

VYSVĚTLENÍ ZADÁVACÍ DOKUMENTACE – č. 4

ze dne 29.06. 2023

k veřejné zakázce zadávané podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek

DODÁVKA LÉČIV DLE ATC SKUPIN PRO NEMCB (032023)

Část 5 L01FF05 ATEZOLIZUMAB

Zadavatel: **Nemocnice České Budějovice, a.s.**
Sídlo: B. Němcové 585/54, 370 01 České Budějovice
Zastoupení: MUDr. Ing. Michal Šnorek, Ph.D., předseda představenstva
MUDr. Jaroslav Novák, MBA, člen představenstva
IČ: 26068877

Shora uvedený zadavatel vyhlásil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „zákon“) nadlimitní veřejnou zakázku s názvem „DODÁVKA LÉČIV DLE ATC SKUPIN PRO NEMCB (032023), Část 5 L01FF05 ATEZOLIZUMAB“, a to odesláním Oznámení o zahájení zadávacího řízení dne 01. 06. 2023 pod evidenčním číslem zakázky Z2023-023475 ve Věstníku veřejných zakázek.

Zadavatel vysvětluje zadávací dokumentaci v souladu s § 98 ZZVZ.

Dotaz č. 1: KE LHŮTĚ PRO DODÁNÍ NÁHRADNÍHO ZBOŽÍ PŘI REKLAMACI

Čl. 7 odst. 7 vzoru kupní smlouvy stanoví, že pokud „Kupující bude požadovat po Prodávajícím odstranění vad dodáním nového Zboží bez vad či dodání chybějícího Zboží, je Prodávajícím povinen dodat Kupujícímu nové Zboží bez vad či chybějící Zboží nejpozději ve lhůtě stanovené pro původní dodávku počítané od oznámení vad Zboží Kupujícím, resp. vždy však nejpozději do 14.00 hodin následujícího pracovního dne“. Obdobně dle čl. 14 přílohy č. 2 vzoru kupní smlouvy „V případě, že Kupujícímu bude odevzdáno Zboží v porušených či poškozených obalech, je Kupující oprávněn odmítnout odevzdání takového Zboží a Prodávající je povinen odevzdat Kupujícímu Zboží v neporušených a nepoškozených obalech v náhradní lhůtě stanovené pro původní dodávku a počítané od odmítnutí Zboží, vždy však nejpozději do 14.00 hodin následujícího pracovního dne.“

Výše uvedená ustanovení stanovují povinnost dodat nové zboží bez vad nebo dodat chybějící zboží ve stanovené lhůtě, nicméně ve vzoru kupní smlouvy zcela chybí jakákoli lhůta pro posouzení vady, resp. vyřízení reklamace. V souladu s občanským zákoníkem má kupující právo na odstranění vady v přiměřené lhůtě (§ 2106 odst. 2 občanského zákoníku), přičemž za přiměřenou lhůtu nelze zcela jistě považovat následující pracovní den do 14:00 hodin.

Lhůta k vyřízení reklamace, která v mnohých případech může činit i méně než 24 hodin je nepřiměřeně krátká a vymyká se obchodním zvyklostem. Posouzení vady totiž může být, zejména (ale nikoli výhradně) v případě kvalitativních vad, poměrně složitý proces, který může trvat i několik týdnů (např. s ohledem na nutnost provést laboratorní analýzy). Navrhovaná lhůta tak neponechává dodavateli dostatečný prostor pro kvalifikované posouzení oprávněnosti reklamace.

Prosíme tedy o vysvětlení, zda zadavatel odpovědně zvážil přiměřenost a nezbytnost čl. 7 odst. 7 a čl. 14 přílohy č. 2 vzoru kupní smlouvy, a navrhuje, aby tato ustanovení byla upravena v tom smyslu, že

prodávající je povinen vyřídit reklamaci (i) v případě chybějícího zboží do 3 pracovních dnů ode dne oznámení vady a (ii) v případě ostatních vad nejpozději do 30 dnů od nahlášení vady a, odůvodňuje-li to povaha reklamované vady, nejpozději do 60 dnů od jejího nahlášení. Není-li navrhovaná úprava možná, prosíme o vysvětlení objektivních důvodů, proč zadavatel na stávající úpravě lhůty pro vyřízení reklamací trvá.

Dále se pak v čl. 7 odst. 7 uvádí: „V případě vyřazení dodaného Zboží z důvodu nevyhovující kvality dle informace Státního ústavu pro kontrolu léčiv (SÚKL), bude takové Zboží obratem, nejpozději však do tří (3) dnů od obdržení informace o vyřazení léčivého přípravku z důvodu nevyhovující kvality, vyměněno za nové, které nebude vykazovat závady, bez ohledu na aktuální stav průběhu reklamačního řízení, nedohodnou-li se smluvní strany jinak. V případě, že Prodávající poskytne Kupujícímu náhradní Zboží v průběhu reklamace, prodlužuje se lhůta pro vyřízení této reklamace na třicet (30) kalendářních dnů, v ostatních případech je sjednána lhůta pro vyřízení reklamace na sedm (7) kalendářních dnů ode dne uplatnění práv z vadného plnění Kupujícím.“ Není jasné, co se rozumí vyřazením Zboží z důvodu nevyhovující kvality dle informace Státního ústavu pro kontrolu léčiv. Jedná se o případ, kdy je z důvodu závady v jakosti nařízeno stažení celé šarže léčivého přípravku? Nebo se jedná o jiný případ závady v jakosti? Chtěli bychom zde poznamenat, že ne všechny závady v jakosti mají vliv na účinnost a bezpečnost léčivých přípravků a v mnoha případech je možné až do případného konečného rozhodnutí držitele rozhodnutí o registraci či Státního ústavu pro kontrolu léčiv tyto přípravky zcela v souladu s požadavky příslušných právních předpisů nadále dodávat na trh. Chtěli bychom tak zadavatele požádat o upřesnění např. nahrazením věty „V případě vyřazení dodaného Zboží z důvodu nevyhovující kvality dle informace Státního ústavu pro kontrolu léčiv (SÚKL)...“ následující větou: „V případě, kdy je ze strany držitele rozhodnutí o registraci či Státního ústavu pro kontrolu léčiv (SÚKL) rozhodnuto o stažení Zboží z důvodu závady v jakosti z úrovně zdravotnických zařízení...“ Dále je podle našeho názoru problematické nahradit stahované Zboží ve lhůtě stanovené zadavatelem, protože může nastat situace, že jiná, než závadná šarže léčivé přípravku nebude na trhu v České republice k dispozici.

Navrhovali bychom tak následující úpravu formulace daného ustanovení:

~~„V případě vyřazení dodaného Zboží z důvodu nevyhovující kvality dle informace Státního ústavu pro kontrolu léčiv (SÚKL) V případě, kdy je ze strany držitele rozhodnutí o registraci či Státního ústavu pro kontrolu léčiv (SÚKL) rozhodnuto o stažení Zboží z důvodu závady v jakosti z úrovně zdravotnických zařízení, bude takové Zboží obratem, nejpozději však do tří (3) dnů od obdržení informace o vyřazení stahování léčivého přípravku z důvodu nevyhovující kvality závady v jakosti, vyměněno za nové, které nebude vykazovat závady, bez ohledu na aktuální stav průběhu reklamačního řízení, nedohodnou-li se smluvní strany jinak. To neplatí v případě, kdy Prodávající není z objektivních důvodů schopen dodat Kupujícímu náhradní Zboží (např. z důvodu absence jiné než závadné šarže Zboží na území ČR). V případě, že Prodávající poskytne Kupujícímu náhradní Zboží v průběhu reklamace, prodlužuje se lhůta pro vyřízení této reklamace na třicet (30) kalendářních dnů, v ostatních případech je sjednána lhůta pro vyřízení reklamace na sedm (7) kalendářních dnů ode dne uplatnění práv z vadného plnění Kupujícím.“~~

Vysvětlení, změna nebo doplnění č. 1:

K první části **Dotazu č. 1:**

Zadavatel sděluje, že se jedná o standardní smluvní ujednání Zadavatele a Zadavatel ve vztahu k danému požadavku nebude přistupovat ke změně, zvláště pak navrhovaným způsobem, který je pro Zadavatele méně výhodný. Zadavatel upozorňuje, že je na Prodávajícím, aby si zajistil řádné plnění objednávky „napoprvé“. Jakýkoliv nepředvídatelný výpadek v dodávce léčiv může Zadavateli způsobit významné potíže z hlediska zabezpečení zdravotních služeb, a je proto žádoucí, aby náprava pochybení Prodávajícího byla provedena co nejdříve. Pokud bude Prodávající dodávat léčiva řádně a včas, jak se k tomu zavazuje ve smlouvě, daná úprava se nepoužije a Prodávající se nemusí obávat negativních důsledků spojených s nikoli řádným plněním objednávky.

Zadavatel pro vysvětlení dále uvádí, že v daném případě se nejedná o lhůtu určenou k posouzení vady, ale o lhůtu určenou k poskytnutí náhradního plnění za plnění vadné. Zadavatel samozřejmě připouští, že mezi kupujícím a prodávajícím může vzniknout spor o to, zda vada dodávaného zboží (léčivého přípravku) byla notifikována oprávněně, přičemž řešení tohoto sporu si vyžádá určitý časový prostor. To však zmíněnou smluvní úpravou není vyloučeno. Předmětná smluvní úprava umožňuje Zadavateli jako

kupujícímu zajistit si náhradní dodávku bezvadného zboží v případě, že objednávka nebyla prodávajícím splněna řádně, když kupující bude mít minimálně pochybnost o kvalitě dodávaného zboží (resp. jeho obalů), nebo nebude souhlasit množstvím objednaného a dodaného zboží. V takovém případě nastoupí lhůta k dodání náhradního plnění za plnění vadné, přičemž Zadavatel připouští, že se jedná o lhůtu relativně krátkou, avšak nelze přehlédnout, že tato smluvní úprava se uplatní v důsledku pochybení prodávajícího a současně dává kupujícímu nástroj k zajištění nerušeného poskytování zdravotních služeb pacientům, což umožní Zadavateli splnit jeho zákonnou povinnost při péči o zdraví a život osob. Z tohoto hlediska se jedná o úpravu objektivně potřebnou, aby Zadavatel mohl dostát svým smluvním a zákonným povinnostem v péči o pacienty. Zadavatel nepředpokládá, že dodavatel „*ve lhůtě stanovené pro původní dodávku počítané od oznámení vady Zboží Kupující, resp. vždy však nejpozději do 14.00 hodin následujícího pracovního dne*“ bude posuzovat oprávněnost reklamace vady, ale že v této lhůtě dodá Zadavateli bezvadné plnění za to plnění, u kterého Zadavatel shledal důvod pro vytknutí vady. Obava dodavatele z nepřiměřeně krátké lhůty je proto lichá. K argumentu, že se předmětná smluvní úprava „vymyká obchodním zvyklostem“, se Zadavatel vyjádřit nemůže, protože tento argument nebyl dodavatelem nijak odůvodněn ani doložen, přičemž současně platí, že plnění veřejné zakázky nebude realizováno na základě obchodních zvyklostí, ale na základě uzavřené smlouvy, která se uplatní namísto obchodních zvyklostí.

Ke druhé části Dotazu č. 1:

Zadavatel sděluje, že stávající znění považuje za dostatečně zřejmé a jasné, i v širším kontextu smlouvy. Navrženou úpravu opisující ustanovení zákona o léčivech jako nadbytečnou neakceptuje.

Protože citovaná smluvní úprava jednoznačně odkazuje na opatření provedená Státním ústavem pro kontrolu léčiv (SÚKL) podle příslušné právní úpravy, když Zadavatel předpokládá, že SÚKL bude postupovat v rámci svých zákonných kompetencí, nebudí tato úprava dle přesvědčení Zadavatele aplikační pochybnosti. Na internetových stránkách SÚKL lze dohledat informace o opatřeních při závadách v jakosti léčiv (stahování, pozastavení). Podle Zadavatele je zřejmé, že předmětná právní úprava odkazuje právě na tyto případy, kdy s ohledem na opatření SÚKL nebude možné určitý léčivý přípravek či skupiny léčivých přípravků nadále používat. Lhůta k poskytnutí náhradního plnění za nepoužitelný léčivý přípravek opět v souladu s výše uvedeným reaguje na potřebu Zadavatele zajistit nerušené poskytování zdravotních služeb pacientům.

Dotaz č. 2: K LIMITU POJISTNÉHO PLNĚNÍ

Čl. 12 odst. 1 vzoru kupní smlouvy stanoví, že „Prodávající je povinen mít po celou dobu účinnosti této smlouvy uzavřeno platné pojištění odpovědnosti za újmu způsobenou svojí provozní činností a zejména pro případ způsobení újmy na majetku Kupujícího či na zdraví třetích osob s limitem pojistného plnění ve výši minimálně 20 000 000 Kč (slovy dvacet milionů korun českých) za každou pojistnou událost.“

Navrhovaná výše limitu pojistného plnění ve výši minimálně 20.000.000 Kč za každou pojistnou událost je nepřiměřeně vysoká a vymyká se obchodním zvyklostem. Obvyklá výše limitu pojistného plnění pro jednu pojistnou událost bývá u obdobných závazků stanovena maximálně ve výši 1.000.000 Kč, mnohdy tato povinnost zcela absentuje. Nadto je třeba připomenout, že v případě předchozích zadávacích řízení zadavatele byl limit pojistného plnění pro jednu pojistnou událost stanoven ve výši minimálně 2.000.000 Kč. Prosíme tedy o vysvětlení, zda zadavatel odpovědně zvážil přiměřenost čl. 12 odst. 1 kupní smlouvy, a navrhuje, aby toto ustanovení bylo upraveno v tom smyslu, že prodávající je povinen mít po celou dobu účinnosti smlouvy uzavřeno platné pojištění odpovědnosti za újmu s limitem pojistného plnění ve výši minimálně 2.000.000 Kč. Není-li navrhovaná úprava možná, prosíme o vysvětlení objektivních důvodů, proč zadavatel na stávající výši limitu pojistného plnění trvá.

Vysvětlení, změna nebo doplnění č. 2:

Zadavatel sděluje, že nebude přistupovat ke změně, zvláště pak navrhovaným způsobem, který je pro Zadavatele méně výhodný. Stanovení limitu výše pojistného plnění vychází z reálných rizik a potenciální výše újmy, která by daným pojistným plněním měla být v případě porušení právních povinností ze strany Prodávajícího kryta. Zejména v případě újmy na zdraví třetí osoby pak přicházejí v úvahu různé nároky, a to jak samotného poškozeného (např. bolestné a ztížení společenského uplatnění, náklady na léčení a náhrada tzv. další nemajetkové újmy apod.), tak nároky jeho osob blízkých. Celková újma, která by mohla

být požadována, se pak rámcově může pohybovat v řádech desítek miliónů. Pro příklad uvádíme částky odškodnění ztížení společenského uplatnění (tedy pouze jednoho z možných nároků), kdy rámcová výchozí částka podle Metodiky Nejvyššího soudu ČR představuje 400násobek průměrné hrubé měsíční nominální mzdy na přepočtené počty zaměstnanců v národním hospodářství za kalendářní rok předcházející roku, v němž se ustálil zdravotní stav poškozeného, tj. kdy je možno přistoupit k vyčíslení náhrady. Tento statistický údaj je zjistitelný na webových stránkách Českého statistického úřadu. Za rok 2020 činila uvedená průměrná mzda 35 611 Kč a výchozí rámcová částka pro náhradu za ztížení společenského uplatnění poškozeného, jehož zdravotní stav se ustálil v roce 2021, tak činila 14 244 400 Kč. K uvedenému pak mohou přistupovat další výše zmíněné nároky poškozeného, ale i jiných osob. Výši limitu pojistného plnění tak Zadavatel nepovažuje za nepřiměřeně vysokou. Naopak by s ohledem na výše uvedené považoval za nepřiměřeně nízkou a nepokrývající reálná rizika výši limitu pojistného plnění navrženou ze strany dodavatele.

Současně musí Zadavatel opět namítnout, že tvrzení dodavatele, podle něhož se požadavek na limit pojistného plnění ve výši minimálně 20.000.000,- Kč vymyká obchodním zvyklostem, není podloženo ani žádným způsobem odůvodněno. I zde se pak uplatní námitka, že plnění veřejné zakázky nebude realizováno na základě obchodních zvyklostí, ale na základě uzavřené smlouvy, která se uplatní namísto obchodních zvyklostí, přičemž stanovenou podmínku pokládá Zadavatel za přiměřenou a odůvodněnou s ohledem na existující rizika, jak bylo vysvětleno výše.

Dotaz č. 3: KE SNÍŽENÍ CENY PŮVODCE

V čl. 16 odst. 5 rámcové kupní smlouvy je uvedeno: „V případě, že v průběhu platnosti této smlouvy dojde ke snížení ceny původce, zavazuje se Prodávající snížit cenu Zboží v souladu s obecně závazným právním předpisem, a to při použití shodného mechanismu výpočtu ceny Zboží, jaký Prodávající uplatnil při sjednání této smlouvy. Pro případ vyloučení jakýchkoliv pochybností, není v tomto případě Prodávající oprávněn zvýšit nebo nově aplikovat jakoukoliv jinou složku celkové ceny Zboží dle cenového předpisu Ministerstva zdravotnictví České republiky.“

Není nám jasné, co se rozumí větou „...při použití shodného mechanismu výpočtu ceny Zboží, jaký Prodávající uplatnil při sjednání této smlouvy.“ Prodávající nabídne konkrétní cenu dodávaných přípravků v souladu s platným cenovým předpisem. V případě, kdy dojde ke snížení ceny původce a cena, za kterou je Zboží dodáváno Kupujícímu, by tak překročila limity stanovené cenovým předpisem Ministerstva zdravotnictví, je Prodávající ze zákona povinen cenu Zboží snížit tak, aby k překročení cenových limitů nedocházelo. Podle našeho názoru však nelze nutit Prodávajícího k tomu, aby snižoval cenu Zboží v případě, kdy nedochází k porušení právních předpisů. Takový požadavek je zcela nepřiměřený a neopodstatněný. Žádáme tedy zadavatele, aby upřesnil, v jaké situaci musí ze strany Prodávajícího dojít ke snížení ceny, jakým konkrétním způsobem má být toto snížení provedeno a z jakého objektivního důvodu to zadavatel požaduje. V opačném případě máme za to, že zadávací podmínky porušují požadavky § 6, § 36 odst. 1 a 3 zákona o zadávání veřejných zakázek.

Vysvětlení, změna nebo doplnění č. 3:

Mechanismus výpočtu ceny Zboží je způsob, jakým Prodávající Kupujícímu oceňuje Zboží. Při výpočtu nabídkové ceny se zpravidla uplatňuje sleva z tzv. „ceníkové“, oficiální ceny původce, a to na základě zpravidla matematických vzorců, s využitím výpočtových koeficientů. Cílem smluvního ujednání je informovat dodavatele, že když v průběhu trvání smluvního vztahu dojde k poklesu ceny původce v souladu s platným cenovým předpisem, je **dle názoru Zadavatele jeho přiměřeným požadavkem, aby míra slevy, která se použije při výpočtu nabídkové ceny, zůstala zachována.** Tzn., pokud se při výpočtu nabídkové ceny z ceny původce uplatní například sleva 10 %, pak Zadavatel považuje za přiměřené, aby v případě snížení ceny původce zůstala poskytnutá sleva zachována, tj. aby se opět ze snížené ceny původce uplatnila sleva 10 %. Dále Zadavatel explicitně uvádí, že je pro něj neakceptovatelné případné snížení v ceně původce kompenzovat uplatněním, resp. navýšením čerpání ze společné obchodní přírážky prostřednictvím distribuční přírážky Dodavatelem a zafixování ceny na původní hladině. Cílem jednání Zadavatele je postupovat v souladu s principy řádného hospodáře, snížit náklady na léčivé přípravky a racionálně čerpat prostředky z veřejného zdravotního pojištění.

Dodavatel v rámci dotazu předestírá svůj názor na to, co (z jeho pohledu) je či není vynutitelné. Zadavatel je naopak toho názoru, že snížení ceny zboží vynutitelné je, pokud se na tom smluvní strany dohodnou.

K tomu právě směřuje smluvní úprava obsažená v rámcové kupní smlouvě. Zadavateli není zřejmé, proč by ze snížení ceny původce měl profitovat prodávající. Zadavatel pokládá, oproti tvrzení dodavatele, předmětnou smluvní úpravu za přiměřenou a opodstatněnou, když ve svém důsledku vede k úsporám prostředků z veřejného zdravotního pojištění, které nejsou neomezené.

Zadavatel je toho názoru, že předmětná smluvní úprava není v rozporu s ust. § 36 odst. 1 a 3 zákona o zadávání veřejných zakázek, když dodavatel ani žádným způsobem nevysvětluje, jak by tato smluvní úprava mohla vést k porušení pravidel obsažených v citovaných právních normách.

Dotaz č. 4: KE SNÍŽENÍ CENY ZBOŽÍ NA TRHU V ČR

V čl. 16 odst. 6 rámcové kupní smlouvy se uvádí: „Pokud na trhu v České republice dojde v průběhu platnosti smlouvy ke snížení cen Zboží uvedeného v Příloze č. 1 této smlouvy oproti cenám stanoveným Přílohou č. 1 této smlouvy, je Prodávající povinen ode dne snížení ceny účtovat Kupujícímu za Zboží cenu takto sníženou. Kupující je povinen Prodávajícímu snížení cen Zboží na trhu v České republice písemně oznámit a prokázat, že došlo ke snížení ceny Zboží (např. objednávkou či smlouvou na dodávku daného Zboží za nižší cenu nebo jinou informací o prodejní ceně daného Zboží získanou z veřejně dostupných zdrojů). Prodávající je povinen Kupujícímu dodávat Zboží za sníženou cenu dle předchozí věty od prvního dne kalendářního měsíce následujícího po doručení písemného oznámení Kupujícího.“

Tento požadavek zadavatele považujeme za nepřiměřený a neopodstatněný. Ceny pro konkrétní veřejnou zakázku jsou určovány dle situace platné v době podání nabídky. Řídí se vícero faktory včetně objemu dodávek a délky smlouvy uzavírané na základě dané veřejné zakázky. Požadavek na snížení ceny na úroveň zjištěnou v jiných dodavatelských vztazích není z obchodního i právního hlediska obhajitelný. Předmětné ustanovení pak ani neváže snížení ceny Zboží na činnost Prodávajícího. Dle formulace předmětného ustanovení je Prodávající povinen snížit cenu Zboží i pokud Kupující zjistí nižší cenu Zboží u jiného dodavatele. Může se tedy jednat např. o jednorázový obchod realizovaný distributorem v rámci souběžného dovozu. Pokud ceny takto jednorázově dodaného Zboží budou uveřejněny např. v registru smluv, bude Prodávající povinen snížit cenu Zboží dodávaného na základě této smlouvy, což je zcela absurdní požadavek, který bude mít za následek jen rychlou snahu o ukončení takto nevýhodné smlouvy ze strany Prodávajícího. Žádáme tedy zadavatele o odstranění předmětného ustanovení, které je v rozporu s požadavky § 6 a § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek.

Vysvětlení, změna nebo doplnění č. 4:

Pro vysvětlení: Zadavatel doplnil toto ujednání právě proto, aby Prodávající mohl pružně a efektivně reagovat na vývoj trhu a současně nedocházelo k neefektivnímu čerpání prostředků Zadavatele. V situaci, kdy by toto ujednání nebylo ve smlouvě obsaženo, nebo by Zadavatel rezignoval na průběžné monitorování cenových hladin a tlak na aktualizaci cen, nepostupoval by Zadavatel jako řádný hospodář. Výsledkem by byla výpověď smlouvy a nutnost provádět nové zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky se stejným předmětem. Díky tomuto odstavci ve smlouvě má vybraný dodavatel možnost reagovat na změnu cenové hladiny na trhu s léčivými přípravky upravením ceny a pokračováním spolupráce na základě uzavřené smlouvy dle výsledku zadávacího řízení. V situaci, kdy se Prodávající s takovým postupem neztotožňuje, a s ohledem na to, že má informace o registrovaných variantách k dispozici s předstihem oproti Zadavateli, může postupovat podle dalších ustanovení této smlouvy (např. 13.1.,13.4., resp. 11.5.) a případné nejasnosti při plnění smlouvy si s kupujícím vyjasnit vzájemnou komunikací, nebo může případně realizovat své právo na ukončení smlouvy.

Jak vyplývá ze zařazení této úpravy do článku 16 rámcové kupní smlouvy, jedná se v těchto případech o vyhrazenou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku ve smyslu § 100 zákona o zadávání veřejných zakázek. Smluvní úprava není nepřiměřená ani neopodstatněná, jak bylo vysvětleno výše. Klade nároky na stranu kupujícího, jenž musí snížení ceny na trhu v České republice prodávajícímu prokázat. Rozumí se z logiky věci, že se nemůže jednat o snížení ceny jednorázové či nahodilé, k čemuž dle přesvědčení Zadavatele na relevantním trhu prakticky nedochází, avšak musí se jednat o zjevný trend, který bude zdokumentován a následně prokázán prodávajícímu.

Zadavatel je toho názoru, že předmětný smluvní požadavek je obchodně i právně zcela obhajitelný. Právní oporu pro tento postup Zadavatel nachází vedle samotné rámcové kupní smlouvy právě v citovaném § 100 zákona o zadávání veřejných zakázek. Z obchodního pohledu je požadavek rovněž plně pochopitelný a důvodný, protože nelze očekávat, že Zadavatel bude dlouhodobě nakupovat zboží za

vyšší cenu dle uzavřené rámcové kupní smlouvy, ačkoliv na trhu bude patrný trend, kdy ostatní kupující budou schopni stejné zboží nakupovat na trhu levněji. Pokud by Zadavatel na takovou situaci nereagoval, znamenalo by to, že nakládá nevhodně s prostředky z veřejného zdravotního pojištění a nepostupuje s péčí řádného hospodáře. Na danou situaci lze buď reagovat mechanismem snížení ceny dle odst. 16.6. rámcové kupní smlouvy, nebo výpovědí rámcové kupní smlouvy a ukončením smluvní spolupráce. Jestliže dodavatel preferuje druhou z uvedených variant, nic mu nebrání v postupu dle odst. 11.5. rámcové kupní smlouvy.

Dotaz č. 5: K MOŽNOSTI ODEBÍRAT INOVATIVNÍ PRODUKTY

V čl. 16 odst. 8 rámcové kupní smlouvy se uvádí: „Kupující si vyhrazuje právo v rámci podmínek této smlouvy odebírat inovované či nové přípravky uvedené na trh po podpisu této smlouvy, pokud budou svými charakteristikami odpovídat zadání Veřejné zakázky, vč. léčivých přípravků s odlišnou aplikační formou, počtem jednotek formy v jednom balení nebo množstvím účinné látky v jednotce formy. Cena balení bude u těchto léčivých přípravků stanovena maximálně do výše odpovídající v přepočtu na jednotku množství účinné látky smluvní ceně příslušného léčivého přípravku dle Přílohy č. 1 této smlouvy.“

S uvedeným ustanovením nemůžeme souhlasit, protože podstatným způsobem mění předmět smlouvy a samotné veřejné zakázky. Zadavatel poptává dodávky léčivých přípravků s obsahem konkrétní léčivé látky, a to za ceny, které jsou relevantní v době podání nabídky. Logicky tak předmětem veřejné zakázky (a i smlouvy) mohou být pouze léčivé přípravky, které vyhovují parametrům stanoveným v zadávací dokumentaci (a mezi tyto parametry je třeba řadit i cenu) a jsou v době konání veřejné zakázky uváděny na trh. V případě, že by Prodávající v průběhu platnosti smlouvy skutečně uvedl na trh (vedle již nyní dodávaných přípravků, jejichž dodání je předmětem této smlouvy) nový léčivý přípravek, který by (až na cenu) vyhovoval parametrům této veřejné zakázky, byl by na základě tohoto ustanovení povinen jej začít dodávat Kupujícímu za ceny určené pro původní přípravek (které byly stanoveny v době podání nabídky s ohledem na konkrétní situaci a povahu výběrového řízení). Takový požadavek není vůbec obhájitelný a ve výsledku může být i v rozporu s právními předpisy, neboť může nutit Prodávajícího k dodávkám léčivého přípravků za podnákladové ceny, což představuje porušení právních předpisů na ochranu hospodářské soutěže. Z právního ani obchodního hlediska není požadavek zadavatele obhájitelný, a naopak je zcela zjevně nepřiměřený, a tedy v rozporu s § 6 a § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Chtěli bychom tak požádat zadavatele o odstranění předmětného ustanovení.

Vysvětlení, změna nebo doplnění č. 5:

Zadavatel nevyhovuje požadavku dodavatele na vypuštění odst. 16.8. z rámcové kupní smlouvy. Jedná se o ustavení, které dává možnost (nikoli povinnost, viz „Kupující si vyhrazuje právo...“) jak Zadavateli, tak Prodávajícímu efektivně a pružně reagovat na vývoj situace na trhu. Absence toho ustavení by vedla k nutnosti (i) nakupovat mimo režim zákona o zadávání veřejných zakázek do doby, než souhrnná hodnota objednávek dosáhne zákonem stanovené limity, (ii) navyšovala by administrativní zátěž Zadavatele nutností vyhlašovat veřejné zakázky s obdobným předmětem plnění, avšak s potenciálně rozdílnými cenami, (iii) v důsledku toho by Zadavatel nepostupoval jako řádný hospodář a (iv) byly by kladeny zbytečné překážky v přístupu pacientů k potřebné léčbě inovovanými léčivými přípravky. V situaci, kdy se Prodávající s postupem dle odst. 16.8 rámcové kupní smlouvy neztotožňuje, a s ohledem na to, že má informace o registrovaných variantách k dispozici s předstihem oproti Zadavateli, může postupovat podle dalších ustanovení této smlouvy (např. 13.1., 13.4., resp. 11.5.) a případně nejasnosti při plnění smlouvy si s kupujícím vyjasnit vzájemnou komunikací, nebo může případně realizovat své právo na ukončení smlouvy.

Zadavatel i v tomto případě dodává, že uvedená smluvní úprava svým obsahem a systematickým zařazením do článku 16 rámcové kupní smlouvy představuje vyhrazenou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. Dodavatel se mýlí, když tuto úpravu považuje za neobhájitelnou či dokonce rozpornou s právními předpisy, které blíže nekonkretizuje. Naopak dle Zadavatele představuje tato smluvní úprava příležitost pro obě smluvní strany k pokračování smluvní spolupráce pro případ, že zboží původně definované v příloze č. 1 rámcové kupní smlouvy, přestane být na trh dodáváno z důvodu jeho nahrazení inovovaným léčivým přípravkem. Smluvní úprava tak Zadavateli umožňuje pružně reagovat na možné

změny na relevantním trhu, které by jinak mohly vést k dodatečné nemožnosti plnění a k ukončení smluvního vztahu.

Dotaz č. 6: SMLUVNÍ SANKCE

V čl. 10 rámcové kupní smlouvy jsou stanoveny sankce při porušení vybraných povinností Prodávajícího. Podle našeho názoru jsou některé z nich nepřiměřené a neodůvodněné.

V čl. 10 odst. 3 rámcové kupní smlouvy se uvádí: „Prodávající je povinen zaplatit Kupujícímu smluvní pokutu ve výši 0,05 % ze souhrnné kupní ceny Zboží dle příslušné objednávky za každý započatý kalendářní den prodlení se splněním své povinnosti dodat Zboží v souladu s objednávkou Kupujícího a touto smlouvou, nejméně však 1000,- Kč (slovy jeden tisíc korun českých) za každý započatý den prodlení (doba prodlení v době jiných než pracovních dnů se do prodlení nezapočítává), a to i v případě prodlení s dodávkou pouze části objednaného Zboží. Za započatý kalendářní den prodlení se považuje každých započatých dvacet čtyři (24) hodin následujících po uplynutí lhůty pro dodávku Zboží dle Přílohy č. 2 této smlouvy – dodací podmínky, ve které se měla objednávka plnit.“

V první řadě nám není jasné, jakým způsobem se má počítat doba prodlení, když v úvodu ustanovení se uvádí, že smluvní pokuta se platí za každý započatý kalendářní den prodlení a níže se dodává, že doba prodlení v době jiných, než pracovních dnů se do prodlení nezapočítává. Chtěli bychom zadavatel požádat o upřesnění tohoto bodu.

Dále se v daném ustanovení uvádí, že smluvní pokuta je ve výši 0,05 % souhrnné kupní ceny Zboží. 0,05 % kupní ceny je všeobecně akceptovaná výše smluvní pokuty, která není v obecné rovině v rozporu s dobrými mravy ani obchodními zvyklostmi. Předmětné ustanovení však uvádí, že výše smluvní pokuty je nejméně 1.000,- Kč denně, což v řadě případů významným způsobem navyšuje smluvní pokutu nad míru přiměřenou poměrům a potřebě ochrany oprávněných zájmů Kupujícího.

Rovněž je pak třeba zdůraznit, že 0,05 % se vypočítává ze souhrnné kupní ceny, přičemž smluvní pokutu v dané výši je třeba zaplatit i v případě prodlení s dodávkou pouze části objednaného Zboží. V praxi tak bude Prodávající povinen hradit smluvní pokutu ve výši 0,05 % ze 100 objednaných balení Zboží i v případě, kdy nedodá jedno jediné balení. Je zjevné, že takto stanovená výše smluvní pokuty je na první pohled v rozporu s právními předpisy a představuje požadavek zadavatele, který je v rozporu s § 6 a § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Žádáme tak zadavatele o odstranění minimální výše 1.000,- Kč a úpravu výše smluvní pokuty tak, že se hradí ve výši 0,05 % kupní ceny nedodaných balení.

Obdobně je pak třeba nahlížet i na paušální smluvní pokutu stanovenou v čl. 10 odst. 5 rámcové kupní smlouvy pro případ prodlení Prodávajícího s vyřízením reklamace dle čl. 7 odst. 7 rámcové kupní smlouvy. Zde je smluvní pokuta stanovena rovnou ve výši 1.000,- Kč denně za každou reklamovanou položku. To je zcela nepřiměřené a navíc duplicitní, neboť v případě, kdy Prodávající nedodá celou objednávku, bude již povinen hradit smluvní pokutu dle čl. 10 odst. 5 rámcové kupní smlouvy, a to po celou dobu posuzování reklamace. Chtěli bychom požádat zadavatele o odstranění této sankce, neboť není v souladu s právními předpisy a zásadou přiměřenosti aplikovanou při zadávání veřejných zakázek dle § 6 zákona o zadávání veřejných zakázek.

Podle čl. 10 odst. 6 rámcové kupní smlouvy je Prodávající povinen zaplatit Kupujícímu smluvní pokutu ve výši 500,- Kč v případě nesplnění povinnosti stanovené v čl. 4 odst. 4 a 5 nebo dle čl. 9 odst. 5 a 6 rámcové kupní smlouvy. Podle našeho názoru není přiměřené zajišťovat splnění dotčených povinností smluvní pokutou. V případech dle čl. 4 odst. 4 a 5 se jedná o naprosto marginální povinnosti, jejichž zajištění smluvní pokutou je po právní stránce zcela nepřiměřené. Navíc není z formulace smluvní pokuty patrné, jak má být hrazena, zda jednorázově nebo opakovaně, dokud porušení povinnosti trvá. Povinnosti stanovené v čl. 9 odst. 5 a 6 rámcové kupní smlouvy zavazují Prodávajícího k poskytnutí informací o změně SUKL kódu a změně úhrady.

V obou případech se jedná o informace, které musí Kupující sám od sebe sledovat, jsou veřejně dostupné na webových stránkách Státního ústavu pro kontrolu léčiv a v praxi není vůbec obvyklé, aby takové informace dodatel poskytoval zadavateli. Navíc pod hrozbou smluvní pokuty. Podle našeho názoru se tak i v tomto případě jedná o nepřiměřený požadavek, který je v rozporu s § 6 a § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Žádáme tak zadavatele o odstranění předmětného ustanovení.

Shodně pak považujeme za nepřiměřené požadování smluvní pokuty za každý započatý kalendářní den prodlení se splněním závazného termínu pro vystavení nebo odeslání faktury dle čl. 10 odst. 7 rámcové kupní smlouvy. Zadavatel požaduje smluvní pokutu za porušení v podstatě jakékoliv povinnosti stanovené ve smlouvě bez ohledu na to, zda je porušení dané povinnosti vůbec způsobilé přivodit zadavateli jakoukoliv právně relevantní újmu a žádáme zadavatele, aby předmětné ustanovení ze smlouvy odstranil.

Vysvětlení, změna nebo doplnění č. 6:

Zadavatel sděluje, že se jedná o standardní smluvní ujednání Zadavatele a Zadavatel ve vztahu k daným požadavkům nebude přistupovat ke změně, zvláště pak navrhovaným způsobem, který je pro Zadavatele méně výhodný. Nadto Zadavatel upozorňuje, že zvolená výše sankce má motivační (resp. preventivní) roli, je na Prodávajícím, aby si zajistil řádné plnění objednávky „napoprvé“. Jakýkoliv nepředvídatelný výpadek v dodávce léčiv může Zadavateli způsobit významné potíže z hlediska zabezpečení zdravotních služeb, a je proto žádoucí, aby náprava pochybení Prodávajícího byla provedena co nejdříve. Pokud bude Prodávající dodávat léčiva řádně a včas, daná úprava se nepoužije a Prodávající se jí nemusí obávat.

Pro upřesnění Zadavatel dále uvádí, že:

V odst. 10.3., věta první rámcové kupní smlouvy platí, že dny pracovního klidu (tj. soboty, neděle a svátky) se nezapočítávají ani v případě uplatnění sankce 0,05 % ze souhrnné kupní ceny zboží denně, ani v případě minimální sankce 1000 Kč za den prodlení. Zadavatel uvádí, že způsob výpočtu smluvní pokuty ze souhrnné smluvní ceny je zvolen s cílem efektivně a důsledně vymáhat plnění požadavků na základě uzavřené smlouvy.

Smluvní pokuta ve výši 0,05 % se počítá ze souhrnné kupní ceny zboží, protože Zadavatel má zájem na splnění objednávky jako celku a nikoli na její plnění po částech. Je-li prodávající v prodlení s dodáním části objednaného zboží, znamená to, že celá objednávka nebyla splněna.

Minimální výše smluvní pokuty 1.000,- Kč za den prodlení má zajistit, že prodávající bude motivován i ke včasnému a řádnému splnění případné objednávky s nižší celkovou cenou objednaného zboží. V opačném případě by prodávající u takové objednávky mohl akceptovat riziko prodlení s vědomím, že smluvní pokuta, kterou bude povinen zaplatit, bude v zanedbatelné výši, a proto by mohl upřednostnit splnění jiných objednávek, u kterých by riziko sankce bylo vyšší.

Výše pokut v odst. 10.3 a 10.5 rámcové kupní smlouvy má jednak (i) motivační (resp. preventivní) roli vůči dodavateli, (ii) kompenzuje vícenáklady Zadavatele plynoucí z neschopnosti dodavatele provést řádné plnění (vícepráce, ztížené pracovní podmínky, práce přesčas) a (iii) rizika plynoucí z nedostupnosti potřebného léčivého přípravku během poskytování zdravotních služeb.

Obava dodavatele z duplicitní aplikace smluvních pokut podle odst. 10.3. a 10.5. rámcové kupní smlouvy není na místě. Zadavatel vychází z toho, že při dodání vadného zboží nebo nedodání části zboží v rámci jedné objednávky se uplatní smluvní pokuta dle odst. 10.3. smlouvy, přičemž prodávající bude mít současně lhůtu dle první věty odst. 7.7. smlouvy k dodání náhradního plnění. V případě, že prodávající v této lhůtě náhradní plnění nedodá, uplatní se smluvní pokuta dle odst. 10.5. rámcové kupní smlouvy. Nicméně na základě praktických zkušeností Zadavatel předpokládá, že naváže smluvní spolupráci se seriózním a odpovědným dodavatelem a že proto k takovým situacím nebude docházet.

Obdobně výše pokut v odst. 10.6. smlouvy reflektuje náklady Zadavatele na řízení rizik, škod a vícenákladů na straně Zadavatele. Popsané činnosti nejsou marginální, ale podstatné pro řádné plnění smlouvy z pohledu Zadavatele. Uvedené informace potom má dodavatel k dispozici s časovým předstihem, standardně je komunikuje prostřednictvím obchodních zástupců. Je legitimním zájmem Zadavatele, aby měl potřebné informace s dostatečným předstihem, mohl uzpůsobit své tržní chování, nastavit vnitřní procesy objednávek, kontroly a vykazování. Dle názoru Zadavatele je jednoznačné, že se v odst. 10.6. smlouvy hovoří o jednorázovém plnění, když v předmětném odstavci se zcela srozumitelně hovoří o smluvní pokutě „za každý jednotlivý případ porušení takové povinnosti“. Plnění předmětné povinnosti je z pohledu Zadavatele významné, jelikož ovlivňuje procesy a jejich nastavení na straně Zadavatele, a proto je jeho právem utvrdit plnění této povinnosti pomocí smluvní pokuty. Odpovědností prodávajícího potom je, aby nastavil své vnitřní procesy tak, aby k případům nesplnění této povinnosti nedocházelo, čímž se současně vyhne povinnosti smluvní pokutu, která není nijak drakonická, platit.

Ujednání v odst. 10.7. rámcové kupní smlouvy motivuje smluvní partnery k řádnému plnění svých smluvních povinností a přispívá k redukci zbytných činností na straně Zadavatele (vícepráce spojené s pozdním dodáním a zaúčtováním faktur).

Není pravdou, že by Zadavatel stanovil smluvní pokutu za každý případ porušení smluvní povinnosti prodávajícího. Naopak přístup dodavatele k této problematice svědčí o tom, že brojí obecně proti aplikaci smluvních pokut jako takových a že usiluje o vypuštění takřka všech smluvních pokut, což může vyvolávat otázky, zda je dodavatel vůbec schopen zajistit řádné plnění smluvních povinností, má-li takovou, dle Zadavatele až přehnanou, obavu z aplikace smluvních pokut.

V souladu s ustanovením § 98 odst. 4 ZZVZ Zadavatel prodlužuje lhůtu pro podání nabídek o 4 pracovní dny, když o tolik dnů překročil lhůtu pro podání vysvětlení zadávací dokumentace.

Lhůta pro příjem nabídek je aktuálně stanovena na 12.07.2023 v 9:00 hodin.

V Českých Budějovicích

Dne 29. 06. 2023

Hana Beznosková

Oddělení veřejných zakázek