabavo zdravil je bilo objavljeno na Portalu javnih naročil dne 26. 8. 2011.

kapacitet⁵⁴⁹ lahko prilagodil, kljub navedbam strank postopka, da so kapacitete veletrgovcev omejene. Dejstvo, da lekarniški zavodi sklenejo okvirni sporazum z veletrgovci običajno za obdobje 4 let, predstavlja veletrgovcem zadostno gotovost, da bodo dosegli okvirno določen delež ali vrednost nakupov določen s kupoprodajno pogodbo v daljšem obdobju, zaradi česar Agencija meni, da kapacitete dobav lažje prilagajajo dejanskim potrebam trga.

11. Agencija nadalje zavrača pavšalno navedbo stranke postopka Salus⁵⁵⁰, ki ni podprta z nikakršnimi dokazi, da javni lekarniški zavodi niso nikoli dovoljevali ponudbe, ki bi vključevala popust na realizacijo (obseg prometa) ali na plačila pred zapadlostjo, razen v primeru postopka javnega razpisa Gorenjske Lekarne, saj je iz številnih razpisnih dokumentacij javnih naročil zdravil javnih lekarniških zavodov («Obrazec predračuna»), ki jih je Agencija pridobila od javnih lekarniških zavodov, razvidno, da Obrazec predračuna poleg nazivov posameznih artiklov in količin vsebuje tudi rubriko "POPUST". Da je ponujanje popustov in s tem nižanje cen s strani javnih lekarniških zavodov dovoljeno oziroma celo zaželeno, ne nazadnje priča tudi dejstvo, da so naročniki (javni lekarniški zavodi) v razpisni dokumentaciji za javna naročila zdravil javnim lekarniškim zavodom, kot merilo za izbiro dobavitelja zdravil običajno navedli merilo najnižja cena. Če bi javni lekarniški zavodi menili, da tekmovanje med veletrgovci v postopkih javnih naročil ni mogoče zaradi veljavne zakonodaje, merila najnižje cene ne bi postavili.
12. Zaradi odsotnosti regulatornih omejitev in na podlagi vsega navedenega Agencija zaključuje, da na trgu prodaje zdravil za uporabo v humani medicini na debelo javnim lekarniškim zavodom v postopku javnih naročil ne obstajajo okoliščine, zaradi katerih veletrgovci ne bi ponujali popustov že v fazi oddajanja ponudb. Očitno je, da ravnanje veletrgovcev ni rezultat racionalnega ravnanja posameznih podjetij, temveč dogovora oziroma uskladitve ravnanj med veletrgovci.

⁵⁴⁹ Kot se bo prilagodilo podjetje Salus v konkretnem primeru, ko se je zavezalo za dobavo 60 % zdravil javnem lekarniškem zavodu Gorenjske Lekarne.

⁵⁵⁰ Izjava podjetja Salus o PRD, str. 36.

PRILOGA 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih

1. Lekarna Ljubljana

1. Lekarna Ljubljana je objavila v Uradnem listu RS (20. 1. 2006) in v Dodatku k Uradnem listu Evropske unije – TED (18. 1. 2006) obvestilo o javnem naročilu za nakup zdravil in blaga za nadaljnjo prodajo (poleg zdravil je seznam vključeval tudi medicinsko tehnične pripomočke in ostalo blago široke potrošnje) za obdobje od 1. 6. 2006 do 31. 5. 2009 (skupaj 3.685 artiklov, od tega 1.374 zdravil na recept in 251 OTC zdravil; ocenjena vrednost javnega naročila za obdobje treh let je znašala 50 mrd SIT, kar je približno 208.646.300,00 evrov) po omejenem postopku. V prvi fazi omejenega postopka javnega razpisa, katerega cilj je bil oblikovati seznam kandidatov, katerim se priznava sposobnost in usposobljenost za dobavo zdravil in blaga za nadaljnjo prodajo za obdobje treh let, je naročnik prejel le tri ponudbe (podjetij **Kemofarmacija**, **Salus** in **Pharmakon**), čeprav je razpisno dokumentacijo prevzelo skupaj 9 družb, med njimi poleg navedenih podjetij, ki so oddala ponudbe, tudi podjetji Farmadent in Gopharm. Naročnik je s sklepom z dne 28. 2. 2006 odločil, da vsa navedena podjetja uvršča na seznam kandidatov, ki bodo povabljeni k sodelovanju v drugi fazi javnega razpisa.⁵⁵¹

V drugi fazi je naročnik podjetja Kemofarmacija, Salus in Pharmakon povabil k oddaji ponudb za obdobje od 1. 6. 2006 do 31. 5. 2007. Naročnik je v razpisni dokumentaciji (»Predmet ponudbe«) navedel nazive posameznih artiklov in količine. Merilo je bila najnižja cena. Ponudbe so oddala vsa tri podjetja (Oddaja ponudb dne 25. 4. 2006), glede katerih je naročnik ugotovil, da je najnižjo ponudbo oddalo podjetje Salus, višjo podjetje Kemofarmacija (za 0,000073%) in najvišjo ponudbo podjetje Pharmakon (za 0,000350% od najnižje ponudbe). Zaradi zagotovitve nemotene oskrbe zdravil je naročnik že v razpisni dokumentaciji (v 10. členu Navodil ponudnikom za sestavo prijave z dne 10. 1. 2006) sporočil, da bo izbral več dobaviteljev in da bo kot enakovredne ponudbe štel tudi ponudbe, ki do 0,001% odstopajo od vrednosti najugodnejše ponudbe. Glede na navedeno je naročnik dne 8. 5. 2006 izdal sklep o oddaji javnega naročila, s katerim je za dobavo zdravil in blaga za nadaljnjo prodajo za obdobje od 1. 6. 2006 do 31. 5. 2007 izbral podjetja **Kemofarmacija**, **Salus** in **Pharmakon**, saj jih je štel za enakovredne ponudbe. Pogodbe o dobavi zdravil, ki jih je sklenil naročnik z navedenimi podjetji za obdobje enega leta, so vsebovale okvirne letne vrednosti dobav (podjetji Salus in Kemofarmacija [redacted], kar je približno [redacted], podjetje Pharmakon [redacted], kar je približno [redacted]).⁵⁵²

Tudi za naslednje obdobje, to je od 1. 6. 2007 do 31. 5. 2008, je naročnik povabil podjetja Kemofarmacija, Salus in Pharmakon k oddaji ponudb (okvirna ocenjena vrednost javnega naročila je znašala 75.000.000,00 evrov brez DDV). Glede na spremembo zakona o javnem naročanju (uveljavitev ZJN-2) je naročnik javno naročilo oddal po postopku s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti, ki je vsebinsko enak omejenemu postopku po ZJN-1. Naročnik je v razpisni dokumentaciji (»Obrazec predračuna«) navedel nazive posameznih artiklov in količine. Merilo je bila najnižja cena. Ponudbe so oddala vsa tri podjetja (Oddaja ponudb dne 11. 5. 2007), glede katerih je naročnik ugotovil, da je najnižjo ponudbo oddalo podjetje Kemofarmacija, višjo podjetje Salus (za 0,0003%) in najvišjo ponudbo podjetje Pharmakon (za 0,0006% od najnižje ponudbe). Zaradi zagotovitve nemotene oskrbe zdravil je naročnik že v razpisni dokumentaciji (v 8. členu Navodil kandidatom za izdelavo ponudbe z dne 30. 3. 2007) sporočil, da bo izbral več dobaviteljev in da bo kot enakovredne ponudbe štel tudi ponudbe, ki do 0,001% odstopajo od vrednosti najugodnejše ponudbe. Glede na navedeno je naročnik dne 15. 5. 2007 izdal sklep o oddaji javnega naročila, s katerim je za obdobje od 1. 6. 2007 do 31. 5. 2008 izbral podjetja **Kemofarmacija**, **Salus** in

⁵⁵¹ Dokument št. 306-45/2010-10 (priloge, registrator 3.).

⁵⁵² Dokument št. 306-45/2010-10 (priloge, registrator 4.).

Pharmakon, saj jih je štel za enakovredne ponudbe. Pogodbe o dobavi zdravil, ki jih je sklenil naročnik z navedenimi podjetji za obdobje enega leta, so vsebovale okvirne letne vrednosti dobav (podjetje Kemofarmacija [redacted] evrov, podjetje Salus [redacted] evrov in podjetje Pharmakon [redacted] evrov).⁵⁵³

Za zadnje (tretje) obdobje od 1. 6. 2008 do 31. 5. 2009 je naročnik povabil podjetji Kemofarmacija in Salus k oddaji ponudb (okvirna ocenjena vrednost javnega naročila je znašala 90.000.000,00 evrov brez DDV). Naročnik je v razpisni dokumentaciji (»Obrazec predračuna«) navedel nazive posameznih artiklov in količine. Merilo je bila najnižja cena. Ponudbi sta oddali obe podjetji (Oddaja ponudb dne 21. 5. 2008), glede katerih je naročnik ugotovil, da je nižjo ponudbo oddalo podjetje Kemofarmacija, ponudba podjetja Salus pa je bila višja za 0,00085%. Zaradi zagotovitve nemotene oskrbe zdravil je naročnik že v razpisni dokumentaciji (v 8. členu Navodil kandidatom za izdelavo ponudbe z dne 15. 4. 2008) sporočil, da bo izbral več dobaviteljev in da bo kot enakovredne ponudbe štel tudi ponudbe, ki do 0,001% odstopajo od vrednosti najugodnejše ponudbe. Glede na navedeno je naročnik dne 22. 5. 2008 izdal sklep o oddaji javnega naročila, s katerim je za obdobje od 1. 6. 2008 do 31. 5. 2009 izbral podjetji **Kemofarmacija** in **Salus**, saj je štel njuni ponudbi za enakovredni ponudbi. Pogodbi o dobavi zdravil in blaga za nadaljnjo prodajo, ki jih je sklenil naročnik z navedenima podjetjema za obdobje enega leta (od 1. 6. 2008 do 31. 5. 2009), sta vsebovali okvirne letne vrednosti dobav (podjetje Kemofarmacija [redacted] evrov in podjetje Salus [redacted] evrov).⁵⁵⁴ K navedenima pogodbama je naročnik sklenil dva dodatka (aneksa), s katerima so pogodbene stranke zaradi vloženega zahtevka za revizijo (podjetja Sanolabor - glej v nadaljevanju) dvakrat podaljšale veljavnost navedenih pogodb, vsakič za en mesec.⁵⁵⁵

2. Lekarna Ljubljana je objavila na Portalu javnih naročil (25. 3. 2009) in v Dodatku k Uradnem listu Evropske unije – TED (26. 3. 2009) obvestilo o javnem naročilu za nakup zdravil in blaga za nadaljnjo prodajo (poleg zdravil je seznam vključeval tudi medicinsko tehnične pripomočke in ostalo blago široke potrošnje) za obdobje 4 let od sklenitve okvirnega sporazuma (skupaj 1.700 artiklov, od tega 1.274 zdravil; ocenjena vrednost javnega naročila za obdobje 48 mesecev je znašala 360.000.000,00 evrov) po odprtem postopku za sklenitev okvirnega sporazuma za obdobje 4 let. Naročnik je v razpisni dokumentaciji (»Predračun – obrazec št. 14«) navedel nazive posameznih artiklov, nazive proizvajalcev in predvidene količine za obdobje 4 let. Dovoljene so bile tudi skupne ponudbe in nastopanje s podizvajalci. Merilo je bila najnižja cena. Naročnik je v razpisni dokumentaciji (v 15. točki Navodil ponudnikom za pripravo ponudbe z dne 24. 3. 2009) sporočil, da bo izbral dva dobavitelja in da bo izbral drugega ponudnika pod pogojem, da njegova ponudba ne bo odstopala več kot 5% od vrednosti najugodnejše ponudbe. Ponudbi sta oddali podjetji **Kemofarmacija** in **Salus** (Oddaja ponudb dne 5. 5. 2009). Ponudba podjetja Kemofarmacija je bila nižja od ponudbe podjetja Salus (slednja je bila višja za 0,00067%). Javno odpiranje ponudb je bilo dne 5. 5. 2009, predstavniki podjetij Kemofarmacija in Salus niso bili prisotni, bil pa je prisoten predstavnik podjetja Sanolabor, ki je vložilo zahtevek za revizijo zoper predmetni javni razpis. Navedeni postopek oddaje javnega naročila je bil s sklepom Državne revizijske komisije za revizijo postopkov oddaje javnih naročil z dne 1. 7. 2009 v celoti razveljavljen.⁵⁵⁶
3. Naročnik je nato v letu 2009 ponovno začel z izvedbo postopka oddaje javnega naročila (objavi na Portalu javnih naročil (6. 11. 2009) in v Dodatku k Uradnem listu Evropske unije – TED (11. 11. 2009) obvestila o javnem naročilu) za nakup zdravil, medicinsko-tehničnih pripomočkov in blaga za nadaljnjo prodajo po odprtem postopku s sklenitvijo okvirnega sporazuma za obdobje 4 let (javno naročilo je razdelil na tri sklope: sklop št. 1 - zdravila (ocenjena letna vrednost je znašala 80.000.000,00 evrov), sklop št. 2 - medicinsko-tehnični

⁵⁵³ Dokument št. 306-45/2010-10 (priloge, registrar 5.).

⁵⁵⁴ Dokument št. 306-45/2010-10 (priloge, registrar 6.).

⁵⁵⁵ Dokument št. 306-45/2010-10 (priloge, registrar 6.).

⁵⁵⁶ Dokument št. 306-45/2010-10 (priloge, registrar 6.).

pripomočki (ocenjena vrednost je znašala 4.500.000,00 evrov) in sklop št. 3 - blago za nadaljnjo prodajo (ocenjena letna vrednost je znašala 6.000.000,00 evrov)). Naročnik je v razpisni dokumentaciji (»Predračun – obrazec št. 15/1-3«) navedel nazive posameznih artiklov, nazive proizvajalcev in predvidene količine za obdobje 4 let. Dovoljene so bile tudi skupne ponudbe in nastopanje s podizvajalci. Merilo je bila najnižja cena. Naročnik je v razpisni dokumentaciji (v 15. točki Navodil ponudnikom za pripravo ponudbe z dne 5. 11. 2009) sporočil, da bo v vsakem sklopu izbral tri dobavitelje in da ne bo izbral tretjega ponudnika, če bo odstopanje med prvo in tretjo ponudbo skupaj 5% ali več%. Naročnik je do roka za oddajo ponudb prejel samo eno ponudbo, in sicer ponudbo podjetja Sanolabor za sklop št. 2 (medicinsko-tehnični pripomočki). Za sklopa št. 1 in 3 ni prejel nobene ponudbe, zato je naročnik odločil, da se postopek konča brez izbire in začne postopek oddaje javnega naročila po postopku s pogajanjem brez predhodne objave. Naročnik je povabil podjetji Kemofarmacija in Salus k oddaji ponudb za vse tri sklope, podjetje Sanolabor za 2. sklop in podjetje Vitapharm za sklopa 1. in 3. Ponudba, ki naj bi jo oddali ponudniki, naj bi bila izhodišče za postopek s pogajanjem. Naročnik je do roka za oddajo ponudb prejel samo eno ponudbo, in sicer ponudbo podjetja Sanolabor za sklop št. 2 (medicinsko-tehnični pripomočki). Za sklopa št. 1 in 3 ponovno ni prejel nobene ponudbe, zato je bil razglašen za neuspešnega.⁵⁵⁷

4. Lekarna Ljubljana kasneje ni več izvajala postopkov oddaje javnega naročanja za nakup zdravil. V odgovoru na zahtevo za posredovanje podatkov Agenciji je navedla, da je od 14. 6. 2010 dalje za dobavo zdravil sklenila samo pogodbo s hčerinsko družbo LL Grosist. Hkrati je predložila dokumentacijo o izvajanju postopkov oddaje javnih naročil, iz katere izhaja, da izvaja postopke javnega naročanja za nakup zdravil podjetje LL Grosist, ki je veletrgovsko podjetje. LL Grosist je objavil 23. 6. 2011 obvestilo o javnem naročilu za nakup in dobavo zdravil, medicinsko-tehničnih pripomočkov in blaga za nadaljnjo prodajo za potrebe naročnika, to je podjetja LL Grosist, po odprtem postopku s sklenitvijo okvirnega sporazuma za obdobje 4 let. Naročnik je razdelil naročilo v trinajst sklopov, pri čemer so bila zdravila razdeljena na več sklopov glede na proizvajalce zdravil oziroma njihove zastopnike (na primer Krka – sklop št. 1, Lek – sklop št. 2, Bayer – sklop št. 3, Medis – sklop št. 5). Ker do poteka roka za oddajo ponudbe ni bila podana nobena ponudba, se je postopek zaključil brez izbire. Naročnik je ponovil postopek oddaje javnega naročila v letu 2012, v katerem pa je prejel le eno ponudbo (podjetja Medicopharmacia d.o.o.), ki se je nanašala le na sklop 25. – blago za nadaljnjo prodajo, za sklope, ki so se nanašali na zdravila, ni naročnik prejel nobene ponudbe.⁵⁵⁸

2. Zasavske lekarne

5. Zasavske lekarne so objavile na Portalu javnih naročil (30. 11. 2007) in v Dodatku k Uradnem listu Evropske unije – TED (4. 12. 2007) obvestilo o javnem naročilu za nakup zdravil (1.533 artiklov, ocenjena letna vrednost je znašala 9.200.000,00 evrov) po odprtem postopku za sklenitev okvirnega sporazuma za obdobje 4 let (od 1. 2. 2008 do 31. 1. 2012). Naročnik je v razpisni dokumentaciji (»Specifikacija ponudbe s cenami«) navedel nazive posameznih zdravil, delovne šifre in predvidene količine za obdobje 1 leta. Dovoljene so bile tudi skupne ponudbe in nastopanje s podizvajalci. Merilo je bila najnižja cena. Naročnik je v razpisni dokumentaciji (v točki 2. 15 Navodil) sporočil, da bo v primeru, da bo več ponudnikov ponudilo enako najnižjo končno ceno posamezne vrste blaga, za te vrste blaga opravil žrebanje, ter da bo naročilo oddano tistemu ponudniku, ki bo izžreban prvi. Prispele so štiri ponudbe (podjetij Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Pharmakon) (Oddaja ponudb dne 9. 1. 2008). Nobena izmed ponudb ni vsebovala popustov. Javno odpiranje ponudb je bilo dne 9. 1. 2008, prisotna sta bila predstavnika podjetij Kemofarmacija in Farmadent. Glede na to, da je bila cena oziroma skupna vrednost vseh štirih ponudb popolnoma enaka, je naročnik povabil navedena podjetja, ki so oddala ponudbe, da se udeležijo žrebanja za vse vrste blaga, za katerega so ponudniki ponudili enake cene. Žrebanja, ki je bilo dne 29. 1. 2008 pri naročniku (glej točko 2. Priloge 5: Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil), so se udeležili predstavniki vseh podjetij, ki so oddala ponudbe. Na sestanku je bil sprejet predlog ponudnikov, da se izbor količin blaga, ki jih bo zagotavljal posamezni

⁵⁵⁷ Dokument št. 306-45/2010-10 (priloge, regulator 7.).

⁵⁵⁸ Dokument št. 306-45/2010-89 (priloge).

ponudnik, ne izvede z žrebanjem, temveč tako, da se izberejo posamezne količine blaga po vrstah oziroma skupinah posamezne veledrogerije (za katere je ta najbolj specializirana), ki v skupnem predstavlja 100% količino vseh razpisanih vrst blaga. V skladu s tem so na sestanku izvedli postopek določitve količin in vrste razpisanega blaga po izbranih ponudnikih. Po izvedenem sestanku s ponudniki je naročnik ugotovil, da vsi štirje ponudniki skupaj zagotavljajo 100% količine vseh razpisanih vrst blaga, in odločil, da se predmetno javno naročilo za sklenitev okvirnega sporazuma odda vsem štirim podjetjem, ki so oddala ponudbe. Na podlagi navedenega izvedenega postopka je naročnik istega dne s podjetji **Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Pharmakon** kot dobavitelji sklenil okvirni sporazum o dobavi zdravil z veljavnostjo od 1. 2. 2008 do 31. 1. 2012, v katerem je bilo med drugim dogovorjeno, da bo naročnik vsako leto odpiral konkurenco med strankami sporazuma, tako da jih bo pozval k predložitvi ponudb, in za to obdobje (enega leta) izbral najugodnejšega ponudnika, s katerim bo naročnik sklenil kupoprodajno pogodbo. Z vsakim izmed navedenih podjetij je naročnik dne 11. 2. 2008 sklenil tudi kupoprodajne pogodbe z veljavnostjo enega leta (od 1. 2. 2008 do 31. 1. 2009), ki naj bi se začele uporabljati 1. 4. 2008 oziroma, ko bo naročnik zagotovil računalniško programsko opremo za naročanje po priloženi specifikaciji ponudbe s cenami (specifikacije izbranega blaga po ponudnikih so bile priloga zapisniku z dne 29. 1. 2008). Iz podatkov o statistiki javnih naročil v letu 2008 naročnika Zasavke lekarne z dne 10. 3. 2009 izhaja, da naj bi bilo javno naročilo za dobavo zdravil v letu 2008 oddano štirim podjetjem in sicer podjetju Kemofarmacija (█%), Salus (█%), Farmadent (█%) in Pharmakon (█%).

Naročnik je nato pred pretekom prvega obdobja (leta) v skladu s prej navedenim okvirnim sporazumom dne 9. 12. 2008 pozval podpisnike okvirnega sporazuma, da predložijo ponudbe, na podlagi katerih bo naročnik sklenil kupoprodajno pogodbo z najugodnejšim ponudnikom za obdobje od 1. 2. 2009 do 31. 1. 2010. Trije podpisniki okvirnega sporazuma (podjetja Kemofarmacija, Salus in Farmadent) so predložili ponudbe⁵⁵⁹, katerih cene oziroma skupne vrednosti so bile popolnoma enake (Oddaja ponudb 28. 1. 2009 in 29. 1. 2009), zato je naročnik povabil navedena podjetja, ki so oddala ponudbe, da se udeležijo žrebanja pri naročniku, za vse vrste blaga, za katerega so ponudniki ponudili enake cene. Na sestanku dne 9. 2. 2009 (glej točko 4. Priloge 5: Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil) je bil sprejet predlog ponudnikov, da se izbor količin blaga, ki jih bo zagotavljal posamezni ponudnik, ne izvede z žrebanjem, temveč tako, da se izberejo posamezne količine blaga po vrstah oziroma skupinah posamezne veledrogerije (za katere je ta najbolj specializirana), ki v skupnem predstavlja 100% količino vseh razpisanih vrst blaga. V skladu s tem so na sestanku izvedli postopek določitve količin in vrste razpisanega blaga po izbranih ponudnikih (specifikacije izbranega blaga po ponudnikih). Po izvedenem sestanku s ponudniki je naročnik odločil, da se predmetno javno naročilo za navedeno obdobje odda vsem trem podjetjem, ki so oddala ponudbe (podjetja **Kemofarmacija, Salus in Farmadent**). Z vsakim izmed navedenih podjetij je naročnik dne 19. 2. 2009 sklenil tudi kupoprodajne pogodbe z veljavnostjo enega leta (od 1. 2. 2009 do 31. 1. 2010).

Naročnik je tudi pred pretekom drugega obdobja (leta) v skladu s prej navedenim okvirnim sporazumom dne 29. 12. 2009 pozval podjetja Kemofarmacija, Salus in Farmadent, podpisnike okvirnega sporazuma, da predložijo ponudbe, na podlagi katerih bo naročnik sklenil kupoprodajno pogodbo z najugodnejšim ponudnikom za obdobje od 1. 2. 2010 do 31. 1. 2011. Navedena podjetja so predložila ponudbe (Oddaja ponudb 28. 1. 2010), katerih cene oziroma skupne vrednosti so bile popolnoma enake, zato je naročnik povabil navedena podjetja, ki so oddala ponudbe, da se udeležijo žrebanja pri naročniku, za vse vrste blaga, za katerega so ponudniki ponudili enake cene. Na sestanku dne 4. 2. 2010 (glej točko 5. Priloge 5: Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil) je naročnik sporočil ponudnikom, da bo izvedel postopek s pogajanj in za izhodišča pogajanj predlagal strukturne deleže letnih dobav dobavljenih količin zdravil posameznih ponudnikov. Izhodišče za določitev teh strukturnih deležev naj bi bili realizirani deleži dobav

⁵⁵⁹ Razen podjetja Pharmakon, za katero je podjetje Salus podalo izjavo, da zaradi prenehanja opravljanja osnovne dejavnosti podjetja Pharmakon vse njegove obveznosti prevzema podjetje Salus kot njen 100% lastnik.

zdravil naročniku v letu 2009 in sicer Farmadent ■%, Kemofarmacija ■% in Salus ■%. Ponudniki so se strinjali z navedenimi deleži. Po izvedenem sestanku s ponudniki je naročnik odločil, da se predmetno javno naročilo za leto 2010 odda vsem trem podjetjem, ki so oddala ponudbe (**Kemofarmacija, Salus in Farmadent**). Z vsakim izmed navedenih podjetij je naročnik dne 12. 2. 2010 sklenil tudi kupoprodajne pogodbe v vrednosti glede na njihove prej navedene strukturne deleže celotne ponujene vrednosti z veljavnostjo enega leta (od 1. 2. 2010 do 31. 1. 2011).⁵⁶⁰

Naročnik je tudi za zadnje obdobje iz sklenjenega okvirnega sporazuma, to je obdobje od 1. 2. 2011 do 31. 1. 2012, dne 10. 12. 2010 povabil podjetja Salus, Kemofarmacija in Farmadent k predložitvi ponudb za dobavo zdravil (skupaj 1.670 artiklov) z namenom sklenitve kupoprodajne pogodbe. Navedena podjetja so predložila ponudbe (Oddaja ponudb dne 24. 1. 2011 in 25. 1. 2011), katerih cene oziroma skupne vrednosti so minimalno odstopale, zato je naročnik povabil navedena podjetja, ki so oddala ponudbe, da se udeležijo žrebanja pri naročniku za vse vrste blaga, za katerega so ponudniki ponudili enake cene. Naročnik je dne 26. 1. 2011 s sklepom sprejel izhodišča za pogajanja, iz katerega je razvidno, da naj bi za dve zdravili s seznama opravili žrebanje med dvema podjetjema, glede ostalih zdravil pa naj bi opravili žrebanje oziroma pogajanje. Na sestanku dne 1. 2. 2011 (glej točko 6. Priloge 5: Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil) je naročnik sporočil ponudnikom, da bo izvedel postopek s pogajanj za blago, za katerega so ponudniki ponudili enake cene, in za izhodišča pogajanj predlagal strukturne deleže letnih dobav dobavljenih količin zdravil posameznih ponudnikov. Izhodišče za določitev teh strukturnih deležev naj bi bili realizirani deleži dobav zdravil naročniku v letu 2010 in sicer Farmadent ■%, Kemofarmacija ■% in Salus ■%. Ponudniki so se strinjali z navedenimi deleži. Po izvedenem sestanku s ponudniki je naročnik odločil, da se predmetno javno naročilo za leto 2011 odda vsem trem podjetjem, ki so oddala ponudbe (**Kemofarmacija, Salus in Farmadent**). Z vsakim izmed navedenih podjetij je naročnik dne 10. in 11. 2. 2010 sklenil tudi kupoprodajne pogodbe v vrednosti glede na njihove prej navedene strukturne deleže celotne ponujene vrednosti z veljavnostjo enega leta (od 1. 2. 2011 do 31. 1. 2012).⁵⁶¹

6. Naročnik je dne 7. 3. 2012 izdal sklep o začetku postopka za oddajo javnega naročila za dobavo zdravil po postopku s predhodnim ugotavljanem sposobnosti s sklenitvijo okvirnega sporazuma za 4 leta (1.617 artiklov; ocenjena vrednost vseh nabav v času trajanja okvirnega sporazuma je 34.312.723,96 evrov). V postopku predhodnega ugotavljanja sposobnosti je prejel prijave podjetij Salus, Kemofarmacija in Farmadent, katerim je vsem priznal sposobnost, ter jih nato pozval k oddaji ponudb. Naročnik je v Povabilu k oddaji ponudb z dne 21. 6. 2012 navedel, da bo okvirni sporazum sklenil z največ 3 ponudniki, ki so pozvani k oddaji ponudbe in ki bodo najugodnejši glede na merila: cena in čas dobave (odzivnost) (6 ur – 5 točk, 24 ur – 3 točke ali več kot 24 ur – 0 točk). Ponudbe so oddala vsa tri podjetja, iz katerih je razvidno, da so podjetja, po odpravi računskih napak, ponudila popolnoma enake cene in enak odzivni čas (Oddaja ponudb dne 5. 7. 2012). Naročnik je nato z vsemi tremi podjetji (**Kemofarmacija, Salus in Farmadent**) 7. in 12. 9. 2012 sklenil okvirni sporazum za nabavo zdravil za obdobje 4 let s pričetkom izvajanja 1. 9. 2012, v katerem je bilo med drugim dogovorjeno, da bo naročnik vsako leto odpiral konkurenco med strankami sporazuma, tako da jih bo pozval k predložitvi ponudb, in za to obdobje (enega leta) izbral najugodnejšega ponudnika.⁵⁶²

3. Lekarna Velenje

7. Lekarna Velenje je objavila na Portalu javnih naročil (9. 1. 2009) in v Dodatku k Uradnem listu Evropske unije – TED (13. 1. 2009) obvestilo o javnem naročilu za nakup zdravil (1.594 artiklov, ocenjena letna vrednost je znašala 8.600.000,00 evrov) po odprtem postopku za

⁵⁶⁰ Dokument št. 306-45/2010-45 (priloge).

⁵⁶¹ Dokument št. 306-45/2010-116 (priloge).

⁵⁶² Dokument št. 306-45/2010-116 (priloge).

sklenitev okvirnega sporazuma za obdobje 4 let (od 1. 4. 2009 do 31. 3. 2013). Naročnik je v razpisni dokumentaciji (»Predračun«) navedel nazive posameznih zdravil, delovne šifre in predvidene količine za obdobje 1 leta. Dovoljene so bile tudi skupne ponudbe in nastopanje s podizvajalci. Merilo je bila najnižja cena. Naročnik je v razpisni dokumentaciji (v točki 2. 15 Navodil) sporočil, da bo v primeru, da bo več ponudnikov ponudilo enako najnižjo končno ceno posamezne vrste blaga, za te vrste blaga opravil pogajanja oziroma, če to ne bo uspešno, bo opravil žrebanje, ter da bo naročilo oddano tistemu ponudniku, ki bo izžreban prvi. Prispelle so štiri ponudbe (podjetij Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm) (Oddaja ponudb dne 19. 2. 2009 in 20. 2. 2009). Nobena izmed ponudb ni vsebovala popustov. Javno odpiranje ponudb je bilo dne 20. 2. 2009, prisoten ni bil noben predstavnik ponudnikov. Glede na to, da je bila cena oziroma skupna vrednost vseh štirih ponudb popolnoma enaka, je naročnik povabil navedena podjetja, ki so oddala ponudbe, da se udeležijo pogajanja pri naročniku, oziroma, če bo to neuspešno, žrebanja za vse vrste blaga, za katerega so ponudniki ponudili enake cene. Pogajanj, ki so bila dne 13. 3. 2009 pri naročniku (glej točko 7. Priloge 5: Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil), so se udeležili predstavniki vseh podjetij, ki so oddala ponudbe. Po izvedenem postopku s pogajanj je naročnik odločil, da se predmetno javno naročilo za sklenitev okvirnega sporazuma odda vsem štirim podjetjem, ki so oddala ponudbe, vsakemu od njih glede na njihove realizirane strukturne deleže dobav zdravil naročniku v predhodnem letu, to je v letu 2008. Na podlagi navedenega izvedenega postopka je naročnik istega dne s podjetji **Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm** kot dobavitelji sklenil okvirni sporazum o dobavi zdravil z veljavnostjo od 1. 4. 2009 do 31. 3. 2013, v katerem je bilo med drugim dogovorjeno, da bo naročnik vsako leto odpiral konkurenco med strankami sporazuma, tako da jih bo pozval k predložitvi ponudb, in za to obdobje (enega leta) izbral najugodnejšega ponudnika, s katerim bo naročnik sklenil kupoprodajno pogodbo. Z vsakim izmed navedenih podjetij je naročnik istega dne sklenil tudi kupoprodajne pogodbe z veljavnostjo enega leta (od 1. 4. 2009 do 31. 3. 2010), iz katerih je razviden dogovor, da bo naročnik kupoval od podjetja Kemofarmacija ■%, podjetja Salus ■%, podjetja Farmadent ■% in podjetja Gopharm ■% celotne ponudbene vrednosti.

Naročnik je nato pred pretekom prvega obdobja (leta) v skladu s prej navedenim okvirnim sporazumom dne 28. 1. 2010 pozval podpisnike okvirnega sporazuma, da predložijo ponudbe (za 1.780 zdravil), na podlagi katerih bo naročnik sklenil kupoprodajno pogodbo z najugodnejšim ponudnikom za obdobje od 1. 4. 2010 do 31. 3. 2011. Vsi štirje podpisniki okvirnega sporazuma so predložili ponudbe, katerih cene oziroma skupne vrednosti so bile popolnoma enake (Oddaja ponudb dne 5. 3. 2010), zato je naročnik povabil navedena podjetja, ki so oddala ponudbe, da se udeležijo pogajanja pri naročniku, oziroma, če bo to neuspešno, žrebanja za vse vrste blaga, za katerega so ponudniki ponudili enake cene. Pogajanj, ki so bila dne 19. 3. 2010 pri naročniku (glej točko 8. Priloge 5: Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil), so se udeležili predstavniki vseh podjetij, ki so oddala ponudbe. Po izvedenem postopku s pogajanj je naročnik odločil, da se predmetno javno naročilo za dobavo zdravil v obdobju od 1. 4. 2010 do 31. 3. 2011 odda vsem štirim podjetjem, ki so oddala ponudbe (**Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm**), vsakemu od njih glede na njihove realizirane strukturne deleže dobav zdravil naročniku v predhodnem letu, to je v letu 2009, in je dne 26. 3. 2010 z vsakim izmed navedenih podjetij sklenil kupoprodajne pogodbe z veljavnostjo enega leta (od 1. 4. 2010 do 31. 3. 2011), iz katerih je razviden dogovor, da bo naročnik kupoval od podjetja Kemofarmacija ■%, podjetja Salus ■%, podjetja Farmadent ■% in podjetja Gopharm ■% celotne ponudbene vrednosti.⁵⁶³

Nadalje je naročnik pred potekom drugega obdobja (leta) v skladu s prej navedenim okvirnim sporazumom dne 2. 2. 2011 pozval podpisnike okvirnega sporazuma k predložitvi ponudb, na podlagi katerih bo naročnik sklenil kupoprodajno pogodbo z najugodnejšim ponudnikom za obdobje od 1. 4. 2011 do 31. 3. 2012. Vsi štirje podpisniki okvirnega sporazuma so pravočasno, to je do dne 11. 3. 2011 predložili ponudbe, katerih cene oziroma skupne vrednosti so minimalno odstopale (Oddaja ponudb dne 8. 3. 2011 in 11. 3. 2011), zato jih je

⁵⁶³ Dokument št. 306-45/2010-9 (priloge).

naročnik pozval, da se udeležijo žrebanja oziroma pogajanj pri naročniku za tiste vrste blaga, za katerega so ponudniki ponudili enake cene, za 7 artiklov katerih cene so se razlikovale, pa so morali predložiti dokazilo o cenah. Pogajanj, ki so bila dne 22. 3. 2011 pri naročniku (glej točko 10. Priloge 5: Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil), so se udeležili predstavniki vseh podjetij, ki so oddala ponudbe. Po izvedenem postopku s pogajanj je naročnik odločil, da se predmetno javno naročilo za dobavo zdravil v obdobju od 1. 4. 2011 do 31. 3. 2012 odda vsem štirim podjetjem, ki so oddala ponudbe (**Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm**), vsakemu od njih glede na njihove realizirane strukturne deleže dobav zdravil naročniku v predhodnem letu 2010 (Farmadent ■%, Kemofarmacija ■%, Salus ■%, in Gopharm ■%). Z vsakim izmed navedenih podjetij je naročnik sklenil kupoprodajne pogodbe v navedenih strukturnih deležih in pogodbenih vrednostih z veljavnostjo enega leta (od 1. 4. 2011 do 31. 3. 2012).⁵⁶⁴

Tudi pred potekom tretjega obdobja (leta) je naročnik v skladu s prej navedenim okvirnim sporazumom dne 1. 2. 2012 pozval podpisnike okvirnega sporazuma k predložitvi ponudb, na podlagi katerih bo naročnik sklenil kupoprodajno pogodbo z najugodnejšim ponudnikom za obdobje od 1. 4. 2012 do 31. 3. 2013. Vsi štirje podpisniki okvirnega sporazuma so pravočasno, to je do dne 14. 3. 2012 predložili ponudbe, katerih cene oziroma skupne vrednosti so minimalno odstopale (Oddaja ponudb dne 14. 3. 2012), zato jih je naročnik pozval, da se udeležijo pogajanj oziroma žrebanja pri naročniku za tiste vrste blaga, za katerega so ponudniki ponudili enake cene, za 22 artiklov, katerih cene so se razlikovale, pa so morali predložiti dokazilo o cenah. Pogajanj, ki so bila dne 23. 3. 2012 pri naročniku (glej točko 11. Priloge 5: Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil), so se udeležili predstavniki vseh podjetij, ki so oddala ponudbe. Po izvedenem postopku s pogajanj je naročnik odločil, da se predmetno javno naročilo za dobavo zdravil v obdobju od 1. 4. 2012 do 31. 3. 2013 odda vsem štirim podjetjem, ki so oddala ponudbe (**Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm**), za zdravila, za katera so vsa ponudila enake cene, vsakemu od njih glede na njihove realizirane strukturne deleže dobav zdravil naročniku v predhodnem letu 2011 (Farmadent 26%, Kemofarmacija ■%, Salus ■% in Gopharm ■%), za 22 zdravil, za katera so ponudila različne cene pa glede na proporcionalne deleže. Z vsakim izmed navedenih podjetij je naročnik sklenil kupoprodajne pogodbe v dogovorjenih pogodbenih vrednostih (Farmadent ■■■■■■■■■■ evrov, Kemofarmacija ■■■■■■■■■■ evrov, Salus ■■■■■■■■■■ evrov in Gopharm ■■■■■■■■■■ evrov) za obdobje od 1. 4. 2012 do 31. 3. 2013.⁵⁶⁵

4. Obalne lekarne

8. Obalne lekarne so objavile na Portalu javnih naročil (29. 10. 2007) in v Dodatku k Uradnem listu Evropske unije – TED (30. 10. 2007) obvestilo o javnem naročilu za dobavo zdravil (1.636 artiklov) po odprtem postopku za sklenitev okvirnega sporazuma za obdobje 4 let (od 1. 4. 2008 do 31. 3. 2012). Naročnik je v razpisni dokumentaciji (»Predračun«) navedel nazive posameznih zdravil, delovne šifre in predvidene količine za obdobje 4 let. Dovoljene so bile tudi skupne ponudbe in nastopanje s podizvajalci. Merilo je bila najnižja cena. Naročnik je v razpisni dokumentaciji (v točki 15 Navodil ponudnikom za izdelavo ponudbe) navedel, da bo praviloma izbral tri ponudnike, če ponudbi drugega in tretjega ponudnika ne bosta odstopali več kot 10% od najnižje ponudbe. Prispele so tri ponudbe (podjetij Kemofarmacija, Salus in Gopharm) (Oddaja ponudb dne 7. 12. 2007). Nobena izmed ponudb ni vsebovala popustov. Javno odpiranje ponudb je bilo dne 7. 12. 2007, od ponudnikov je bil prisoten samo predstavnik podjetja Kemofarmacija. Glede na to, da ponudbi drugega (Salus – za 0,02%) in tretjega ponudnika (Gopharm – za 0,45%) nista odstopali za več kot 10% od vednosti najnižje ponudbe (Kemofarmacija), je naročnik odločil, da se predmetno javno naročilo za sklenitev okvirnega sporazuma odda vsem trem podjetjem, ki so oddala ponudbe. Na podlagi navedenega izvedenega postopka je naročnik s podjetji **Kemofarmacija, Salus in Gopharm** kot dobavitelji sklenil okvirne sporazume o

⁵⁶⁴ Dokument št. 306-45/2010-84 (priloge).

⁵⁶⁵ Dokument št. 306-45/2010-84 (priloge).

dobavi zdravil z veljavnostjo do 31. 3. 2012. Z vsakim izmed navedenih podjetij je bilo dogovorjeno, da bo naročnik od posameznega dobavitelja v času veljavnosti okvirnega sporazuma dobavil zdravila najmanj v višini $\frac{1}{2}$ sorazmernega deleža potrebnih zdravil (glede na število podpisnikov okvirnega sporazuma), razen v primeru razlogov na strani ponudnika ali v primeru, da bi se pri naročniku zmanjšala potreba po zdravilih, ki so predmet navedenega sporazuma.⁵⁶⁶

5. Goriška lekarna

9. Goriška lekarna je objavila na Portalu javnih naročil (30. 1. 2008) in v Dodatku k Uradnem listu Evropske unije – TED (5. 2. 2008) obvestilo o javnem naročilu za dobavo zdravil (1.601 artiklov, ocenjena vrednost javnega naročila za celotno obdobje 48 mesecev je znašala 38.000.000,00 evrov brez DDV) po odprtem postopku za sklenitev okvirnega sporazuma za obdobje 4 let (od 1. 6. 2008 do 31. 5. 2012). Naročnik je v razpisni dokumentaciji (»Predračun«) navedel nazive posameznih zdravil, delovne šifre in predvidene količine za obdobje 4 let. Dovoljene so bile tudi skupne ponudbe in nastopanje s podizvajalci. Merilo je bila najnižja cena. Naročnik je v razpisni dokumentaciji (v točki 15 Navodil ponudnikom za izdelavo ponudbe) navedel, da bo praviloma izbral tri ponudnike, če ponudbi drugega in tretjega ponudnika ne bosta odstopali več kot 10% od najnižje ponudbe. Prispelle so tri ponudbe (podjetij Kemofarmacija, Salus in Gopharm) (Oddaja ponudb dne 12. 3. 2008). Najnižja ponudba je bila ponudba podjetja Salus, višja je bila ponudba podjetja Gopharm (za 0,04%) in najvišja ponudba podjetja Kemofarmacija (za 0,14%). Nobena izmed ponudb ni vsebovala popustov. Javno odpiranje ponudb je bilo dne 12. 3. 2008, od ponudnikov ni bil nihče prisoten. Naročnik je odločil, da se predmetno javno naročilo za sklenitev okvirnega sporazuma odda vsem trem podjetjem, ki so oddala ponudbe. Na podlagi navedenega izvedenega postopka je naročnik s podjetji **Kemofarmacija, Salus in Gopharm** kot dobavitelji sklenil okvirne sporazume o dobavi zdravil z veljavnostjo do 31. 5. 2012. Z vsakim izmed navedenih podjetij je bilo dogovorjeno, da bo naročnik od posameznega dobavitelja v času veljavnosti okvirnega sporazuma dobavil zdravila najmanj v višini $\frac{1}{3}$ sorazmernega deleža potrebnih zdravil (glede na število podpisnikov okvirnega sporazuma), razen v primeru razlogov na strani ponudnika ali v primeru, da bi se pri naročniku zmanjšala potreba po zdravilih, ki so predmet navedenega sporazuma.⁵⁶⁷

6. Dolenjske lekarne

10. Dolenjske lekarne so objavile na Portalu javnih naročil (30. 1. 2008) in v Dodatku k Uradnem listu Evropske unije – TED (2. 2. 2008) obvestilo o javnem naročilu za dobavo zdravil (preko 1.500 artiklov, ocenjena vrednost javnega naročila za celotno obdobje 48 mesecev je znašala 56.000.000,00 evrov brez DDV) po odprtem postopku za sklenitev okvirnega sporazuma za obdobje 4 let (od 1. 6. 2008 do 31. 5. 2012). Naročnik je v razpisni dokumentaciji (»Predračun«) navedel nazive posameznih zdravil, delovne šifre in predvidene količine za obdobje 4 let. Dovoljene so bile tudi skupne ponudbe in nastopanje s podizvajalci. Merilo je bila najnižja cena. Naročnik je v razpisni dokumentaciji (v točki 15 Navodil ponudnikom za izdelavo ponudbe) navedel, da bo praviloma izbral tri ponudnike, če ponudbi drugega in tretjega ponudnika ne bosta odstopali več kot 10% od najnižje ponudbe. Prispelle so tri ponudbe (podjetij Kemofarmacija, Salus in Hygia) (Oddaja ponudb dne 13. 3. 2008). Najnižja ponudba je bila ponudba podjetja Hygia, višja je bila ponudba podjetja Kemofarmacija (za 0,41%) in najvišja ponudba podjetja Salus (za 0,74%). Nobena izmed ponudb ni vsebovala popustov. Javno odpiranje ponudb je bilo dne 13. 3. 2008, od ponudnikov je bil prisoten samo predstavnik podjetja Hygia. Naročnik je odločil, da se predmetno javno naročilo za sklenitev okvirnega sporazuma odda vsem trem podjetjem, ki so oddala ponudbe. Na podlagi navedenega izvedenega postopka je naročnik s podjetji **Kemofarmacija, Salus in Hygia** kot dobavitelji sklenil okvirne sporazume o dobavi zdravil z veljavnostjo do 31. 5. 2012. Z vsakim izmed navedenih podjetij je bilo dogovorjeno, da bo naročnik od posameznega dobavitelja v času veljavnosti okvirnega sporazuma dobavil zdravila najmanj v višini $\frac{3}{4}$ sorazmernega deleža potrebnih zdravil (glede na število podpisnikov okvirnega sporazuma), razen v primeru razlogov na strani ponudnika ali v

⁵⁶⁶ Dokument št. 306-45/2010-8 (priloge) in št. 306-45/2010-81.

⁵⁶⁷ Dokument št. 306-45/2010-49 (priloge).

primeru, da bi se pri naročniku zmanjšala potreba po zdravilih, ki so predmet navedenega sporazuma.⁵⁶⁸

7. Mestne lekarne

11. Mestne lekarne so dne 27. 3. 2008 izdale sklep o začetku postopka za oddajo javnega naročila za dobavo zdravil in ostalega blaga po postopku s predhodnim ugotavljanem sposobnosti s sklenitvijo okvirnega sporazuma za 4 leta (4.792 artiklov, ocenjena vrednost javnega naročila je bila 15 mio evrov). Naročnik je izvedel postopek s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti, v katerem je 25. 8. 2009 priznal sposobnost za sodelovanje v drugi fazi javnega naročila podjetjema Salus in Kemofarmacija, ki sta bila tudi edina, ki sta se prijavila. Naročnik je 28. 1. 2010 (s podjetjem Salus) in 1. 2. 2010 (s podjetjem Kemofarmacija) sklenil okvirna sporazuma z veljavnostjo 4 leta, v katerem niso bile določene ne količine ne cene blaga. Nato je naročnik povabil navedeni podjetji, da predložita ponudbi za zdravila in se udeležita pogajanj dne 11. 3. 2010 pri naročniku. Na odpiranju ponudb dne 11. 3. 2010 je bilo ugotovljeno, da sta ponudbeni ceni podjetij Kemofarmacija in Salus enaki in v skladu s trenutno veljavnimi cenami zdravil (Oddaja ponudb dne 10. 3. 2010 in 11. 3. 2010). Naročnik je po odpiranju vodil ločena pogajanja najprej s predstavnico podjetja Kemofarmacija, ki je povedala, da je ponujena cena v skladu s predpisi in zadnja ponudbena cena, enako je povedal tudi predstavnik podjetja Salus, ki se je udeležil pogajanj za predstavnico podjetja Kemofarmacija. Naročnik je kot najugodnejša ponudnika za dobavo zdravil izbral obe navedeni podjetji (**Kemofarmacija** in **Salus**), s katerima je konec meseca marca 2010 sklenil aneksa k prej omenjenima okvirnima sporazumoma z veljavnostjo 1 leta. Iz navedenih aneksov izhaja, da so cene zdravil v skladu s pravilnikom o določanju cen zdravil za uporabo v humani medicini, glede obsega naročil pa naj bi naročnik naročal po potrebi in v skladu z okvirnim sporazumom.⁵⁶⁹

Na podlagi sklenjenega okvirnega sporazuma je naročnik dne 29. 4. 2011 povabil podjetji Salus in Kemofarmacija k oddaji ponudbe za dobavo zdravil in ju pozval, da se udeležita pogajanj dne 17. 5. 2011 pri naročniku. Na pogajanjih, ki sta se jih udeležila predstavnika obeh podjetij, je bilo ugotovljeno, da je ponudbena cena podjetja Salus 9.166.492,36 evrov in podjetja Kemofarmacija 9.169.974,65 evrov. Zaradi različnih cen posameznih zdravil je naročnik pozval navedeni podjetji k pojasnitvi in potrditvi veljavnosti cen. Upošteva je pojasnila in popravke cen je strokovna komisija naročnika ugotovila, da sta bili obe ponudbi enaki (Oddaja ponudb dne 17. 5. 2011), zato je naročnik izbral oba ponudnika (**Kemofarmacija** in **Salus**) in z obema sklenil aneks k sklenjenemu okvirnemu sporazumu o dobavi zdravil za obdobje 1 leta (od 1. 3. 2011). Iz zapisnika o pogajanjih iz navedenega dne izhaja, da je naročnik predstavnika podjetij Kemofarmacija in Salus izrecno vprašal, ali lahko ponudita nižje cene, kot jih določa JAZMP. Predstavnika navedenih podjetij sta povedala, da ponudbena cena ne more biti nižja kot jo določa JAZMP.

Nadalje je dne 10. 4. 2012 naročnik v skladu s sklenjenim okvirnim sporazumom povabil podjetji Salus in Kemofarmacija k oddaji ponudbe za dobavo zdravil in ju pozval, da se udeležita pogajanj dne 24. 4. 2012 pri naročniku. Na pogajanjih je bilo ugotovljeno, da je ponudbena cena podjetja Salus 7.880.213,12 evrov in podjetja Kemofarmacija 7.880.789,24 evrov. Ker so ponudbene cene odstopale, je naročnik pozval podjetji na pojasnitev in obrazložitev. Po prejemu popravkov je bilo ugotovljeno, da oba ponudnika ponujata artikle po veljavnih cenah določenih s strani JAZMP, ter da sta obe ponudbi enaki (Oddaja ponudb dne 24. 4. 2010), zato je naročnik z obema ponudnikoma (**Kemofarmacija** in **Salus**) sklenil aneks k sklenjenemu okvirnemu sporazumu o dobavi zdravil za obdobje 1 leta (od 1. 3. 2012).⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ Dokument št. 306-45/2010-12 (priloge).

⁵⁶⁹ Dokument št. 306-45/2010-39 (priloge).

⁵⁷⁰ Dokument št. 306-45/2010-98 (priloge).

8. Lekarna Ribnica

12. Lekarna Ribnica je objavila na Portalu javnih naročil (17. 8. 2009) in v Dodatku k Uradnem listu Evropske unije – TED (21. 8. 2009) obvestilo o javnem naročilu za dobavo zdravil (preko 1.300 artiklov; ocenjena letna vrednost javnega naročila je znašala 2.200.000 evrov brez DDV) po odprtem postopku z namenom sklenitve okvirnega sporazuma, za obdobje 4 let (od 1. 11. 2009 do 31. 10. 2013). Naročnik je v razpisni dokumentaciji (»Predračun«) navedel nazive posameznih zdravil, delovne šifre in predvidene količine za obdobje 1 leta. Dovoljene so bile tudi skupne ponudbe in nastopanje s podizvajalci. Merilo je bila najnižja cena. Naročnik je v razpisni dokumentaciji (v točki 2. 15 Navodil) sporočil, da bo v primeru, da bo več ponudnikov ponudilo enako najnižjo končno ceno posamezne vrste blaga, za te vrste blaga opravil pogajanja oziroma, če to ne bo uspešno, bo opravil žrebanje, ter da bo naročilo oddano tistemu ponudniku, ki bo izžreban prvi. Prispeli sta dve ponudbi (podjetij Kemofarmacija in Salus) (Oddaja ponudb dne 28. 9. 2009). Nobena izmed ponudb ni vsebovala popustov. Javno odpiranje ponudb je bilo dne 28. 9. 2009, prisotna sta bila predstavnika obeh ponudnikov. Glede na to, da je bila cena oziroma skupna vrednost obeh ponudb popolnoma enaka, je naročnik povabil navedeni podjetji, ki sta oddali ponudbi, da se udeležita pogajanja pri naročniku za vse vrste blaga, za katerega sta ponudnika ponudila enake cene. Pogajanj, ki so bila dne 16. 10. 2009 pri naročniku (glej točko 12. Priloge 5: Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil), sta se udeležila predstavnika obeh podjetij, ki sta oddali ponudbi. Po izvedenem postopku s pogajanja je naročnik odločil, da se predmetno javno naročilo za sklenitev okvirnega sporazuma odda obema podjetjema, ki sta oddali ponudbi, vsakemu glede na njune realizirane strukturne deleže dobav zdravil naročniku v predhodnem letu, to je v letu 2008. Na podlagi navedenega izvedenega postopka je naročnik istega dne s podjetjema **Kemofarmacija** in **Salus** kot dobaviteljema sklenil okvirni sporazum o dobavi zdravil z veljavnostjo od 1. 11. 2009 do 31. 10. 2013, v katerem je bilo med drugim dogovorjeno, da bo naročnik vsako leto odpiral konkurenco med strankami sporazuma, tako da jih bo pozval k predložitvi ponudb, in za to obdobje (enega leta) izbral najugodnejšega ponudnika, s katerim bo naročnik sklenil kupoprodajno pogodbo. Z vsakim izmed navedenih podjetij je naročnik nato sklenil tudi kupoprodajno pogodbo z veljavnostjo enega leta (od 1. 11. 2009 do 31. 10. 2010), iz katerih je razviden dogovor, da bo naročnik kupoval od podjetja Kemofarmacija ■% in podjetja Salus ■% celotne ponudbene vrednosti.

Pred potekom prvega obdobja (leta) je naročnik v skladu s prej navedenim okvirnim sporazumom dne 31. 8. 2010 pozval navedeni podjetji, da predložita ponudbi, na podlagi katerih bo naročnik sklenil kupoprodajno pogodbo z najugodnejšim ponudnikom za obdobje od 1. 11. 2010 do 31. 10. 2011. Obe podjetji sta predložili ponudbo, katerih cena oziroma skupna vrednost je bila popolnoma enaka (Oddaja ponudb dne 21. 10. 2010), zato je naročnik povabil navedeni podjetji, da se udeležita pogajanj pri naročniku, oziroma, če bo to neuspešno, žrebanja za vse vrste blaga, za katerega so ponudniki ponudili enake cene. Pogajanj, ki so bila dne 27. 10. 2010 pri naročniku (glej točko 14. Priloge 5: Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil), sta se udeležila predstavnika obeh podjetij, ki sta oddala ponudbe. Po izvedenem postopku s pogajanja je bilo doseženo soglasje s ponudnikoma, da se predmetno javno naročilo za dobavo zdravil v navedenem obdobju odda obema podjetjema, ki sta oddala ponudbe. Z vsakim podjetjem (**Kemofarmacija** in **Salus**) je bila sklenjena kupoprodajna pogodba z veljavnostjo enega leta (od 1. 11. 2010 do 31. 10. 2011), iz katerih je razviden dogovor, da bo naročnik kupoval od vsakega podjetja ■% v strukturnem deležu oziroma v pogodbeni vrednosti ■■■■■ evrov z vključenim DDV.

Pred potekom drugega obdobja (leta) je naročnik v skladu z zgoraj navedenim okvirnim sporazumom dne 1. 9. 2011 pozval podpisnika okvirnega sporazuma, da predložita ponudbi, na podlagi katerih bo naročnik sklenil kupoprodajno pogodbo z najugodnejšim ponudnikom za obdobje od 1. 11. 2011 do 31. 10. 2012. Oba podpisnika okvirnega sporazuma sta pravočasno predložila ponudbi, katerih cena oziroma skupna vrednost se je malenkostno razlikovala (Oddaja ponudb dne 5. 10. 2011 in 6. 10. 2011), zato ju je naročnik povabil, da se udeležita pogajanj pri naročniku, oziroma, če bo to neuspešno, žrebanja za vse vrste blaga, za katerega

so ponudniki ponudili enake cene, za 4 artikle, kjer nista ponudila enakih cen pa naj predložita ponovna dokazila o cenah zdravil. Pogajanj, ki so bila dne 27. 10. 2011 pri naročniku (glej točko 15. Priloge 5: Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil), sta se udeležila predstavnika obeh podjetij, ki sta oddali ponudbe. Po izvedenem postopku s pogajanja je bilo doseženo soglasje s ponudniki, da se predmetno javno naročilo za dobavo zdravil v navedenem obdobju odda obema podjetjema (**Kemofarmacija** in **Salus**), ki sta oddala ponudbe. Z vsakim podjetjem je bila sklenjena kupoprodajna pogodba z veljavnostjo enega leta (od 1. 11. 2011 do 31. 10. 2012), iz katerih je razviden dogovor, da bo naročnik kupoval od vsakega podjetja [redacted] % v strukturnem deležu podjetja oziroma v pogodbeni vrednosti [redacted] evrov z vključenim DDV.⁵⁷¹

9. Gorenjske lekarne

13. Gorenjske lekarne so objavile na Portalu javnih naročil (26. 8. 2011) in v Dodatku k Uradnem listu Evropske unije – TED (31. 8. 2011) obvestilo o javnem naročilu za nabavo zdravil po postopku s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti s sklenitvijo okvirnega sporazuma za obdobje 4 let (vsa zdravila, ki se prodajajo izključno v lekarnah (»gotova zdravila - izdaja brez recepta v lekarnah in gotova zdravila - izdaja na recept«); ocenjena vrednost javnega naročila je znašala 27.000.000,00 evrov brez DDV). V postopku s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti so prispele tri prijave (podjetij Kemofarmacija, Salus in Valentis Pharmaceuticals d.o.o.). Gorenjske lekarne so (dne 29. in 30. 9. 2011) izločile prijavo podjetja Valentis Pharmaceuticals d.o.o kot nepravilno, podjetjema Kemofarmacija in Salus pa je naročnik izdal obvestilo o priznanju sposobnosti za izvedbo razpisane storitve »Nabava zdravil s sklenitvijo okvirnega sporazuma za obdobje 4. let«. S prijaviteljema, ki jima je bila priznana sposobnost, je naročnik izvedel drugo fazo postopka. Podjetji Kemofarmacija (dopis z dne 31. 1. 2012) in Salus (dopis z dne 1. 2. 2012) sta na naročnika naslovili prošnji za podaljšanje roka za oddajo ponudb in spremembo razpisne dokumentacije v delu, ki se nanaša na merilo za ocenjevanje in izbiro najugodnejše ponudbe. Kot razlog sta navajali spremembe Pravilnika o oblikovanju cen zdravil, ki so bile objavljene 27. 1. 2012. Naročnik je 2. 2. 2012 spremenil razpisno dokumentacijo tako, da je merilo za ocenjevanje ponudb ostala višina ponujenega popusta, pri čemer je pa naročnik navedel, da mora ponudnik ponuditi popust v višini najmanj 1,725% letne nabavne vrednosti, sicer bo izločen iz nadaljnega postopka. Navedeno je bilo, da bo naročnik sklenil okvirni sporazum z vsemi ponudniki, ki bodo ponudili popust v višini najmanj 1,725% letne nabavne vrednosti in da bodo izbrani ponudniki tudi dobavitelji za obdobje od 1. 1. 2012 do 31. 12. 2012, v razmerju ponujenega popusta (ponudnik, ki ponudi najvišji popust, dobi 60% javnega naročila, ostali pa ustrezno manj). Naročnik je dne 5. 3. 2012 ponovno spremenil razpisno dokumentacijo in sicer tako, da je merilo za ocenjevanje ponudb ostala višina ponujenega popusta, pri čemer pa ni bil več določen minimalni popust (popust v višini najmanj 1,725% letne nabavne vrednosti). Navedeno je bilo, da bodo izbrani ponudniki tudi dobavitelji za obdobje od 1. 1. 2012 do 31. 12. 2012, v razmerju ponujenega popusta (ponudnik, ki ponudi najvišji popust, dobi 60% javnega naročila, ostali pa ustrezno manj). Naročnik je na javnem odpiranju ponudb (dne 26. 3. 2012) ugotovil, da sta oddali ponudbi obe podjetji, in da je podjetje Kemofarmacija ponudilo 0,47% ter podjetje Salus 0,62% popust za dobavo zdravil (Oddaja ponudb dne 26. 3. 2012). Naročnik je odločil (obvestili z dne 5. 4. 2012), da se izločita obe ponudbi kot nesprejemljivi, ker je »popust nesorazmerno nizek, kar pomeni, da bi lekarne kupovale zdravila po višji ceni, kot so kupovale do sedaj.« Naročnik je še isti dan obe podjetji povabil na pogajanja, ki naj bi tekla o višini popusta za izvedbo javnega naročila. Pogajanja naj bi tekla ločeno, in sicer je bilo podjetje Salus vabljeno na pogajanja za dne 25. 4. 2012 ob 10.00 uri pri naročniku, podjetje Kemofarmacija pa za dne 25. 4. 2012 ob 11.00 uri. Iz zapisnikov o pogajanjih izhaja, da je naročnik vodil ločeno pogajanja z obema ponudnikoma, ki sta na osnovi izvedenih pogajanj ponudila višji popust in sicer podjetje Kemofarmacija (dne 23. 4. 2012) skupaj [redacted] % in podjetje Salus skupaj [redacted] %. Naročnik je na podlagi izvedenih pogajanj odločil (razvidno iz Obvestila o izbiri najugodnejšega ponudnika z dne 9. 5. 2012), da odda javno naročilo obema ponudnikoma: 60% celotnega javnega naročila ponudniku Salus in 40% v ponudniku Kemofarmacija. Naročnik je v mesecu juniju 2012 s podjetjema **Salus** in

⁵⁷¹ Dokument št. 306-45/2010-119 (priloge).

Kemofarmacija sklenil okvirni sporazum za »nabavo zdravil s sklenitvijo okvirnega sporazuma, za obdobje 4. let«, iz katerega med drugim izhaja, da bo naročnik med strankama sporazuma vsako leto »izvedel konkurenco na ta način, da jih bo pozval k predložitvi predračuna z višino popusta, ki ga nudita za posamezno leto. Glede na višino popusta bo javno naročilo razdeljeno med stranki v razmerjih: stranka, ki bo ponudila najvišji popust, dobi 60% vrednosti javnega naročila, druga stranka ustrezno manj.⁵⁷²

⁵⁷² Dokument št. 306-45/2010-99 (priloge).

PRILOGA 5: Oddajanje ponudb v postopkih oddaje javnih naročil za dobavo zdravil lekarnam

1. Agencija je v predmetnem postopku pridobila podatke o naročanju zdravil 24 največjih javnih lekarniških zavodov v obdobju od leta 2005 do septembra 2012, pred izdajo PRD. Iz pridobljenih podatkov, ki so jih posredovali javni lekarniški zavodi, izhaja, da je 9 javnih lekarniških zavodov pri nabavi zdravil vodilo postopke oddaje javnih naročil v skladu z veljavnimi predpisi s področja javnih naročil. Iz dokumentov, ki so jih posredovali naročniki (javni lekarniški zavodi), ki so izvajali postopke oddaje javnih naročil za dobavo zdravil, izhaja, da so podjetja Kemofarmacija, Salus, Farmadent in Gopharm v postopkih javnega naročanja oddajala podobne ali celo enake ponudbe v delu, ki se nanaša na ceno in popuste za dobavo zdravil. V tej prilogi so navedeni podatki o posameznih javnih naročilih za dobavo zdravil v vrstnem redu glede na datum oddaje ponudb v posameznih postopkih javnega naročanja. Podatke, ki jih je Agencija prejela od prej navedenih javnih lekarniških zavodov, so povzeti v preglednicah. Za vsako posamezno javno naročilo je sestavljena preglednica, iz katere so razvidni naslednji podatki: (i) izid javnega naročila (izbrani in neizbrani ponudniki), (ii) seznam ponudnikov, ki so oddali ponudbe, (iii) višina ponudb (skupna vrednost ponudb) in (iv) odstotki odstopanja med ponudbami.

Oddaja ponudb dne 25. 4. 2006 (naročnik: Lekarna Ljubljana, predvideni rok za oddajo ponudb: 25. 4. 2006 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 25. 4. 2006 ob 12.00 uri)

2. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Ljubljana, izhaja, da so dne 25. 4. 2006 podjetja Kemofarmacija (ob 9.25 uri), Salus (ob 9.20 uri) in Pharmakon (ob 9.15 uri) oddala podobne ponudbe z minimalnimi odstopanji pri cenah oziroma njihovih vrednostih. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Ljubljana (glej zlasti točko 1. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da so vsa tri podjetja uspela pridobiti naročilo, saj te niso odstopale za več kot 0,001% od vrednosti najnižje ponudbe.

Tabela št. 5: Lekarna Ljubljana, »Nakup zdravil in blaga za nadaljnjo prodajo«, za obdobje od 1. 6. 2006 do 31. 5. 2007

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	SALUS d.d.	17.488.046.763,66 sit brez DDV	0
	KEMOFARMACIJA d.d.	17.488.059.591,32 sit brez DDV	0,0000734
	PHARMAKON d.d.	17.488.107.985,88 sit brez DDV	0,0003501
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Lekarna Ljubljana⁵⁷³

Oddaja ponudb dne 11. 5. 2007 (naročnik: Lekarna Ljubljana, predvideni rok za oddajo ponudb: 14. 5. 2007 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 14. 5. 2007 ob 12.00 uri)

3. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Ljubljana, izhaja, da so dne 11. 5. 2007 podjetja Kemofarmacija (ob 10.10 uri), Salus (ob 10.55 uri) in Pharmakon (ob 12.30 uri) oddala podobne ponudbe z minimalnimi odstopanji pri cenah oziroma njihovih vrednostih. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Ljubljana (glej zlasti točko 1 Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da so vsa tri podjetja uspela pridobiti naročilo, saj te niso odstopale za več kot 0,001% od vrednosti najnižje ponudbe.

Tabela št. 6: Lekarna Ljubljana, »Nakup zdravil in blaga za nadaljnjo prodajo«, za obdobje od 1. 6. 2007 do 31. 5. 2008

⁵⁷³ Dokument št. 306-45/2010-10 (priloge, registrar 4.).

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	SALUS d.d.	71.783.218,58 EUR brez DDV	0,0003353
	KEMOFARMACIJA d.d.	71.782.977,89 EUR brez DDV	0
	PHARMAKON d.d.	71.783.434,21 EUR brez DDV	0,0006357
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Lekarna Ljubljana⁵⁷⁴

Oddaja ponudb dne 7. 12. 2007 (naročnik: Obalne lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 7. 12. 2007 do 12.00 ure, datum odpiranja ponudb: 7. 5. 2007 ob 13.00 uri)

4. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Obalnih lekarn, izhaja, da so dne 7. 12. 2007 podjetja Salus (ob 7.30 uri), Gopharm (ob 10.00 uri) in Kemofarmacija (ob 11.00 uri) oddala podobne ponudbe z minimalnimi odstopanji pri cenah oziroma njihovih vrednostih. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Obalnih lekarn (glej zlasti točko 8. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da so vsa tri podjetja uspela pridobiti naročilo, saj drugo in tretje uvrščena ponudba nista odstopali za več kot 10% vrednosti najnižje ponudbe.

Tabela št. 7: Obalne lekarne, »Dobava zdravil«, za obdobje od 1. 4. 2008 do 31. 3. 2012 (okvirni sporazum)

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	SALUS d.d.	53.346.280,33 EUR z DDV	0,0017108
	GOPHARM d.o.o.	53.586.068,44 EUR z DDV	0,4512121
	KEMOFARMACIJA d.d.	53.345.367,69 EUR z DDV	0
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Obalne lekarne⁵⁷⁵

Oddaja ponudb dne 9. 1. 2008 (naročnik: Zasavske lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 9. 1. 2008 do 9.00 ure, datum odpiranja ponudb: 9. 1. 2008 ob 10.00 uri)

5. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Zasavskih lekarn, izhaja, da so dne 9. 1. 2008 podjetja Kemofarmacija (ob 8.15 uri), Salus (ob 7.45 uri), Pharmakon (ob 7.45 uri) in Farmadent (8.00 uri) oddala ponudbe s povsem enako skupno vrednostjo. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Zasavskih lekarn (glej zlasti točko 5. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da je naročnik že v razpisni dokumentaciji (točka 2.15 Navodil ponudnikom) navedel, da bo v primeru, da bo več ponudnikov ponudilo enako najnižjo končno ceno posamezne vrste blaga, naročnik za te vrste blaga opravil žrebanje.

Tabela št. 8: Zasavske lekarne, »Nakup zdravil«, za obdobje od 1. 2. 2008 do 31. 1. 2012 (sklenitev okvirnega sporazuma)

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	KEMOFARMACIJA d.d.	9.849.906,88 EUR	0
	SALUS d.d.	9.849.906,88 EUR	0
	FARMADENT d.o.o.	9.849.906,88 EUR	0
	PHARMAKON d.d.	9.849.906,88 EUR	0

⁵⁷⁴ Dokument št. 306-45/2010-10 (priloge, regulator 5.).

⁵⁷⁵ Dokument št. 306-45/2010-8 (priloge).

NEIZBRANI	/	/	/
-----------	---	---	---

Vir podatkov: Zasavske lekarne⁵⁷⁶

Oddaja ponudb dne 12. 3. 2008 (naročnik: Goriška lekarna, predvideni rok za oddajo ponudb: 12. 3. 2008 do 12.00 ure, datum odpiranja ponudb: 12. 3. 2008 ob 13.00 uri)

6. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Goriške lekarne, izhaja, da so dne 12. 3. 2008 podjetja Kemofarmacija (ob 10.15 uri), Salus (ob 10.30 uri) in Gopharm (ob 11.10 uri) oddala ponudbe z minimalnimi odstopanji pri cenah oziroma njihovih vrednostih. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Goriške lekarne (glej zlasti točko 9. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da so vsa tri podjetja uspela pridobiti naročilo, saj drugo in tretje uvrščena ponudba nista odstopali za več kot 10% vrednosti najnižje ponudbe. Naročnik je že v razpisni dokumentaciji (točka 15. Navodil ponudnikom za pripravo ponudbe) navedel, da bo naročilo praviloma oddal trem ponudnikom, vendar pod pogojem, da ponudbi drugo in tretje uvrščenega ponudnika ne bosta odstopali več kot 10% od najnižje ponudbe.

Tabela št. 9: Goriška lekarna, »Dobava zdravil«, za obdobje od 1. 6. 2008 do 31. 5. 2012 (sklenitev okvirnega sporazuma)

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	KEMOFARMACIJA d.d.	39.441.016,50 EUR	0,1439410
	SALUS d.d.	39.384.326,31 EUR	0
	GOPHARM d.o.o.	39.399.001,32 EUR	0,0372610
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Goriška lekarna⁵⁷⁷

Oddaja ponudb dne 13. 3. 2008 (naročnik: Dolenjske lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 13. 3. 2008 do 12.00 ure, datum odpiranja ponudb: 13. 3. 2008 ob 16.30 uri)

7. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Dolenjskih lekarn, izhaja, da so dne 13. 3. 2008 podjetja Kemofarmacija (ob 8.30 uri), Salus (ob 9.10 uri) in Hygia (ob 10.00 uri) oddala ponudbe z minimalnimi odstopanji pri cenah oziroma njihovih vrednostih. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Dolenjskih lekarn (glej zlasti točko 10. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da so vsa tri podjetja uspela pridobiti naročilo, saj drugo in tretje uvrščena ponudba nista odstopali za več kot 10% vrednosti najnižje ponudbe. Naročnik je že v razpisni dokumentaciji (točka 15. Navodil ponudnikom za pripravo ponudbe) navedel, da bo naročilo oddal načeloma trem ponudnikom, vendar pod pogojem, da ponudbi drugo in tretje uvrščenega ponudnika ne bosta odstopali več kot 10% od najnižje ponudbe.

Tabela št. 10: Dolenjske lekarne, »Dobava zdravil«, za obdobje od 1. 6. 2008 do 31. 5. 2012 (sklenitev okvirnega sporazuma)

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	KEMOFARMACIJA d.d.	50.470.472,34 EUR z DDV	0,4108694
	SALUS d.d.	50.636.074,85 EUR z DDV	0,7403351
	HYGIA Novo Mesto d.d.	50.263.953,15 EUR z DDV	0
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Dolenjske lekarne⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ Dokument št. 306-45/2010-45 (priloge).

⁵⁷⁷ Dokument št. 306-45/2010-49 (priloge).

Oddaja ponudb dne 21. 5. 2008 (naročnik: Lekarna Ljubljana, predvideni rok za oddajo ponudb: 21. 5. 2008 do 8.30 ure, datum odpiranja ponudb: 21. 5. 2008 ob 9.20 uri)

8. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Ljubljana, izhaja, da sta dne 21. 5. 2008 podjetji Kemofarmacija (ob 7.33 uri) in Salus (ob 7.45 uri) oddali podobni ponudbi z minimalnimi odstopanji pri cenah oziroma njihovih vrednostih. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Ljubljana (glej zlasti točko 1. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da sta obe podjetji uspeli pridobiti naročilo, saj ponudba drugo uvrščenega podjetja ni odstopala za več kot 0,001% od vrednosti najnižje ponudbe.

Tabela št. 11: Lekarna Ljubljana, »Nakup zdravil in blaga za nadaljnjo prodajo«, za obdobje od 1. 6. 2008 do 31. 5. 2009

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	KEMOFARMACIJA d.d.	88.884.289,51 EUR brez DDV	0
	SALUS d.d.	88.885.053,51 EUR brez DDV	0,0008595
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Lekarna Ljubljana⁵⁷⁹

Oddaja ponudb dne 28. 1. 2009 in 29. 1. 2009 (naročnik: Zasavske lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 29. 1. 2009 do 12.00 ure, datum odpiranja ponudb: 29. 1. 2009 ob 12.00 uri)

9. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Zasavskih lekarn, izhaja, da so dne 28. 1. 2009 podjetji Salus (ob 7.20 uri) in Farmadent (10.30 uri) in dne 29. 1. 2009 podjetje Kemofarmacija (ob 9.00 uri) oddala ponudbe s povsem enako skupno vrednostjo. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Zasavskih lekarn (glej zlasti točko 5. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da je naročnik že v razpisni dokumentaciji (točka 2.15 Navodil ponudnikom), ki je ostala v veljavi tudi za predmetno naročilo, navedel, da bo v primeru, da bo več ponudnikov ponudilo enako najnižjo končno ceno posamezne vrste blaga, naročnik za te vrste blaga opravil žrebanje.

Tabela št. 12: Zasavske lekarne, »Nakup zdravil«, za obdobje od 1. 2. 2009 do 31. 1. 2010 (sklenitev kupoprodajne pogodbe)

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	KEMOFARMACIJA d.d.	10.731.352,88 EUR	0
	SALUS d.d.	10.731.352,88 EUR	0
	FARMADENT d.o.o.	10.731.352,88 EUR	0
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Zasavske lekarne⁵⁸⁰

Oddaja ponudb dne 19. 2. 2009 in 20. 2. 2009 (naročnik: Lekarna Velenje, predvideni rok za oddajo ponudb: 20. 2. 2009 do 9.00 ure, datum odpiranja ponudb: 20. 2. 2009 ob 10.00 uri)

10. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Velenje, izhaja, da so dne 19. 2. 2009 podjetje Salus (ob 9.45 uri) in dne 20. 2. 2009 podjetja

⁵⁷⁸ Dokument št. 306-45/2010-12.

⁵⁷⁹ Dokument št. 306-45/2010-10 (priloge, regulator 6.).

⁵⁸⁰ Dokument št. 306-45/2010-45 (priloge).

Kemofarmacija (ob 7.05 uri), Gopharm (ob 7.35 uri) in Farmadent (ob 7.45 uri) oddala ponudbe s povsem enako skupno vrednostjo. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Velenje (glej zlasti točko 7. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da je naročnik že v razpisni dokumentaciji (točka 2.15 Navodil ponudnikom), navedel, da bo v primeru, da bo več ponudnikov ponudilo enako najnižjo končno ceno posamezne vrste blaga, naročnik izvedel postopek s pogajanjem oziroma, če to ne bo uspešno, bo za te vrste blaga opravil žrebanje.

Tabela št. 13: Lekarna Velenje, »Nakup zdravil«, za obdobje od 1. 4. 2009 do 31. 3. 2013 (sklenitev okvirnega sporazuma)

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	SALUS d.d.	9.106.421,93 EUR z DDV	0
	KEMOFARMACIJA d.d.	9.106.421,93 EUR z DDV	
	GOPHARM d.o.o.	9.106.421,93 EUR z DDV	0
	FARMADENT d.o.o.	9.106.421,93 EUR z DDV	0
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Lekarna Velenje⁵⁸¹

Oddaja ponudb dne 5. 5. 2009 (naročnik: Lekarna Ljubljana, predvideni rok za oddajo ponudb: 5. 5. 2009 do 13.30 ure, datum odpiranja ponudb: 5. 5. 2009 ob 15.00 uri)

11. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Ljubljana, izhaja, da sta dne 5. 5. 2009 podjetji Kemofarmacija (ob 10.12 uri) in Salus (ob 8.55 uri) oddali podobni ponudbi z minimalnimi odstopanji pri cenah oziroma njihovih vrednostih. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Ljubljana (glej zlasti točko 2. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), sicer izhaja, da ni bilo naročilo oddano nobenemu izmed podjetij, ki sta oddali ponudbi, saj je bil postopek oddaje javnega naročila zaradi vloženega zahtevka za revizijo kasneje razveljavljen. Iz predmetne razpisne dokumentacije (str. 4) pa je razvidno, da je naročnik navedel, da bo načeloma izbral ponudbi dveh ponudnikov, vendar le v primeru, da ponudba drugo uvrščenega ponudnika ne bo odstopala od najnižje ponudbe za več kot 5%.

Tabela št. 14: Lekarna Ljubljana, »Nakup zdravil in blaga za nadaljnjo prodajo«/«Farmacevtski proizvodi«, za obdobje 48 mesecev od sklenitve okvirnega sporazuma

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	/	/	/
NEIZBRANI	SALUS d.d.	360.353.583,83 EUR z DDV	0
	KEMOFARMACIJA d.d.	360.381.182,23 EUR z DDV	0,0076587

Vir podatkov: Lekarna Ljubljana⁵⁸²

Oddaja ponudb dne 28. 9. 2009 (naročnik: Lekarna Ribnica, predvideni rok za oddajo ponudb: 28. 9. 2009 do 9.00 ure, datum odpiranja ponudb: 28. 9. 2009 ob 10.00 uri)

12. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Ribnica, izhaja, da sta dne 28. 9. 2009 podjetji Kemofarmacija (ob 8.45 uri) in Salus (ob 8.50 uri) oddali ponudbi s povsem enako skupno vrednostjo. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Ribnica (glej zlasti točko 12. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da je naročnik že v razpisni dokumentaciji (poglavje B –

⁵⁸¹ Dokument št. 306-45/2010-9 (priloge).

⁵⁸² Dokument št. 306-45/2010-10 (priloge, registrator 6.).

navodila, str. 9, t. 2.15) navedel, da bo v primeru, da bo več ponudnikov ponudilo enako najnižjo končno ceno posamezne vrste blaga, naročnik za te vrste blaga opravil pogajanja oziroma, če bo le-to neuspešno, žrebanje, pri čemer bo naročilo oddano tistemu ponudniku, ki bo izžreban prvi.

Tabela št. 15: Lekarna Ribnica, »Dobava zdravil«, za obdobje od 1. 11. 2009 do 31. 10. 2010 (sklenitev okvirnega sporazuma)

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	SALUS d.d.	2.117.926,96 EUR Z DDV	0
	KEMOFARMACIJA d.d.	2.117.926,96 EUR Z DDV	0
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Lekarna Ribnica⁵⁸³

Oddaja ponudb dne 17. 12. 2009 (naročnik: Lekarna Ljubljana, predvideni rok za oddajo ponudb: 17. 12. 2009 do 13.30 ure, datum odpiranja ponudb: 17. 12. 2009 ob 15.00 uri)

13. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Ljubljana, izhaja, da je dne 17. 12. 2009 oddalo ponudbo le podjetje Sanolabor (le za 2. sklop: medicinsko-tehnične pripomočke), drugih ponudb naročnik ni prejel. Iz predmetne razpisne dokumentacije (str. 5) je razvidno, da je naročnik navedel, da bo načeloma (za vsak sklop, torej tudi za nakup zdravil) izbral ponudbe treh ponudnikov, vendar le v primeru, da odstopanje med prvo in tretjo ponudbo ne bo več kot 5%.

Tabela št. 16: Lekarna Ljubljana, »Nakup zdravil, medicinsko-tehničnih pripomočkov in blaga za nadaljnjo prodajo«/«Farmacevtski proizvodi«, za obdobje 48 mesecev od sklenitve okvirnega sporazuma

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	/	/	/
NEIZBRANI	SANOLABOR d.d.	3.759.500,99 EUR z DDV	0

Vir podatkov: Lekarna Ljubljana⁵⁸⁴

Oddaja ponudb dne 28. 1. 2010 (naročnik: Zasavske lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 28. 1. 2010 do 12.00 ure, datum odpiranja ponudb: 28. 1. 2010 ob 12.00 uri)

14. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Zasavskih lekarn, izhaja, da so dne 28. 1. 2010 podjetja Kemofarmacija (ob 11.50 uri), Salus (ob 11.58 uri) in Farmadent (10.20 uri) oddala ponudbe s povsem enako skupno vrednostjo. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Zasavskih lekarn (glej zlasti točko 5. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da je naročnik že v razpisni dokumentaciji (točka 2.15 Navodil ponudnikom), ki je ostala v veljavi tudi za predmetno naročilo, navedel, da bo v primeru, da bo več ponudnikov ponudilo enako najnižjo končno ceno posamezne vrste blaga, naročnik za te vrste blaga opravil žrebanje.

Tabela št. 17: Zasavske lekarne, »Nakup zdravil«, za obdobje od 1. 2. 2010 do 31. 1. 2011 (sklenitev kupoprodajne pogodbe)

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	KEMOFARMACIJA d.d.	11.020.039,74 EUR	0

⁵⁸³ Dokument št. 306-45/2010-119 (priloge).

⁵⁸⁴ Dokument št. 306-45/2010-10 (priloge, registrator 7.).

	SALUS d.d.	11.020.039,74 EUR	0
	FARMADENT d.o.o.	11.020.039,74 EUR	0
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Zasavske lekarne⁵⁸⁵

Oddaja ponudb dne 5. 3. 2010 (naročnik: Lekarna Velenje, predvideni rok za oddajo ponudb: 5. 3. 2010 do 12.00 ure, datum odpiranja ponudb: 5. 3. 2010 ob 12.30 uri)

15. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Velenje, izhaja, da so dne 5. 3. 2010 podjetja Kemofarmacija (ob 8.00 uri), Gopharm (ob 9.00 uri), Farmadent (ob 9.00 uri) in Salus (ob 9.10 uri) oddala ponudbe s povsem enako skupno vrednostjo ponudb. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Velenje (glej zlasti točko 7. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da je naročnik že v razpisni dokumentaciji (točka 2.15 Navodil ponudnikom), navedel, da bo v primeru, da bo več ponudnikov ponudilo enako najnižjo končno ceno posamezne vrste blaga, naročnik izvedel postopek s pogajanjem oziroma, če to ne bo uspešno, bo za te vrste blaga opravil žrebanje.

Tabela št. 18: Lekarna Velenje, »Nakup zdravil«, za obdobje od 1. 4. 2010 do 31. 3. 2011 (sklenitev kupoprodajne pogodbe)

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	KEMOFARMACIJA d.d.	9.873.792,02 EUR z DDV	0
	GOPHARM d.o.o.	9.873.792,02 EUR z DDV	0
	FARMADENT d.o.o.	9.873.792,02 EUR z DDV	0
	SALUS d.d.	9.873.792,02 EUR z DDV	0
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Lekarna Velenje⁵⁸⁶

Oddaja ponudb dne 10. 3. 2010 in 11. 3. 2010 (naročnik: Mestne lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 11. 3. 2010 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 11. 3. 2010 ob 10.30 uri)

16. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Mestnih lekarn, izhaja, da sta dne 10. 3. 2010 podjetje Salus (ob 11.55 uri) in dne 11. 3. 2010 podjetje Kemofarmacija (ob 8.00 uri) oddali ponudbi s povsem enako skupno vrednostjo ponudb. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Mestnih lekarn (glej zlasti točko 11. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da je naročnik že v povabilu k oddaji ponudb, navedel, da bo izvedel pogajanja z obema ponudnikoma, katerima je predhodno priznal sposobnost za izvedbo predmetnega javnega naročila.

Tabela št. 19: Mestne lekarne, »Dobava zdravil«, za obdobje od 1. 3. 2010 do 1. 3. 2011 (sklenitev aneksa k okvirnemu sporazumu)

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	SALUS d.d.	12.688.454,05 EUR brez DDV	0
	KEMOFARMACIJA d.d.	12.688.454,05 EUR brez DDV	0
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Mestne lekarne⁵⁸⁷

⁵⁸⁵ Dokument št. 306-45/2010-45 (priloge).

⁵⁸⁶ Dokument št. 306-45/2010-9 (priloge).

Oddaja ponudb dne 10. 5. 2010 (naročnik: Lekarna Ljubljana, predvideni rok za oddajo ponudb: 11. 5. 2010 do 13.30 ure, datum odpiranja ponudb: 11. 5. 2010 ob 15.00 uri)

17. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Ljubljana, izhaja, da je dne 10. 5. 2010 oddalo ponudbo le podjetje Sanolabor (le za 2. sklop: medicinsko-tehnične pripomočke), drugih ponudb naročnik ni prejel. Iz predmetne razpisne dokumentacije (str. 4) je razvidno, da je naročnik navedel, da bo načeloma (za vsak sklop, torej tudi za nakup zdravil) izbral ponudbe treh ponudnikov, vendar le v primeru, da odstopanje med prvo in tretjo ponudbo ne bo več kot 5%.

Tabela št. 20: Lekarna Ljubljana, »Nakup zdravil, medicinsko-tehničnih pripomočkov in blaga za nadaljnjo prodajo«/«Farmacevtski proizvodi«, za obdobje 48 mesecev od sklenitve okvirnega sporazuma

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	/	/	/
NEIZBRANI	SANOLABOR d.d.	3.553.990,59 EUR z DDV	0

Vir podatkov: Lekarna Ljubljana⁵⁸⁸

Oddaja ponudb dne 21. 10. 2010 (naročnik: Lekarna Ribnica, predvideni rok za oddajo ponudb: 21. 10. 2010 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 21. 10. 2010 ob 10.00 uri)

18. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Ribnica, izhaja, da sta dne 21. 10. 2010 podjetji Salus (ob 09.05 uri) in Kemofarmacija (ob 09.20 uri) in oddali ponudbi s povsem enako skupno vrednostjo. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Ribnica (glej zlasti točko 12. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da je naročnik že v razpisni dokumentaciji (poglavje B – navodila, str. 9, t. 2.15) navedel, da bo v primeru, da bo več ponudnikov ponudilo enako najnižjo končno ceno posamezne vrste blaga, naročnik za te vrste blaga opravil pogajanja oz., če bo le-to neuspešno, žrebanje, pri čemer bo naročilo oddano tistemu ponudniku, ki bo izžreban prvi.

Tabela št. 21: Lekarna Ribnica, »dobava zdravil«, za obdobje od 1. 11. 2010 do 31. 10. 2011 (sklenitev kupoprodajne pogodbe)

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	SALUS d.d.	2.451.978,17 EUR Z DDV	0
	KEMOFARMACIJA d.d.	2.451.978,17 EUR Z DDV	0
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Lekarna Ribnica⁵⁸⁹

Oddaja ponudb dne 24. 1. 2011 in 25. 1. 2011 (naročnik: Zasavske lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 25. 1. 2011 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 25. 1. 2011 ob 10.00 uri)

19. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Zasavskih lekarn, izhaja, da je dne 24. 1. 2011 podjetje Kemofarmacija (ob 13.15 uri) ter dne 25. 1. 2011 podjetji Salus (ob 7.35 uri) in Farmadent (9.45 uri) oddala podobne ponudbe z minimalnimi odstopanji pri cenah oziroma njihovih vrednostih. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Zasavskih lekarn (glej zlasti točko 5. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da je naročnik že v razpisni

⁵⁸⁷ Dokument št. 306-45/2010-39 (priloge).

⁵⁸⁸ Dokument št. 306-45/2010-10 (priloge, regulator 7.).

⁵⁸⁹ Dokument št. 306-45/2010-119 (priloge).

dokumentaciji (točka 2.15 Navodil ponudnikom), ki je ostala v veljavi tudi za predmetno naročilo, navedel, da bo v primeru, da bo več ponudnikov ponudilo enako najnižjo končno ceno posamezne vrste blaga, naročnik za te vrste blaga opravil žrebanje.

Tabela št. 22: Zasavske lekarne, »Nakup zdravil«, za obdobje od 1. 2. 2011 do 31. 1. 2012 (sklenitev kupoprodajne pogodbe)

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	FARMADENT d.o.o.	11.247.757,28 EUR	0
	KEMOFARMACIJA d.d.	11.247.768,47 EUR	0,0000995
	SALUS d.d.	11.247.764,45 EUR	0,0000637
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Zasavske lekarne⁵⁹⁰

Oddaja ponudb dne 8. 3. 2011 in 11. 3. 2011 (naročnik: Lekarna Velenje, predvideni rok za oddajo ponudb: 11. 3. 2011 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 11. 3. 2011 ob 12.00 uri)

20. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Velenje, izhaja, da je dne 8. 3. 2011 podjetje Kemofarmacija (ob 9.10 uri) ter da so dne 11. 3. 2011 podjetja Salus (ob 8.45 uri), Farmadent (9.30 uri) in Gopharm (9.45 uri) oddala podobne ponudbe z minimalnimi odstopanji pri cenah oziroma njihovih vrednostih. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Velenje (glej zlasti točko 7. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da je naročnik že v razpisni dokumentaciji (točka 2.15 Navodil ponudnikom), navedel, da bo v primeru, da bo več ponudnikov ponudilo enako najnižjo končno ceno posamezne vrste blaga, naročnik izvedel postopek s pogajanjem oziroma, če to ne bo uspešno, bo za te vrste blaga opravil žrebanje.

Tabela št. 23: Lekarne Velenje, »Nakup zdravil«, za obdobje od 1. 4. 2011 do 31. 3. 2012 (sklenitev kupoprodajne pogodbe)

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	KEMOFARMACIJA d.d.	9.900.397,77 v EUR v DDV	0,0143981
	GOPHARM d.o.o.	9.899.448,51 v EUR z DDV	0,0048086
	FARMADENT d.o.o.	9.899.448,51 v EUR z DDV	0,0048086
	SALUS d.d.	9.898.972,51 v EUR z DDV	0
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Lekarna Velenje⁵⁹¹

Oddaja ponudb dne 17. 5. 2011 (naročnik: Mestne lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 17. 5. 2011 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 17. 5. 2011 ob 11.00 uri)

21. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Mestnih lekarn, izhaja, da sta dne 17. 5. 2011 podjetji Salus in Kemofarmacija pravočasno oddali ponudbi z minimalnimi odstopanji pri cenah oziroma njihovih vrednostih, ki so bile kasneje popravljene na povsem enako skupno vrednost ponudb. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Mestnih lekarn (glej zlasti točko 11. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da je naročnik že v povabilu k oddaji ponudb, navedel, da bo izvedel pogajanja z obema ponudnikoma, katerima je predhodno priznal sposobnost za izvedbo predmetnega javnega naročila.

⁵⁹⁰ Dokument št. 306-45/2010-116 (priloge).

⁵⁹¹ Dokument št. 306-45/2010-84 (priloge).

Tabela št. 24: Mestne lekarne, »Dobava zdravil«, za obdobje od 1. 3. 2011 do 28. 2. 2012 (sklenitev aneksa k okvirnemu sporazumu)

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	SALUS d.d.	9.169.934,61 EUR brez DDV	0
	KEMOFARMACIJA d.d.	9.169.934,61 EUR brez DDV	0
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Mestne lekarne⁵⁹²

Oddaja ponudb dne 5. 10. 2011 in 6. 10. 2011 (naročnik: Lekarna Ribnica, predvideni rok za oddajo ponudb: 6. 10. 2011 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 6. 10. 2011 ob 10.00 uri)

22. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Ribnica, izhaja, da sta podjetji Kemofarmacija (dne 5. 10. 2011 ob 9.00 uri) in Salus (dne 6. 10. 2011 ob 9.50 uri) oddali podobni ponudbi z minimalnimi odstopanji pri cenah oziroma njihovih vrednostih. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Ribnica (glej zlasti točko 12. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da je naročnik že v razpisni dokumentaciji (poglavje B – navodila, str. 9, t. 2.15) navedel, da bo v primeru, da bo več ponudnikov ponudilo enako najnižjo končno ceno posamezne vrste blaga, naročnik za te vrste blaga opravil pogajanja oz., če bo le-to neuspešno, žrebanje, pri čemer bo naročilo oddano tistemu ponudniku, ki bo izžreban prvi.

Tabela št. 25: Lekarna Ribnica, »dobava zdravil«, za obdobje od 1. 11. 2011 do 31. 10. 2012 (sklenitev kupoprodajne pogodbe)

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	SALUS d.d.	2.261.648,49 EUR Z DDV	0,0076795
	KEMOFARMACIJA d.d.	2.261.474,82 EUR Z DDV	0
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Lekarna Ribnica⁵⁹³

Oddaja ponudb dne 14. 3. 2012 (naročnik: Lekarna Velenje, predvideni rok za oddajo ponudb: 14. 3. 2012 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 14. 3. 2012 ob 12.00 uri)

23. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Velenje, izhaja, da so dne 14. 3. 2012 podjetja Farmadent (8.05 uri), Kemofarmacija (ob 8.05 uri), Gopharm (8.45 uri) ter Salus (9.20 uri) oddala podobne ponudbe z minimalnimi odstopanji pri cenah oziroma njihovih vrednostih. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Lekarne Velenje (glej zlasti točko 7. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da je naročnik že v razpisni dokumentaciji (točka 2.15 Navodil ponudnikom), navedel, da bo v primeru, da bo več ponudnikov ponudilo enako najnižjo končno ceno posamezne vrste blaga, naročnik izvedel postopek s pogajanjem oziroma, če to ne bo uspešno, bo za te vrste blaga opravil žrebanje.

Tabela št. 26: Lekarne Velenje, »Nakup zdravil«, za obdobje od 1. 4. 2012 do 31. 3. 2013 (sklenitev kupoprodajne pogodbe)

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	KEMOFARMACIJA d.d.	9.031.034,09 EUR z DDV	0,5656944

⁵⁹² Dokument št. 306-45/2010-98 (priloge).

⁵⁹³ Dokument št. 306-45/2010-119 (priloge).

	GOPHARM d.o.o.	9.035.638,97 EUR z DDV	0,6169724
	FARMADENT d.o.o.	9.035.743,15 EUR z DDV	0,6181325
	SALUS d.d.	8.980.233,41 EUR z DDV	0
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Lekarna Velenje⁵⁹⁴

Oddaja ponudb dne 26. 3. 2012 (naročnik: Gorenjske lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 26. 3. 2012 do 12.00 ure, datum odpiranja ponudb: 26. 3. 2012 ob 13.00 uri)

24. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Gorenjskih Lekarn izhaja, da je podjetje Kemofarmacija (dne 26. 3. 2012 ob 8.01 uri) oddalo ponudbo, v kateri je ponudilo za obdobje od 1. 1. 2012 do 31. 12. 2012 0,47% popust za dobavo zdravil na doseženo letno realizacijo, ter da je podjetje Salus (dne 26. 3. 2012 ob 7.45 uri) oddalo ponudbo, v kateri je ponudilo za obdobje od 1. 1. 2012 do 31. 12. 2012 0,62% popust za dobavo zdravil na doseženo letno realizacijo. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Gorenjskih Lekarn (glej zlasti točko 13. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da je naročnik v razpisni dokumentaciji navedel, da bo naročnik oddal 60% javnega naročila ponudniku, ki bo ponudil najvišji popust, ostalim pa ustrezno manj.

Tabela št. 27: Gorenjske lekarne, »Nabava zdravil«, za obdobje od 1. 1. 2012 do 31. 12. 2012 (sklenitev okvirnega sporazuma)

Izid JN	Oddane ponudbe	Višina popusta	odstopanje od najugodnejše ponudbe (v odstotnih točkah)
NEIZBRANI	SALUS d.d.	0,62 %	0,15
	KEMOFARMACIJA d.d.	0,47 %	0
IZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Gorenjske Lekarne⁵⁹⁵

Oddaja ponudb dne 24. 4. 2012 (naročnik: Mestne lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 24. 4. 2012 do 10.00 ure, datum odpiranja ponudb: 24. 4. 2012 ob 11.00 uri)

25. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Mestnih lekarn, izhaja, da sta dne 24. 4. 2012 podjetji Salus in Kemofarmacija pravočasno oddali ponudbi z minimalnimi odstopanji pri cenah oziroma njihovih vrednostih, ki so bile kasneje popravljene na povsem enako skupno vrednost ponudb. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Mestnih lekarn (glej zlasti točko 11. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da je naročnik že v povabilu k oddaji ponudb, navedel, da bo izvedel pogajanja z obema ponudnikoma, katerima je predhodno priznal sposobnost za izvedbo predmetnega javnega naročila.

Tabela št. 28: Mestne lekarne, »Dobava zdravil«, za obdobje od 1. 3. 2012 do 28. 2. 2013 (sklenitev aneksa k okvirnemu sporazumu)

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	SALUS d.d.	7.263.382,86 EUR brez DDV	0
	KEMOFARMACIJA d.d.	7.263.382,86 EUR brez DDV	0
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Mestne lekarne⁵⁹⁶

⁵⁹⁴ Dokument št. 306-45/2010-84 (priloge).

⁵⁹⁵ Dokument št. 306-45/2010-99 (priloge).

Oddaja ponudb dne 5. 7. 2012 (naročnik: Zasavske lekarne, predvideni rok za oddajo ponudb: 6. 7. 2012 do 8.00 ure, datum odpiranja ponudb: 6. 7. 2012 ob 8.15 uri)

26. Iz spodaj predstavljene tabele in podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Zasavskih lekarn, izhaja, da so dne 5. 7. 2012 podjetja Salus (ob 7.25 uri), Kemofarmacija (ob 12.20 uri), in Farmadent (14.20 uri) oddali ponudbe z različnimi vrednostmi, za katere pa je bilo kasneje ugotovljeno, da je šlo za računske napake, ki so bile odpravljene, tako, da je bilo mogoče ugotoviti, da so ponudniki oddali ponudbe s povsem enako skupno vrednostjo ponudb glede cen zdravil. Iz ponudb tudi izhaja, da so vsi ponudniki ponudili enak odzivni čas (6 ur), ki je bil poleg cene merilo za oddajo ponudb. Iz podatkov, ki jih je Agencija pridobila od Zasavskih lekarn (glej zlasti točko 6. Priloge 4: Javna naročila za nabavo zdravil v javnih lekarniških zavodih), izhaja, da je naročnik že v razpisni dokumentaciji (str. 11, točka 8) navedel, da bo okvirni sporazum sklenil z največ 3 ponudniki, ki so pozvani k oddaji ponudbe in ki bodo najugodnejši glede na ceno in čas dobave (odzivnost).

Tabela št. 29: Zasavske lekarne, »Nakup zdravil«, za obdobje od 1. 9. 2012 do 31. 8. 2016 (sklenitev okvirnega sporazuma)

Izid JN	Oddane ponudbe	Skupna vrednost ponudbe	% odstopanja od najugodnejše ponudbe
IZBRANI	SALUS d.d.	8.578.180,99 EUR	0
	KEMOFARMACIJA d.d.	8.578.180,99 EUR	0
	FARMADENT d.o.o.	8.578.180,99 EUR	0
NEIZBRANI	/	/	/

Vir podatkov: Zasavske lekarne⁵⁹⁷

⁵⁹⁶ Dokument št. 306-45/2010-98 (priloge).

⁵⁹⁷ Dokument št. 306-45/2010-116 (priloge).

PRILOGA 6: Sporazumi o delitvi javnih naročil za dobavo zdravil

1. Iz dokumentacije, ki jo je Agencija pridobila od naročnikov (javnih lekarniških zavodov) na podlagi zahtev za posredovanje podatkov, izhaja, da so se podjetja, naslovniki odločbe, dogovarjala oziroma sporazumevala o razdelitvi posameznih javnih naročil za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom. Navedeno izhaja zlasti iz zapisnikov, ki so bili sestavljeni in podpisani na sestankih pri naročnikih Zasavske lekarne, Lekarna Velenje in Lekarna Ribnica, na katere so jih vabili naročniki zaradi izvedbe postopka žrebanja ali pogajanj, da bi naročnik izbral najugodnejšega ponudnika oziroma ponudnike, saj je naročnik prejel ponudbe z enakimi vrednostmi, kar mu ni omogočalo izbire in dodelitve/razdelitve naročila na podlagi postavljenega merila najnižja cena.

1. Zasavske Lekarne

Sporazum 29. 1. 2008

2. Agencija je na podlagi zahteve za posredovanje podatkov od Zasavskih lekarn pridobila dokument »**ZAPISNIK z dne 29. 1. 2008 z udeležbe pri postopku žrebanja za vrste blaga, za katerega so ponudniki ponudili enake cene javnega razpisa za dobavo ZDRAVIL [...]**«⁵⁹⁸ (v odločbi poimenovan: »**Zapisnik z dne 29. 1. 2008**«), podpisan s strani predstavnice naročnika, članice strokovne komisije za izvedbo postopka javnega naročila za zdravila, in predstavnikov podjetij Salus, Pharmakon, Farmadent in Kemofarmacija. Iz vsebine navedenega dokumenta izhaja, da so po predstavitvi postopka žrebanja predstavniki podjetij oziroma »odgovorne osebe ponudnikov sporazumno predlagale, da se izbor količin blaga, ki jih bo zagotavljal posamezni ponudnik izvede tako, da se izberejo posamezne količine blaga po vrstah oz. skupinah posamezne veledrogerije (za katere je le ta bolj specializirana), ki v skupnem predstavlja 100% količino vseh razpisanih vrst blaga kot navaja določba 2.2 navodil. Po temeljiti razpravi o navedenem predlogu so vsi prisotni ugotovili, da ta predlog zagotavlja večjo verjetnost za nemoteno dobavo vsega razpisanega blaga pri naročniku in hkrati zagotavlja najnižje ponujene cene skladno z izvedenim postopkom JN.« Iz navedenega dokumenta je tudi razvidno, da so udeleženci sestanka nato tudi opravili postopek določitve količin in vrste razpisanega blaga po izbranih ponudnikih skladno z »opisanim predlogom ponudnikov« ter »specifikacije izbranega blaga po ponudnikih« priložili k zapisniku. Iz zapisnika izhaja, da je bilo na navedenem sestanku tudi dogovorjeno, da istega dne sklene naročnik z vsemi štirimi ponudniki okvirni sporazum za obdobje 4 let (glej naslednjo točko odločbe) in da bodo vsako leto navedenega obdobja veljavnosti okvirnega sporazuma sklenili kupoprodajno pogodbo za dobo enega leta, pri čemer je bilo dogovorjeno, da se kupoprodajna pogodba za prvo obdobje, to je od 1. 2. 2008 do 31. 1. 2009, sklene dne 11. 2. 2008.
3. Nadalje je Agencija tudi na podlagi zahteve za posredovanje podatkov od Zasavskih lekarn pridobil dokument »**Okvirni sporazum, sklenjen med: Zasavske lekarne Trbovlje [...] in gospodarskimi subjekti: 1. Salus d.d. [...] 2. Pharmakon d.d. [...] 3. Farmadent d.o.o. [...] 4. Kemofarmacija d.d. [...]**«⁵⁹⁹ (v nadaljevanju poimenovan: »**Okvirni sporazum z dne 29. 1. 2008**«), sklenjen dne 29. 1. 2008 v Trbovljah in podpisan s strani [REDACTED] naročnika in predstavnikov podjetij Salus, Pharmakon, Farmadent in Kemofarmacija. Iz vsebine navedenega sporazuma izhaja, da so bile predmet sporazuma stalne nabave zdravil, ki jih naročnik po obsegu in času ne more vnaprej določiti, ter da so vrste blaga, za katerega je s posameznimi strankami sklenjen sporazum, opredeljene v Seznamu blaga, ki je sestavni del navedenega sporazuma (4. člen Okvirnega sporazuma z dne 29. 1. 2008). Stranke sporazuma so se med drugim dogovorile, da bo naročnik posamezne vrste blaga, ki jih bo potreboval v okviru posameznega obdobja, kupoval od izbranega ponudnika na podlagi sklenjene kupoprodajne pogodbe ter izstavljenih naročilnic. Vsebina sklenjenega sporazuma je v pretežnem delu enaka vsebini okvirnega sporazuma, ki je bil na obrazcu »OBR-5« del razpisne dokumentacije za predmetno javno naročilo.

⁵⁹⁸ Dokument št. 306-45/2010-45 (priloge).

⁵⁹⁹ Dokument št. 306-45/2010-45 (priloge).

Sporazum 9. 2. 2009

4. Agencija je na podlagi zahteve za posredovanje podatkov od Zasavskih lekarn pridobila dokument »**ZAPISNIK z dne 9. 2. 2009 z udeležbe pri postopku žrebanja za vrste blaga, za katerega so ponudniki ponudili enake cene javnega razpisa za dobavo ZDRAVIL [...]**«⁶⁰⁰ (v odločbi poimenovan: »**Zapisnik z dne 9. 2. 2009**«), podpisan s strani predstavnice naročnika in predstavnikov podjetij Salus, Farmadent in Kemofarmacija. Iz vsebine navedenega dokumenta izhaja, da so »odgovorne osebe ponudnikov sporazumno predlagale, da se izbor količin blaga, ki jih bo zagotavljal posamezni ponudnik izvede tako, da se izberejo posamezne količine blaga po vrstah oz. skupinah posamezne veleprodajne (za katere je le ta bolj specializirana), ki v skupnem predstavlja 100% količino vseh razpisanih vrst blaga kot navaja določba 2.2 navodil. Po temeljiti razpravi o navedenem predlogu so vsi prisotni ugotovili, da ta predlog zagotavlja večjo verjetnost za nemoteno dobavo vsega razpisanega blaga naročniku in hkrati zagotavlja najnižje ponujene cene skladno z izvedenim postopkom JN.« Iz navedenega dokumenta je tudi razvidno, da so udeleženci sestanka nato tudi opravili postopek določitve količin in vrste razpisanega blaga po izbranih ponudnikih skladno z »opisanim predlogom ponudnikov« ter »specifikacije izbranega blaga po ponudnikih« priložili k zapisniku. Iz zapisnika izhaja, da je bilo na navedenem sestanku tudi dogovorjeno, da se kupoprodajna pogodba za drugo obdobje, to je od 1. 2. 2009 do 31. 1. 2010, sklene dne 19. 2. 2009.

Sporazum 4. 2. 2010

5. Agencija je na podlagi zahteve za posredovanje podatkov od Zasavskih lekarn pridobila dokument »**ZAPISNIK z dne 4. 2. 2010 z udeležbe pri postopku žrebanja za vrste blaga, za katerega so ponudniki ponudili enake cene javnega razpisa za dobavo ZDRAVIL [...]**«⁶⁰¹ (v odločbi poimenovan: »**Zapisnik z dne 4. 2. 2010**«), podpisan s strani predstavnice naročnika in predstavnikov podjetij Salus, Farmadent in Kemofarmacija. Iz vsebine navedenega dokumenta izhaja, da je ██████████ Zasavskih lekarn poudarila, da bo izveden postopek s pogajanjem med ponudniki. Zapisano je, da je ██████████ Zasavskih lekarn začela pogajanja in da je predlagala »*izhodišča za pogajanja: to so strukturni deleži letnih dobav dobavljenih količin zdravil posameznih ponudnikov. Izhodišče za določitev teh strukturnih deležev so bili realizirani strukturni deleži dobav zdravil Zasavskim lekarnam Trbovlje v letu 2009. Navedeni strukturni deleži so bili:*

1. FARMADENT [...] – █████%
2. KEMOFARMACIJA [...] – █████%
3. SALUS [...] – █████%

Za tem je podala naveden predlog v razpravo. Po krajši razpravi je bilo doseženo enotno soglasje vseh treh ponudnikov, ki so izrazili strinjanje z zgoraj navedenimi deleži. Na podlagi doseženega soglasja s ponudniki so bile določene kupoprodajne pogodbe v strukturnih deležih in vrednostih dobav zdravil (z vključenim DDV) v obdobju od 1. 2. 2010 do 31. 1. 2011 na osnovi predloženih ponudb ponudnikov in sicer:

Ponudnik	Delež	Pogodbena vrednost z DDV v EUR
FARMADENT [...]	█████%	██████████
KEMOFARMACIJA [...]	█████%	██████████
SALUS [...]	█████%	██████████
SKUPAJ	100%	11.020.039,74

Navedene vrednosti po posameznih ponudnikih so osnova za določitev vrednosti zdravil, ki bodo dobavljene v obdobju od 1. 2. 2010 do 31. 1. 2011 na osnovi kupoprodajne pogodbe. Vsi prisotni so se dogovorili, da bo sklepanje kupoprodajnih pogodb za zgoraj navedene vrednosti zdravil z vsemi ponudniki 12. 2. 2010 ob 12. uri v pisarni ██████████

⁶⁰⁰ Dokument št. 306-45/2010-45 (priloge).

⁶⁰¹ Dokument št. 306-45/2010-45 (priloge).

Zasavskih lekarn Trbovlje [...]».

Sporazum 1. 2. 2011

6. Agencija je na podlagi zahteve za posredovanje podatkov od Zasavskih lekarn pridobila dokument »**ZAPISNIK z dne 1. 2. 2011 z udeležbe pri postopku žrebanja za vrste blaga, za katerega so ponudniki ponudili enake cene javnega razpisa za dobavo ZDRAVIL [...]**«⁶⁰² (v odločbi poimenovan: »**Zapisnik z dne 1. 2. 2011**«), podpisan s strani predstavnice naročnika in predstavnikov podjetij Salus, Farmadent in Kemofarmacija. Iz vsebine navedenega dokumenta izhaja, da je predsednica strokovne komisije za izvedbo postopka predmetnega javnega naročila poudarila, da bo izveden postopek s pogajanjem oziroma žrebanja med ponudniki, ki so za posamezne vrste blaga ponudili enako ceno. Najprej so obravnavali ponujene artikle, za katere so ponudniki ponudili različne cene (4 artikli), glede katerih je naročnik sporočil ponudnikom, da mu morajo dostaviti do 4. 2. 2011 uradno potrjitev cen za te 4 artikle, za ostale artikle (vseh skupaj je bilo 1.670 artiklov) po seznamu je bilo navedeno, da se opravi žrebanje oziroma pogajanja. Zapisano je, da je [redacted] naročnika začela pogajanja in da je predlagala »*izhodišča za pogajanja: to so strukturalni deleži letnih dobav dobavljenih količin zdravil posameznih ponudnikov. Izhodišče za določitev teh strukturalnih deležev so bili realizirani strukturalni deleži dobav zdravil Zasavskim lekarnam Trbovlje v letu 2010. Navedeni predlagani strukturalni deleži so bili:*

1. FARMADENT [...] – [redacted]%
2. KEMOFARMACIJA [...] – [redacted]%
3. SALUS [...] – [redacted]%

Za tem je podala naveden predlog v razpravo. Po krajši razpravi je bilo doseženo enotno soglasje vseh ponudnikov, ki so izrazili strinjanje z zgoraj navedenimi deleži. Na podlagi doseženega soglasja s ponudniki so bile določene kupoprodajne pogodbe v strukturalnih deležih in vrednostih dobav zdravil (z vključenim DDV) za vsakega ponudnika v obdobju od 1. 2. 2011 do 31. 1. 2012 na osnovi predloženih ponudb ponudnikov in sicer:

Ponudnik	[redacted]	Pogodbena vrednost z DDV v EUR
FARMADENT [...]	12%	[redacted]
KEMOFARMACIJA [...]	[redacted]%	[redacted]
SALUS [...]	[redacted]%	[redacted]
SKUPAJ	100%	11.228.813,51

Navedene vrednosti po posameznih ponudnikih, z naknadno dodanimi štirimi artikli, so osnova za določitev vrednosti zdravil, ki bodo dobavljene v obdobju od 1. 2. 2011 do 31. 1. 2012 na osnovi kupoprodajne pogodbe. Vsi prisotni so se dogovorili, da bo sklepanje kupoprodajnih pogodb za zgoraj navedene vrednosti zdravil z vsemi ponudniki 11. 2. 2011 ob 12. uri v pisarni [redacted] naročnika [...]».

Iz navedenega zapisnika je nadalje razvidno, da se bo kupoprodajna pogodba začela uporabljati z dnem podpisa pogodbenih strank.

2. Lekarna Velenje

Sporazum 13. 3. 2009

7. Agencija je na podlagi zahteve za posredovanje podatkov od Lekarne Velenje pridobila dokument »**ZAPISNIK z dne 13. 3. 2009 z izvedbe postopka pogajanj s ponudniki, ki so ponudili enake cene na javnem naročilu [...]** za nakup zdravil [...]«⁶⁰³ (v odločbi poimenovan: »**Zapisnik z dne 13. 3. 2009**«), podpisan s strani predstavnice naročnika, članice strokovne komisije za izvedbo postopka javnega naročila za zdravila, in predstavnikov podjetij Salus, Kemofarmacija, Gopharm in Farmadent. Iz vsebine

⁶⁰² Dokument št. 306-45/2010-116 (priloge).

⁶⁰³ Dokument št. 306-45/2010-9 (priloge).

navedenega dokumenta izhaja, da je predsednica strokovne komisije za izvedbo postopka predmetnega javnega naročila poudarila, da bo izveden postopek s pogajanjem med ponudniki, ki so za posamezne vrste blaga ponudili enako ceno. V primeru neuspešnega pogajanja je bila predvidena izvedba postopka žrebanja. Zapisano je, da je ██████████ Lekarne Velenje začela pogajanja in da je predlagala »*izhodišča za pogajanja: to so strukturni deleži letnih dobav dobavljenih količin zdravil posameznih ponudnikov. Izhodišče za določitev teh strukturnih deležev so bili realizirani strukturni deleži dobav zdravil Lekarni Velenje v letu 2008. Navedeni predlagani strukturni deleži so:*

- SALUS [...] – ██████%
- KEMOFARMACIJA [...] – ██████%
- GOPHARM [...] – ██████%
- FARMADENT [...] – ██████%

Za tem je podala naveden predlog v razpravo. Po krajši razpravi je bilo doseženo enotno soglasje vseh ponudnikov, ki so izrazili strinjanje z zgoraj navedenimi strukturnimi deleži. Na podlagi doseženega soglasja s ponudniki so bile izpogajane pogodbene vrednosti dobav zdravil (z vključenim DDV) v obdobju od 1. 4. 2009 do 31. 3. 2010 na osnovi predloženih ponudb ponudnikov in sicer:

Ponudnik	Delež	Pogodbena vrednost z DDV v EUR
SALUS [...]	█████%	████████████████████
KEMOFARMACIJA [...]	█████%	████████████████████
GOPHARM [...]	█████%	████████████████████
FARMADENT [...]	█████%	████████████████████
SKUPAJ	100%	9.106.421,93

Navedene vrednosti po posameznih ponudnikih so osnova za določitev vrednosti zdravil, ki bodo dobavljene v obdobju od 1. 4. 2009 do 31. 3. 2010 na osnovi kupoprodajne pogodbe. Vsi prisotni so se dogovorili, da bo sklepanje kupoprodajnih pogodb za zgoraj navedene vrednosti zdravil z vsemi ponudniki 20. 3. 2009 ob 12.00 uri v sejni sobi Lekarne Velenje [...].« Iz navedenega zapisnika je nadalje razvidno, da je izvedenemu postopku pogajanj sledil podpis okvirnega sporazuma (glej naslednjo točko PRD), ki »predstavlja skupen dokument za vse štiri izbrane ponudnike s trajanjem v obdobju štirih let in sicer od 1. 4. 2009 do 31. 3. 2013.«

8. Nadalje je Agencija tudi na podlagi zahteve za posredovanje podatkov od Velenjske lekarne pridobila dokument »**Okvirni sporazum št. 1/2009, sklenjen med: Lekarna Velenje [...] in gospodarskimi subjekti: 1. Salus d.d. [...] 2. Kemofarmacija d.d. [...] 3. Gopharm d.d. [...] 4. Farmadent d.o.o. [...]**«⁶⁰⁴ (v nadaljevanju poimenovan: »**Okvirni sporazum z dne 13. 3. 2009**«), sklenjen dne 13. 3. 2009 v Velenju in podpisan s strani ██████████ naročnika in predstavnikov podjetij Salus, Kemofarmacija, Gopharm in, Farmadent. Iz vsebine navedenega sporazuma izhaja, da so bile predmet sporazuma stalne nabave zdravil, ki jih naročnik po obsegu in času ne more vnaprej določiti, ter da so vrste blaga, za katerega je s posameznimi strankami sklenjen sporazum, opredeljene v Seznamu blaga, ki je sestavni del navedenega sporazuma (4. člen Okvirnega sporazuma z dne 13. 3. 2009). Stranke sporazuma so se med drugim dogovorile, da bo naročnik posamezne vrste blaga, ki jih bo potreboval v okviru posameznega obdobja, kupoval od izbranega ponudnika na podlagi sklenjene kupoprodajne pogodbe ter izstavljenih naročilnic (7. člen Okvirnega sporazuma z dne 13. 3. 2009). Vsebinska sklenjenega sporazuma je v pretežnem delu enaka vsebini okvirnega sporazuma, ki je bil na obrazcu »OBR-5« del razpisne dokumentacije za predmetno javno naročilo.

Sporazum 19. 3. 2010

9. Agencija je na podlagi zahteve za posredovanje podatkov od Lekarne Velenje pridobila

⁶⁰⁴ Dokument št. 306-45/2010-9 (priloge).

dokument »**ZAPISNIK z dne 19. 3. 2010 z izvedbe postopka pogajanj s ponudniki, ki so ponudili enake cene javnega razpisa za dobavo ZDRAVIL [...]**«⁶⁰⁵ (v odločbi poimenovan: »**Zapisnik z dne 19. 3. 2010**«), podpisan s strani predstavnice naročnika, članice strokovne komisije za izvedbo postopka javnega naročila za zdravila, in predstavnikov podjetij Kemofarmacija, Gopharm, Farmadent, in Salus. Iz vsebine navedenega dokumenta izhaja, da je predsednica strokovne komisije za izvedbo postopka predmetnega javnega naročila poudarila, da bo izveden postopek s pogajanjem med ponudniki, ki so za posamezne vrste blaga ponudili enako ceno. V primeru neuspešnega pogajanja je bila predvidena izvedba postopka žrebanja. Zapisano je, da je [REDACTED] Lekarne Velenje začela pogajanja in da je predlagala »*izhodišča za pogajanja: to so strukturni deleži letnih dobav dobavljenih količin zdravil posameznih ponudnikov. Izhodišča za določitev teh strukturnih deležev so bili realizirani strukturni deleži dobav zdravil Lekarni Velenje v letu 2009. Navedeni predlagani strukturni deleži so bili:*

- KEMOFARMACIJA [...] – [REDACTED]%
- GOPHARM [...] – [REDACTED]%
- FARMADENT [...] – [REDACTED]%
- SALUS [...] – [REDACTED]%

Za tem je podala naveden predlog v razpravo. Po krajši razpravi je bilo doseženo enotno soglasje vseh ponudnikov, ki so izrazili strinjanje z zgoraj navedenimi strukturnimi deleži. Na podlagi doseženega soglasja s ponudniki so bile določene vrednosti kupoprodajne pogodbe v strukturnih deležih in vrednosti dobav zdravil (z vključenim DDV) za vsakega ponudnika v obdobju od 1. 4. 2010 do 31. 3. 2011 na osnovi predloženih ponudb ponudnikov in sicer:

Ponudnik	Delež	Pogodbena vrednost z DDV v EUR
KEMOFARMACIJA [...]	[REDACTED]%	[REDACTED]
GOPHARM [...]	[REDACTED]%	[REDACTED]
FARMADENT [...]	[REDACTED]%	[REDACTED]
SALUS [...]	[REDACTED]%	[REDACTED]
SKUPAJ	100%	9.873.792,02

Navedene vrednosti po posameznih ponudnikih so osnova za določitev vrednosti zdravil, ki bodo dobavljene v obdobju od 1. 4. 2010 do 31. 3. 2011 na osnovi kupoprodajne pogodbe. Vsi prisotni so se dogovorili, da bo sklepanje kupoprodajnih pogodb za zgoraj navedene vrednosti zdravil z vsemi ponudniki 26. 3. 2010 v sejni sobi Lekarne Velenje [...]«. Iz navedenega zapisnika je nadalje razvidno, da se bo kupoprodajna pogodba začela uporabljati z dnem 1. 4. 2010.

Sporazum 22. 3. 2011

10. Agencija je na podlagi zahteve za posredovanje podatkov od Lekarne Velenje pridobila dokument »**ZAPISNIK z dne 22. 3. 2011 in sicer z izvedenega postopka pogajanj s ponudniki, za katerega so ponudniki ponudili enake cene javnega razpisa za dobavo ZDRAVIL [...]**«⁶⁰⁶ (v odločbi poimenovan: »**Zapisnik z dne 22. 3. 2011**«), podpisan s strani predstavnice naročnika, članice strokovne komisije za izvedbo postopka javnega naročila za zdravila, in predstavnikov podjetij Farmadent, Kemofarmacija, Salus in Gopharm. Iz vsebine navedenega dokumenta izhaja, da je predsednica strokovne komisije za izvedbo postopka predmetnega javnega naročila poudarila, da bo izveden postopek s pogajanjem med ponudniki, ki so za posamezne vrste blaga ponudili enako ceno. Najprej so obravnavali ponujene artikle, za katere so ponudniki ponudili različne cene (7 zdravil), glede katerih je bilo ugotovljeno, da sta za dve zdravili ponudili enako najugodnejšo ceno po dve podjetji, zato je naročnik odločil, da bo nabavljal ti dve zdravili od vsakega ponudnika 50% letne količine. Za ostale artikle po seznamu iz predloženih ponudb (vseh skupaj je bilo 1.849 artiklov) je bilo navedeno, da se opravi pogajanja. Zapisano je, da je [REDACTED] Lekarne

⁶⁰⁵ Dokument št. 306-45/2010-9 (priloge).

⁶⁰⁶ Dokument št. 306-45/2010-84 (priloge).

Velenje začela pogajanja in da je predlagala »izhodišča za pogajanja: to so strukturni deleži letnih dobav dobavljenih količin zdravil posameznih ponudnikov. Izhodišče za določitev teh strukturnih deležev so bili realizirani strukturni deleži dobav zdravil Lekarne Velenje v letu 2010. Navedeni strukturni deleži so bili:

1. FARMADENT [...] – ■%
2. KEMOFARMACIJA [...] – ■%
3. SALUS [...] – ■%
4. GOPHARM [...] – ■%

Za tem je podala naveden predlog v razpravo. Po krajši razpravi je bilo doseženo enotno soglasje vseh ponudnikov, ki so izrazili strinjanje z zgoraj navedenimi strukturnimi deleži. Na podlagi doseženega soglasja s ponudniki so bile določene vrednosti kupoprodajne pogodbe v strukturnih deležih in vrednostih dobav zdravil (z vključenim DDV) za vsakega ponudnika v obdobju od 01. 04. 2011 do 31. 03. 2012 na osnovi predloženih ponudb ponudnikov in sicer:

Ponudnik	Delež	Pogodbeno vrednost z DDV v EUR
FARMADENT [...]	■%	■
KEMOFARMACIJA [...]	■%	■
SALUS [...]	■%	■
GOPHARM [...]	5■	■
SKUPAJ	100%	9.897.428,98

c) Navedene vrednosti po posameznih ponudnikih iz točk a in b so osnova za določitev vrednosti zdravil, ki bodo dobavljene v obdobju od 01. 04. 2011 do 31. 03. 2012 na osnovi kupoprodajne pogodbe. Vsi prisotni so se dogovorili, da bo sklepanje kupoprodajnih pogodb za zgoraj navedene vrednosti zdravil z vsemi ponudniki 25. 3. 2011 ob 12. uri v pisarni ■ Lekarne Velenje [...]«. Iz navedenega zapisnika je nadalje razvidno, da se bo kupoprodajna pogodba začela uporabljati z dnem 1. 4. 2011.

Sporazum 23. 3. 2012

11. Agencija je na podlagi zahteve za posredovanje podatkov od Lekarne Velenje pridobila dokument »**ZAPISNIK z dne 23. 3. 2012 z udeležbe pri postopku pogajani oziroma žrebanja za vrste blaga, za katerega so ponudniki ponudili enake cene javnega razpisa za dobavo ZDRAVIL [...]**«⁶⁰⁷ (v odločbi poimenovan: »**Zapisnik z dne 23. 3. 2012**«), podpisan s strani predstavnice naročnika, članice strokovne komisije za izvedbo postopka javnega naročila za zdravila, in predstavnikov podjetij Farmadent, Kemofarmacija, Salus in Gopharm. Iz vsebine navedenega dokumenta izhaja, da je predsednica strokovne komisije za izvedbo postopka predmetnega javnega naročila poudarila, da bo izveden postopek s pogajanjem med ponudniki, ki so za posamezne vrste blaga ponudili enako ceno. V primeru neuspešnega pogajanja je bila predvidena izvedba postopka žrebanja. Zapisano je, da je ■ Lekarne Velenje začela pogajanja in »je vsakemu ponudniku posebej predlagala naj ponudi svoj predlog pogajalskih izhodišč. Glede na to, da je vsak ponudnik vztrajal pri prvotni ponudbi, je predlagala izhodišča za pogajanja in sicer:

1. za artikle, za katere so ponudniki ponudili enake cene, so bila izhodišča za pogajanja o strukturnih deležih nabav: ocenjeni strukturni deleži letnih dobav dobavljenih količin zdravil posameznih ponudnikov, ki so v preteklem letu zagotavljali nemoteno dobavo zdravil. Navedeni predlagani strukturni deleži so bili:

- FARMADENT [...] – ■%
- KEMOFARMACIJA [...] – ■%
- SALUS [...] – ■%
- GOPHARM [...] – ■%

⁶⁰⁷ Dokument št. 306-45/2010-84 (priloge).

Za tem je podala naveden predlog v razpravo. Po krajši razpravi je bilo doseženo enotno soglasje z vsakim izmed ponudnikov, saj je vsak izrazil strinjanje z zgoraj navedenimi strukturnimi deleži. Na podlagi doseženega soglasja s ponudniki so bile določene ocenjene vrednosti kupoprodajnih pogodb v strukturnih deležih in vrednostih dobav zdravil (z vključenim DDV) za vsakega ponudnika za obdobje od 01. 04. 2012 do 31. 03. 2013 in sicer:

Ponudnik	Delež	Pogodbena vrednost z DDV v EUR Za artikle z enakimi cenami
FARMADENT [...]	%	
KEMOFARMACIJA [...]	%	
SALUS [...]	%	
GOPHARM [...]	%	
SKUPAJ	100%	8.958.828,34

2. za artikle, za katere so ponudniki ponudili različne cene, so bila izhodišča za pogajanja proporcionalni strukturni deleži po ponudnikih, ki so ponudili enake oziroma najnižje cene in sicer:

[...]

Za tem je podala naveden predlog vsakemu od ponudnikov v razpravo. Po krajši razpravi je bilo doseženo enotno soglasje vsakega izmed ponudnikov, ki so izrazili strinjanje z zgoraj navedenimi strukturnimi deleži.

3. Na podlagi doseženega soglasja s ponudniki so bile določene ocenjene vrednosti kupoprodajnih pogodb v strukturnih deležih in vrednostih dobav zdravil (z vključenim DDV) za vsakega ponudnika za obdobje od 01. 04. 2012 do 31. 03. 2013 in sicer:

Ponudnik	Pogodbena vrednost z DDV v EUR za vse artikle
FARMADENT [...]	
KEMOFARMACIJA [...]	
SALUS [...]	
GOPHARM [...]	
SKUPAJ	8.978.229,16

Navedene vrednosti po posameznih ponudnikih so osnova za določitev vrednosti zdravil, ki bodo dobavljene v obdobju od 01. 04. 2012 do 31. 03. 2013 na osnovi kupoprodajne pogodbe. Vsi prisotni so se dogovorili, da bo sklepanje kupoprodajnih pogodb za zgoraj navedene vrednosti zdravil z vsemi ponudniki 30. 03. 2012 ob 12. uri v pisarni [redacted] Lekarne Velenje [...]«. Iz navedenega zapisnika je nadalje razvidno, da se bo kupoprodajna pogodba začela uporabljati z dnem 1. 4. 2012.

3. Lekarna Ribnica

Sporazum 16. 10. 2009

12. Agencija je na podlagi zahteve za posredovanje podatkov od Lekarne Ribnica pridobila dokument **»ZAPISNIKA z dne 16. 10. 2009 z izvedbe postopka pogajanj s ponudnikoma, ki sta ponudila enake cene na javnem naročilu [...] za nakup zdravil [...]«**⁶⁰⁸ (v odločbi poimenovan: **»Zapisnik z dne 16. 10. 2009«**), podpisan s strani članice strokovne za izvedbo postopka javnega naročila za zdravila, in predstavnikov podjetij Salus in Kemofarmacija. Iz vsebine navedenega dokumenta izhaja, da je predsednica strokovne komisije za izvedbo postopka predmetnega javnega naročila poudarila, da bo izveden postopek s pogajanjem med ponudniki, ki so za posamezne vrste blaga ponudili enako ceno.

⁶⁰⁸ Dokument št. 306-45/2010-119 (priloge).

V primeru neuspešnega pogajanja je bila predvidena izvedba postopka žrebanja. Nato je ██████████ Lekarne Ribnica začela pogajanja in predlagala »*izhodišča za pogajanja: to so strukturni deleži letnih dobav dobavljenih količin zdravil posameznih ponudnikov. Izhodišče za določitev teh strukturnih deležev so bili realizirani strukturni deleži dobav zdravil Lekarni Ribnica v letu 2008. Navedeni strukturni deleži so bili:*

1. SALUS [...] – 50%
2. KEMOFARMACIJA [...] – ██████%

Za tem je podala naveden predlog v razpravo. Po krajši razpravi je bilo doseženo enotno soglasje obeh ponudnikov, ki sta izrazila strinjanje z zgoraj navedenimi deleži. Na podlagi doseženega soglasja s ponudniki so bile določene pogodbene vrednosti dobav zdravil (z vključenim DDV) v obdobju od 01. 11. 2009 do 31. 10. 2010 na osnovi predloženih ponudb ponudnikov in sicer:

Ponudnik	Delež	Pogodbeno vrednost z DDV v EUR
SALUS [...]	█████%	████████████████████
KEMOFARMACIJA [...]	█████%	████████████████████
SKUPAJ	100%	2.117.926,96

Navedene vrednosti po posameznih ponudnikih so osnova za določitev vrednosti zdravil, ki bodo dobavljene v obdobju od 01. 11. 2009 do 31. 10. 2010 na osnovi kupoprodajne pogodbe. Vsi prisotni so se dogovorili, da bo sklepanje kupoprodajnih pogodb za zgoraj navedene vrednosti zdravil z vsemi ponudniki 23. 10. 2009 ob 12.00 uri v pisarni ██████████ Lekarne Ribnica [...]. Iz navedenega zapisnika je nadalje razvidno, da je izvedenemu postopku pogajanj sledil podpis okvirnega sporazuma (glej naslednjo točko priloge odločbe), ki »predstavlja skupen dokument za oba izbrana ponudnika s trajanjem v obdobju štirih let in sicer od 01. 11. 2009 do 31. 10. 2013.«

13. Nadalje je Agencija tudi na podlagi zahteve za posredovanje podatkov od Lekarne Ribnica pridobila dokument »**Okvirni sporazum, sklenjen med: Lekarno Ribnico [...] in gospodarskima subjektoma: 1. Kemofarmacija d.d. [...] 2. Salus d.d.**«⁶⁰⁹ (v nadaljevanju poimenovan: »**Okvirni sporazum z dne 16. 10. 2009**«), sklenjen dne 16. 10. 2009 v Ribnici in podpisan s strani ██████████ naročnika in predstavnikov podjetij Salus in Kemofarmacija. Iz vsebine navedenega sporazuma izhaja, da so bile predmet sporazuma stalne nabave zdravil, ki jih naročnik po obsegu in času ne more vnaprej določiti, ter da so vrste blaga, za katerega je s posameznimi strankami sklenjen sporazum, opredeljene v Specifikaciji ponudbe s cenami, ki je sestavni del navedenega sporazuma (4. člen Okvirnega sporazuma z dne 16. 10. 2009). Stranke sporazuma so se med drugim dogovorile, da bo naročnik posamezne vrste blaga, ki jih bo potreboval v okviru posameznega obdobja, kupoval od izbranega ponudnika na podlagi sklenjene kupoprodajne pogodbe ter izstavljenih naročilnic (7. člen Okvirnega sporazuma z dne 16. 10. 2009).

Sporazum 27. 10. 2010

14. Agencija je na podlagi zahteve za posredovanje podatkov od Lekarne Ribnica pridobila dokument »**ZAPISNIK izvedbe postopka pogajanja oziroma žrebanja, ki je bil dne 27. 10. 2010 ob 11. uri v pisarni računovodje Lekarne Ribnica [...] za vrste blaga, za katerega so ponudniki ponudili enake cene javnega razpisa za dobavo ZDRAVIL [...]**«⁶¹⁰ (v odločbi poimenovan: »**Zapisnik z dne 27. 10. 2010**«), podpisan s strani predstavnice naročnika - članice strokovne komisije za izvedbo postopka javnega naročila za zdravila, in predstavnikov podjetij Kemofarmacija in Salus. Iz vsebine navedenega dokumenta izhaja, da je predsednica strokovne komisije za izvedbo postopka predmetnega javnega naročila poudarila, da bo izveden postopek s pogajanja med ponudniki, ki so za posamezne vrste blaga ponudili enako ceno. V primeru neuspešnega pogajanja je bila

⁶⁰⁹ Dokument št. 306-45/2010-119 (priloge).

⁶¹⁰ Dokument št. 306-45/2010-119 (priloge).

predvidena izvedba postopka žrebanja. Zapisano je, da je [redacted] Lekarne Ribnica začela pogajanja in da je predlagala »*izhodišča za pogajanja: to so strukturni deleži letnih dobav dobavljenih količin zdravil posameznih ponudnikov. Izhodišče za določitev teh strukturnih deležev so bili realizirani strukturni deleži dobav zdravil Lekarni Ribnica v letu 2009. Navedeni strukturni deleži so bili:*

- KEMOFARMACIJA [...] – [redacted]%
- SALUS [...] – [redacted]%

Za tem je podala naveden predlog v razpravo. Po krajši razpravi je bilo doseženo enotno soglasje obeh ponudnikov, ki sta izrazila strinjanje z zgoraj navedenimi strukturnimi deleži. Na podlagi doseženega soglasja s ponudnikoma so bile določene vrednosti kupoprodajne pogodbe v strukturnih deležih in vrednosti dobav zdravil (z vključenim DDV) za vsakega ponudnika v obdobju od 01. 11. 2010 do 31. 10. 2011 na osnovi predloženih ponudb ponudnikov in sicer:

Ponudnik	Delež	Pogodbena vrednost z DDV v EUR
KEMOFARMACIJA [...]	[redacted] %	[redacted]
SALUS [...]	[redacted] %	[redacted]
SKUPAJ	100%	2.451.978,16

Navedene vrednosti po posameznih ponudnikih so osnova za določitev vrednosti zdravil, ki bodo dobavljene v obdobju od 01. 11. 2010 do 31. 10. 2011 na osnovi kupoprodajne pogodbe. Vsi prisotni so se dogovorili, da bo sklepanje kupoprodajnih pogodb za zgoraj navedene vrednosti zdravil z vsemi ponudniki 03. 11. 2010 v pisarni računovodstva Lekarna Ribnica [...]«. Iz navedenega zapisnika je nadalje razvidno, da se bo kupoprodajna pogodba začela uporabljati z dnem 3. 11. 2010.

Sporazum 27. 10. 2011

15. Agencija je na podlagi zahteve za posredovanje podatkov od Lekarne Ribnica pridobila dokument »**ZAPISNIK izvedbe postopka pogajanja oziroma žrebanja, ki je bil dne 27. 10. 2011 ob 11. uri v pisarni računovodje Lekarne Ribnica [...] za vrste blaga, za katerega so ponudniki ponudili enake cene javnega razpisa za dobavo ZDRAVIL [...]**«⁶¹¹ (v odločbi poimenovan: »**Zapisnik z dne 27. 10. 2011**«), podpisan s strani predstavnice naročnika - članice strokovne komisije za izvedbo postopka javnega naročila za zdravila, in predstavnikov podjetij Kemofarmacija in Salus. Iz vsebine navedenega dokumenta izhaja, da je predsednica strokovne komisije za izvedbo postopka predmetnega javnega naročila poudarila, da bo izveden postopek s pogajanja med ponudniki, ki so za posamezne vrste blaga ponudili enako ceno. V primeru neuspešnega pogajanja je bila predvidena izvedba postopka žrebanja. Zapisano je, da se je najprej obravnavalo ponujene artikle (4), za katere so ponudniki ponudili različne cene, za katere so podali obrazložitve. Nato je [redacted] Lekarne Ribnica začela pogajanja za zdravila z enako ponujeno ceno in je predlagala »*izhodišča za pogajanja: to so strukturni deleži letnih dobav dobavljenih količin zdravil posameznih ponudnikov. Izhodišče za določitev teh strukturnih deležev so bili realizirani strukturni deleži dobav zdravil Lekarni Ribnica v preteklih letih. Navedeni predlagani strukturni deleži so bili:*

- KEMOFARMACIJA [...] – [redacted]%
- SALUS [...] – [redacted]%

Za tem je podala naveden predlog v razpravo. Po krajši razpravi je bilo doseženo enotno soglasje obeh ponudnikov, ki sta izrazila strinjanje z zgoraj navedenimi strukturnimi deleži. Na podlagi doseženega soglasja s ponudnikoma so bile določene vrednosti

⁶¹¹ Dokument št. 306-45/2010-119 (priloge).

kupoprodajne pogodbe v strukturnih deležih in vrednosti dobav zdravil (z vključenim DDV) za vsakega ponudnika v obdobju od 01. 11. 2011 do 31. 10. 2012 na osnovi predloženih ponudb ponudnikov in sicer:

Ponudnik	Delež	Pogodbena vrednost z DDV v EUR
KEMOFARMACIJA [...]	%	
SALUS [...]	%	
SKUPAJ	100%	2.260.689,42

Navedene vrednosti po posameznih ponudnikih so osnova za določitev vrednosti zdravil, ki bodo dobavljene v obdobju od 01. 11. 2011 do 31. 10. 2012 na osnovi kupoprodajne pogodbe. Vsi prisotni so se dogovorili, da bo sklepanje kupoprodajnih pogodb za zgoraj navedene vrednosti zdravil z vsemi ponudniki 02. 11. 2011 ob 12. uri v pisarni [redacted] Lekarna Ribnica [...]«. Iz navedenega zapisnika je nadalje razvidno, da se bo kupoprodajna pogodba začela uporabljati z dnem 1. 11. 2011.

PRILOGA 7: Tabeli št. 3 in 4

PRILOGA
Tabela 3: Strukturni deleži javnih lekarniških zavodov

	Ljubljana	Marijabor	Golekarske	Celjanske	Pomurske	Dolenjske	Mečkanske	Obalno	Koroške	Kraške	Goriške	Velesnja	Zasavske	Leptujske	Brkiške	Slavonska	Leskova	Ajdovščina	Žaliska	Kočevje	Leški	Loroša	Možina	Rebna	
	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	Strukturni delež v %	
2005	Kemofarmacija																								
	Salus																								
	Pharmakon																								
	Gopharm																								
	Farmadent																								
	OSTALI	3	0	0	0	n.p.	26	0	n.p.	0	n.p.	n.p.	0	0	n.p.	0	0	0	0	n.p.	0	0	0	n.p.	0
SKUPAJ	100	100	100	100	n.p.	100	100	n.p.	100	n.p.	n.p.	100	100	n.p.	100	100	100	100	n.p.	100	100	100	n.p.	100	
2006	Kemofarmacija																								
	Salus																								
	Pharmakon																								
	Gopharm																								
	Farmadent																								
	OSTALI	3	0	0	0	n.p.	26	0	n.p.	0	n.p.	n.p.	0	0	0	0	0	0	0	n.p.	0	0	0	n.p.	0
SKUPAJ	100	100	100	100	n.p.	100	100	n.p.	100	n.p.	n.p.	100	100	100	100	100	100	100	n.p.	100	100	100	n.p.	100	
2007	Kemofarmacija																								
	Salus																								
	Pharmakon																								
	Gopharm																								
	Farmadent																								
	OSTALI	1	0	0	0	48	24	0	0	0	n.p.	n.p.	0	0	0	0	0	0	0	n.p.	0	0	0	n.p.	0
SKUPAJ	100	100	100	100	100	100	100	100	100	n.p.	n.p.	0	100	100	100	100	100	100	n.p.	100	100	100	n.p.	100	
2008	Kemofarmacija																								
	Salus																								
	Pharmakon																								
	Gopharm																								
	Farmadent																								
	OSTALI	1	0	0	0	53	22	0	0	0	0	n.p.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
SKUPAJ	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	n.p.	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	
2009	Kemofarmacija																								
	Salus																								
	Gopharm																								
	Farmadent																								
	OSTALI	2	0	0	0	51	22	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	SKUPAJ	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
2010	Kemofarmacija																								
	Salus																								
	Gopharm																								
	Farmadent																								
	OSTALI	3	0	0	0	53	25	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	SKUPAJ	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
2011	Kemofarmacija																								
	Salus																								
	Gopharm																								
	Farmadent																								
	OSTALI	22	0	0	0	55	20	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	SKUPAJ	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100

pogodbeni delež

OSTALI: LL Grosist, Medis, Zavod RS za blagovne rezerve, Medicopharmacia, Galex, Vitapharm, Hygia

