

VYSVĚTLENÍ ZADÁVACÍ DOKUMENTACE č. 3 ze dne 24. 05. 2024

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

Léčiva pro NEMCB (132024)

Část 4 J05AP54 ELBASVIR A GRAZOPREVIR

Část 5 L01FF02 PEMBROLIZUMAB

Zadavatel: **Nemocnice České Budějovice a.s.**
Zastoupení: MUDr. Ing. Michal Šnorek, Ph.D., předseda představenstva
MUDr. Jaroslav Novák, MBA, člen představenstva
Sídlo: B. Němcové 585/54, České Budějovice 370 01
IČ: 260 68 877

Shora uvedený zadavatel vyhlásil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“ či „ZZVZ“) výše uvedenou nadlimitní veřejnou zakázku, a to odesláním Oznámení o zahájení zadávacího řízení do Věstníku veřejných zakázek dne 26. 4. 2024 a uveřejněnou pod evidenčním číslem zakázky Z2024-019027.

Zadavatel vysvětluje zadávací dokumentaci v souladu s § 98 ZZVZ.

Dotaz č. 1: MOŽNOST ZÁPOČTU A ODEPŘENÍ PLNĚNÍ

Návrh rámcové kupní smlouvy v článku 6.11. stanovuje: „Kupující je oprávněn započíst si jakoukoli svoji peněžitou pohledávku vůči peněžitě pohledávce Prodávajícího podle této smlouvy. Kupující je oprávněn odepřít plnění z této smlouvy v případě, že závazek Prodávajícího z jiné smlouvy nebyl splněn řádně nebo včas.“ Smlouva stavoví možnost zápočtu jakékoliv peněžitě pohledávky na straně kupujícího, včetně například pohledávky nesplatné, což zakládá nerovné postavení stran. Není přitom žádný oprávněný důvod, aby byl kupující oproti prodávajícímu při možnosti započtení pohledávky zvýhodněn. Započtení pohledávky kupujícím nad rámec právní úpravy dle občanského zákoníku by mělo být možné pouze na základě předchozího souhlasu prodávajícího. Pokud jde o možnost odepřít plnění kupujícím ze smlouvy v případě, že (jakýkoliv) závazek prodávajícího z (jakékoliv) jiné smlouvy nebyl splněn řádně a včas, uvedené ustanovení považujeme za zcela nepřiměřené, neboť dává kupujícímu právo pozastavit platby ceny za dodané zboží i v případě nesplnění jakéhokoliv (i banálního) závazku z jakékoliv jiné smlouvy, která svým obsahem nijak nesouvisí se smlouvou kupní. V obecné rovině přitom smlouvy obsahují celou řadu závazků, které nejsou pro plnění smlouvy podstatné, například různé notifikační povinnosti apod. Navíc oprávnění kupujícího odepřít plnění, tj. například i pozastavit platby, neodpovídá oprávnění prodávajícího pozastavit dodávky zboží nebo odmítnout objednávku. V důsledku toho se tak může stát, že prodávající bude nucen dodávat zboží bez toho, aby byl kupující povinen za dodané zboží zaplatit. Takto široce koncipované oprávnění kupujícího odepřít plnění ze smlouvy navázané na plnění jiných nesouvisejících smluv představuje pro prodávajícího značné obchodní riziko.

Prosíme tedy o vysvětlení, zda zadavatel odpovědně zvážil přiměřenost citovaného ustanovení vzoru kupní smlouvy, a navrhuje změnit citované ustanovení v tom smyslu, že možnost započtení pohledávky ze strany kupujícího bude podmíněna předchozím souhlasem prodávajícího, a možnost odepřít plnění kupujícím v případě nesplnění závazku prodávajícího z jiné smlouvy řádně a včas, bude ze

vzoru kupní smlouvy zcela vypuštěna. Není-li navrhovaná úprava možná, prosíme o vysvětlení objektivních důvodů, proč zadavatel na stávající výše uvedené úpravě musí trvat.

Vysvětlení, změna nebo doplnění č. 1:

Zadavatel trvá na stávajícím znění ustanovení smlouvy. Možnost započtení jakékoli peněžitě pohledávky a odepření plnění poskytuje Zadavateli jako Kupujícímu účinný nástroj, jak zajistit, že Prodávající plní své závazky včas a řádně. Dále toto ustanovení minimalizuje riziko, že Zadavatel (Kupující) bude nucen hradit závazky vůči Prodávajícímu, který své povinnosti neplní. Ustanovení o možnosti odepření plnění poskytuje Kupujícímu ochranu před prodlením Prodávajícího. Zadavatel (Kupující) je závislý na včasných a kompletních dodávkách Zboží, a tedy potřebuje účinné nástroje k vynucení těchto závazků. Zadavatel nesouhlasí s tím, že v případě plnění jiných smluv se má jednat o „nesouvisející smlouvy“, protože vzájemná souvislost je dána právě totožnými smluvními stranami.

Zadavatel nesouhlasí s tím, že by ustanovení o možnosti zápočtu a odepření plnění zakládalo nerovné postavení smluvních stran. Naopak zajišťuje, že obě smluvní strany plní své závazky řádně a včas. Riziko neplnění smluvních povinností Kupující sám Prodávající velmi snadno odstraní tím, že zajistí splnění svých vlastních povinností, se kterými se ocitnul v prodlení. Předmětné ujednání si tak pouze klade za cíl preventivně působit na Prodávajícího, aby k plnění svých povinností přistupoval s plnou vážností a odpovědností.

Vzájemná započitatelnost pohledávek představuje standardní mechanismus splnění dluhů, Zadavatel však vychází z předpokladu, že jemu by peněžitě pohledávky za Prodávající spíše vznikat neměly, jestliže bude Prodávající své smluvní povinnosti plnit řádně a včas. Zadavatel proto spíše předpokládá, že k využití tohoto oprávnění by standardně docházet nemělo. Obava vyjádřená dodavatelem v dotazu k zadávací dokumentaci tak z pohledu Zadavatele spíše naznačuje, že dodavatel si není jist svojí schopností dostát smluvním povinnostem, které na sebe v rámcové kupní smlouvě přebírá.

Argument, že Zadavatel (Kupující) může odepřít plnění kvůli banálním závazkům, je nepřiměřený. Zadavatel (Kupující) bude mít zájem na udržení obchodního vztahu a bude tuto možnost využívat pouze v případě skutečně závažného porušení závazků Prodávajícího.

Dotaz č. 2: MINIMÁLNÍ DOBA EXPIRACE, RESP. POUŽITELNOSTI A MOŽNOSTI VRÁTIT ZBOŽÍ PRODÁVAJÍCÍMU

Návrh rámcové kupní smlouvy v čl. 7.1. stanoví: „Prodávající dále tímto v případě pořízení ve formě koupě přebírá ve smyslu § 2113 a násl. občanského zákoníku závazek, že Kupujícího uspokojí nad rámec jeho zákonných práv z vadného plnění a že Zboží bude způsobilé pro použití ke smluvenému (jinak obvyklému) účelu a že si zachová obvyklé vlastnosti (i) po dobu šesti (6) měsíců, jde-li o Zboží zužitelné, (ii) nebo po dobu dvou (2) roků, jde-li o Zboží nezužitelné. Prodávající dále odpovídá za to, že dodá Kupujícímu Zboží s minimální expirační dobou ne kratší než šest (6) měsíců ode dne dodání Zboží Kupujícímu. Zboží dodané s expirační dobou kratší než šest (6) měsíců může Kupující vrátit Prodávajícímu nejpozději do konce expirace Zboží.“ Požadavek na dobu expirace v délce minimálně 6 měsíců je nepřiměřený a neodpovídá praxi na trhu s léčivými přípravky, kde se standardně sjednává, že zbývajcí minimální doba expirace v momentě dodání má činit 3 měsíce. Výše uvedený požadavek je dále objektivně nesplnitelný. S ohledem na v praxi obvyklé nastavení výrobních a logistických procesů zkrátka není v silách dodavatelů požadovanou dobu expirace za všech okolností a ve všech případech zajistit. Konečně, s ohledem na charakter poptávaných léčivých přípravků není ani z hlediska zadavatele věcně potřebné, aby tyto přípravky měly takto dlouhou zbývajcí expiraci – není standardní, aby si nemocnice u těchto přípravků držely skladovou zásobu po takto dlouhou dobu. Navíc v důsledku možnosti kupujícího vrátit nespotebované zboží s kratší expirační dobou, které však předtím kupující bez výhrady přijal, se de facto přenáší riziko nesprávného odhadu spotřeby léčivých přípravků na prodávajícího. Navíc, pokud kupující vrátí prodávajícímu nespotebovaná balení krátce před vypršením expirační doby nebo dokonce až po jejím vypršení, prodávající již nemá prakticky žádnou možnost zboží jakkoliv upotřebit ani prodat a nezbyvá mu, než zboží zlikvidovat. Toto ustanovení tedy vystavuje prodávajícího značnému obchodnímu riziku a je způsobilé odradit dodavatele od podání nabídky, což by vedlo k omezení hospodářské soutěže.

Prosíme tedy o vysvětlení, zda zadavatel odpovědně zvážil přiměřenost uvedených ustanovení a navrhuje, aby ustanovení čl. 7.1. kupní smlouvy bylo upraveno v tom smyslu, že doba expirace bude

v okamžiku dodání zboží minimálně 3 měsíce. V návaznosti na tuto úpravu navrhuje, aby byla upravena i délka záruční doby, která by měla být stanovena tak, že odpovídá době expirace zboží. Dále navrhuje, aby byla z ustanovení vypuštěna možnost kupujícího vrátit prodávajícímu nespotřebované zboží. Není-li navrhovaná úprava možná, prosíme o vysvětlení objektivních důvodů, proč zadavatel na stávající úpravě minimální doby expirace musí trvat.

Vysvětlení, změna nebo doplnění č. 2:

Zadavatel na stávajícím ustanovení ve smlouvě trvá a nepřistupuje na změnu smlouvy, která by pro něj byla méně výhodná. Jedná se o standardní ustanovení, které je použito ve všech veřejných zakázkách na ATC skupiny a má zajistit kontinuitu poskytování zdravotní péče.

Dodavatel, který vznesl předmětný dotaz, poukazuje na charakter poptávaných přípravků. Zde si Zadavatel dovoluje poznamenat, že zejména u ATC skupiny J05AP54 ELBASVIR A GRAZOPREVIR, se léčivý přípravek v případech jaterní cirhózy podává 16 týdnů. Tato doba léčby sama o sobě překračuje lhůtu 3 měsíců a pro Zadavatele je stěžejní mít skladem léky pro již rozléčeného pacienta, aby nedocházelo v průběhu léčby ke změně zavedené terapie.

Ustanovení rozhodně nemá sloužit k nehospodárnému a nepromyšlenému objednávání léků ze strany Zadavatele a jejich následnému hromadnému vrácení. Při dodání Zboží s použitelností kratší než 6 (šest) měsíců stále zůstává možnost dosud zavedené fungující praxe, kdy se smluvní strany v konkrétních případech dohodnou na odběru daného Zboží na základě množství aktuálně léčených pacientů a aktuální potřeby léku (Zboží).

Zadavatel odmítá tvrzení dodavatele, že požadavek na dobu expirace alespoň 6 měsíců je údajně objektivně nesplnitelný. Dodavatel neuvedl žádné důvody, kterými by toto své tvrzení relevantně zdůvodnil či podložil. Na trhu s léčivými přípravky se vyskytuje celá řada produktů se stejnou či ještě delší expirační dobou. Jestliže Prodávající zajistí, aby Kupujícímu (Zadavateli) dodal Zboží v souladu se smlouvou (včetně požadované délky expirační doby Zboží), nemusí se obávat rizika spojeného s vrácením Zboží, které bylo dodáno v rozporu se smlouvou.

Dotaz č. 3: NÁROKY KUPUJÍCÍHO Z VADNÉHO PLNĚNÍ

Návrh rámcové kupní smlouvy v čl. 7.3. stanoví: „V případě výskytu vady na Zboží má Kupující právo požadovat po Prodávajícím (i) odstranění vad dodáním nového Zboží bez vad, dodáním chybějícího Zboží a odstraněním právních vad Zboží, nebo (ii) odstranění vady opravou Zboží, jestliže je vada odstranitelná, nebo (iii) požadovat přiměřenou slevu z kupní ceny, nebo (iv) odstoupit od smlouvy.“

Článek 7.4. kupní smlouvy pak stanoví: „Volba mezi nároky uvedenými v odstavci 7.3. této smlouvy náleží vždy Kupujícímu, a to bez ohledu na jejich pořadí a na běh lhůt dle ustanovení § 2106 a násl. občanského zákoníku.“ Na trhu s léčivými přípravky je běžné, že vady zboží se odstraňují výhradně dodáním náhradního zboží, resp. dodáním chybějícího zboží. Žádné jiné odstranění vady, zejména pak poskytnutí slevy z ceny zboží, není možné. Pokud jde o článek 7.4., vzhledem k výše uvedenému jej lze považovat za nadbytečný.

Prosíme tedy o vysvětlení, zda zadavatel odpovědně zvážil přiměřenost uvedených ustanovení a navrhuje, aby ustanovení čl. 7.3. bylo upraveno v tom smyslu, že jediným nárokem kupujícího bude dodání náhradního zboží, resp. dodání chybějícího zboží. Zároveň navrhuje, aby bylo ustanovení článku 7.4. z návrhu kupní smlouvy pro nadbytečnost vypuštěno. Není-li navrhovaná úprava možná, prosíme o vysvětlení objektivních důvodů, proč zadavatel na stávající úpravě nároků z vadného plnění musí trvat.

Vysvětlení, změna nebo doplnění č. 3:

Zadavatel na stávajícím znění ustanovení smlouvy trvá. Jedná se o standardní ustanovení, která jsou v souladu s § 2169 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Zachování všech čtyř možností umožňuje Kupujícímu (Zadavateli) adekvátně reagovat na různé situace. Každá vada a její důsledky mohou být jiné, a proto je nutné, aby měl Kupující (Zadavatel) flexibilitu v tom, jak se rozhodne danou situaci řešit. Omezování těchto možností může být v rozporu s principy zákona, který sám Kupujícímu (Zadavateli) uvedené způsoby, jak řešit vady dodaného plnění, nabízí.

Zadavatel připouští a nijak nerozporuje, že nejběžnějším řešením na trhu s léčivy je dodání náhradního, resp. nového Zboží a Zadavatel bude tuto možnost jednoznačně preferovat. Avšak zároveň si chce zachovat plný rozsah práv, která mu zaručuje zákon.

Dotaz č. 4: VÝKLAD POJMU „BEZ ZBYTEČNÉHO ODKLADU“

Návrh rámcové kupní smlouvy v čl. 7.9. stanoví: „V případě sporu smluvních stran o délku lhůty „bez zbytečného odkladu“ či „bezodkladně“ je vždy rozhodující stanovisko Kupujícího.“ Lhůta „bez zbytečného odkladu“ je neurčitý pojem, který je dle ustálené judikatury nutno vykládat tak, že se jedná o lhůtu „velmi krátkou lhůtu, již je míněno bezodkladně, neprodlené, bezprostřední či okamžité jednání směřující ke splnění povinnosti či k učinění právního úkonu či jiného projevu vůle, přičemž doba trvání lhůty bude záviset na okolnostech konkrétního případu“ (Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. 2. 2021, sp. zn. 29 ICdo 81/2019-I.). Není přitom přijatelné, aby bylo posouzení v konkrétním případě zcela na vůli jedné ze smluvních stran. Takové nastavení podstatně znevýhodňuje prodávajícího, neboť dává oprávnění kupujícímu v některých případech jednostranně rozhodovat o tom, zda došlo nebo nedošlo k porušení smlouvy, a to jak ze strany kupujícího, tak ze strany prodávajícího. Takové oprávnění by však v případě sporu stran měl mít pouze nestranný soud.

Prosíme tedy o vysvětlení, zda zadavatel odpovědně zvážil přiměřenost ustanovení čl. 7.9. návrhu kupní smlouvy a navrhuje, aby ustanovení čl. 7.9. z kupní smlouvy vypuštěno. Není-li navrhovaná úprava možná, prosíme o vysvětlení objektivních důvodů, proč zadavatel na stávající úpravě článku 7.9. musí trvat.

Vysvětlení, změna nebo doplnění č. 4:

Zadavatel na stávajícím ustanovení smlouvy trvá. Ve většině případů je ve smlouvě mimo termín „bez zbytečného odkladu“ nebo „bezodkladně“ uvedena ještě konkrétní časová lhůta, do které je potřeba danou věc vyřešit či povinnost splnit a tyto lhůty považuje Zadavatel za přiměřené. Uvedené ustanovení dodává Zadavateli jistotu, že výklad těchto pojmů bude odpovídat zavedeným zvyklostem v oblasti dodávek léčiv (Zboží). Ze soudního rozhodnutí, na které se dodavatel odvolává, plyne, že doba trvání lhůty bude vždy záviset na okolnostech konkrétního případu, jak sám dodavatel uvádí. Tuto podmínku je Zadavatel samozřejmě připraven respektovat. Současně je Zadavatel toho názoru, že předmětné smluvní ujednání nezavazuje soud možnosti, aby s konečnou platností určil, zda lhůta „bez zbytečného odkladu“ či „bezodkladně“ byla v konkrétním případě splněna či nikoliv. Předmětné smluvní ujednání si pouze klade za cíl v co největším rozsahu eliminovat riziko rozdílných výkladů smluvních stran o délce této lhůty v konkrétním případě, přičemž v případném sporu dvou stran o výklad této lhůty nelze bez nepřiměřených obtíží postupovat jinak, než že „rozhodující slovo“ ve výkladu připadne jedné smluvní straně. Současně je ale samozřejmě možné, že druhá strana s tímto výkladem nebude souhlasit a obrátí se proto v dané věci na soud, který provede vlastní výklad v intencích uzavřené smlouvy.

Dotaz č. 5: MOŽNOST ODEPŘÍT PLATBU KUPNÍ CENY DO DOBY ODSTRANĚNÍ VAD

Návrh rámcové kupní smlouvy v čl. 7.10. stanoví: „Kupující je oprávněn odepřít zaplacení kupní ceny za Zboží do doby odstranění vad Zboží, nebyla-li kupní cena Zboží již dříve uhrazena.“ Uvedené ustanovení je natolik obecné, že pokrývá i situace, kdy se jedná o vadu, která nemá vliv na použitelnost zboží, například v případě, kdy je dodáno menší množství zboží, než bylo objednáno. V takovém případě však není akceptovatelné, aby kupující nezaplatil za dodané zboží, které bez výhrady přijal.

Prosíme tedy o vysvětlení, zda zadavatel odpovědně zvážil přiměřenost ustanovení čl. 7.10. návrhu kupní smlouvy a navrhuje, aby bylo ustanovení čl. 7.10. z kupní smlouvy vypuštěno. Není-li navrhovaná úprava možná, prosíme o vysvětlení objektivních důvodů, proč zadavatel na stávající úpravě článku 7.10. musí trvat.

Vysvětlení, změna nebo doplnění č. 5:

Zadavatel trvá na stávajícím ustanovení ve smlouvě. V odst. 6.4. smlouvy je stanoveno, že Prodávající vystavuje Kupujícímu (Zadavateli) fakturu za odevzdané Zboží, a to i na část odevzdaného Zboží, pokud je Prodávajícím v souladu s objednávkou Kupujícího Zboží odevzdáváno po částech.

Nemělo by tedy dojít k situaci, kdy Prodávající například z důvodu výpadku nedodá část Zboží a dodaná část Zboží by mu nebyla Kupující (Zadavatelem) uhrazena.

Předmětné ujednání vyjadřuje obecný princip, podle kterého Kupující (Zadavatel) platí kupní cenu až poté, co jeho objednávka byla řádně splněna, tedy poté, co došlo k úplnému splnění objednávky, přičemž Kupující (Zadavatel) není povinen akceptovat plnění po částech. Daná úprava má proto vést Prodávajícího k tomu, aby usiloval o dodání kompletní objednávky, jak ji Kupující (Zadavatel) učinil, přičemž není samozřejmě vyloučeno, aby v jednotlivých případech postupovaly smluvní strany po vzájemné dohodě odchylně. Obecný princip však platí ten, jak je vyjádřeno ve smlouvě.

Dotaz č. 6: SMLUVNÍ POKUTA PŘI NEDODÁNÍ ZBOŽÍ

Vzor kupní smlouvy v článku 10.3. stanovuje: „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.“ Stanovení výše smluvní pokuty považujeme za nepřiměřené a na trhu nestandardní. Smluvní pokuta by měla být počítána pouze z ceny zboží, s jehož dodáním je prodávající v prodlení, nikoliv ze souhrnné kupní ceny zboží uvedené v příslušné objednávce.

Prosíme tedy o vysvětlení, zda zadavatel odpovědně zvážil přiměřenost části citovaného ustanovení vzoru kupní smlouvy, a navrhuje změnit část citovaného ustanovení ve smyslu, že prodávající je povinen zaplatit kupujícímu smluvní pokutu vypočtenou pouze z ceny nedodaného zboží, nikoliv ze ceny celé objednávky. Není-li navrhovaná úprava možná, prosíme o vysvětlení objektivních důvodů, proč zadavatel na stávající úpravě smluvní pokuty při nedodání zboží musí trvat.

Vysvětlení, změna nebo doplnění č. 6:

Zadavatel trvá na stávajícím ustanovení ve smlouvě. Ustanovení o smluvní pokutě je nezbytné pro ochranu zájmů Zadavatele (Kupujícího) a zajištění včasného a úplného plnění závazků Prodávajícího.

Dodání objednávky na více částí je pro Zadavatele (Kupujícího) spojeno se zvýšenou administrativní a logistickou zátěží. Každá dodávka vyžaduje samostatné zpracování, což zvyšuje personální nároky a náklady spojené s manipulací, skladováním a kontrolou přijatého Zboží.

Pro Zadavatele (Kupujícího) jakožto poskytovatele zdravotních služeb je zásadní kontinuita léčby. Nedodání části objednávky může vést k přerušení terapie, což může mít vážné zdravotní dopady na pacienty a představuje reputační riziko pro Zadavatele.

Smluvní pokuta vypočítaná pouze z ceny Zboží, s jehož dodávkou je Prodávající v prodlení, neodpovídá reálným nákladům a rizikům Zadavatele (Kupujícího), která mu vznikají v případě nedodání části Zboží. Výše smluvní pokuty odráží požadavky Zadavatele (Kupujícího) na spolehlivost a kvalitu dodávek Prodávajícího a současně představuje sankci, která má působit především preventivně, tedy aby pokud možno k takovým situacím vůbec nedocházelo. Představy Zadavatele a dodavatele o tom, co je na trhu léčivých přípravků standardní a nestandardní, se zjevně rozcházejí, když Zadavatel dané ujednání pokládá za standardní. Sám je používá ve všech smlouvách na dodávky léčivých přípravků a z velké většiny je jeho zkušenost taková, že toto ujednání dodavatelé léčivých přípravků akceptují.

Dotaz č. 7: SMLUVNÍ POKUTA PŘI NESPLNĚNÍ PENĚŽITÉ POVINNOSTI

Vzor kupní smlouvy v článku 10.11. stanovuje: „Smluvní strany se zavazují zaplatit druhé smluvní straně úrok z prodlení ve výši 0,05 % z dlužné částky za každý den prodlení se splněním své peněžitě povinnosti dle této smlouvy.“ Uvedené ustanovení je nejasné a nesrozumitelné. Pojem „peněžitá povinnost“ je obecným pojmem a může zahrnovat i povinnost zaplatit smluvní pokutu nebo náhradu škody. V důsledku toho dochází k řetězení smluvních pokut na straně prodávajícího, včetně povinnosti uhradit smluvní pokutu při prodlení se zaplacením smluvní pokuty. To prodávajícího podstatně znevýhodňuje oproti kupujícímu, v případě kterého s výjimkou tohoto nejasného ustanovení nestanoví smlouva žádné smluvní pokuty.

Prosíme tedy o vysvětlení, zda zadavatel odpovědně zvážil přiměřenost části citovaného ustanovení vzoru kupní smlouvy, a navrhuje, aby bylo předmětné ustanovení upraveno v tom smyslu, že bude obsahovat pouze smluvní pokutu pro kupujícího v případě prodlení s úhradou kupní ceny, a to ve výši

0,05 % z kupní ceny za každý započatý kalendářní den prodlení, která je reciproční ve vztahu k výši smluvní pokuty pro prodávajícího dle článku 10.3. Není-li navrhovaná úprava možná, prosíme o vysvětlení objektivních důvodů, proč zadavatel na stávající úpravě smluvní pokuty při nesplnění peněžité povinnosti musí trvat.

Vysvětlení, změna nebo doplnění č. 7:

Zadavatel trvá na stávajícím ustanovení ve smlouvě. Pojem „peněžité povinnosti“ pokrývá všechny finanční závazky smluvních stran, včetně smluvních pokut a náhrad škody. Takto široká definice zajišťuje, že všechny finanční povinnosti jsou včas plněny a předchází se sporům o to, které peněžité povinnosti jsou v předmětném ustanovení zahrnuty.

Pokud by Prodávající nedodržel své závazky a byly mu uloženy sankce, mohla by nastat situace, že by Prodávající tyto sankce jednoduše neplatil. Sankcionování prodlení se zaplacením těchto sankcí zajišťuje, že Prodávající bude mít větší motivaci k jejich včasné úhradě. Vymáhání sankcí je navíc pro Zadavatele (Kupujícího) časově i administrativně náročné a představuje dodatečné náklady. Úrok z prodlení za neuhrazené sankce kompenzuje tyto náklady a zajišťuje spravedlivé vyrovnání. Dodavatel si je jistě dobře vědom, že pokud by smlouva nestanovila smluvní úrok z prodlení, uplatnil by se na obě smluvní strany zákonný úrok z prodlení v případě jejich prodlení se splněním peněžité povinnosti.

Skutečnost, že Kupující (Zadavatel) není zavázán smluvní pokutou, je dána charakterem smluvního vztahu z kupní smlouvy, kdy podstatný závazek Kupujícího (Zadavatele) spočívá v placení kupní ceny. Jeho případné prodlení je tak sankcionováno smluvním úrokem z prodlení, což je sankce ekvivalentní ke smluvní pokutě. Ujednání je proto třeba považovat za zcela obvyklé a přiměřené.

Jako nedůvodné je zapotřebí zcela odmítnout tvrzení, že je předmětné smluvní ujednání nejasné a nesrozumitelné. Naopak je toto smluvní ujednání zcela určité, když termín „peněžité povinnosti“ má zcela konkrétní obsah, který sám dodavatel ve svém dotazu ihned také uvedl. Je nepochybné, že úrok z prodlení se vztahuje na případ prodlení se splněním jakékoliv peněžité povinnosti včetně povinnosti zaplatit smluvní pokutu či nahradit způsobenou škodu. Zadavatel na tom nespátňuje nic neobvyklého či mimořádného.

Dotaz č. 8: OSTATNÍ SMLUVNÍ POKUTY

Vzor kupní smlouvy v článku 10.5. stanovuje: „V případě prodlení Prodávajícího s vyřízením reklamace dle odst. 7.7 této smlouvy je Prodávající povinen zaplatit Kupujícímu smluvní pokutu ve výši 1.000,- Kč (slovy jeden tisíc korun českých), a to za každý započatý den prodlení za každou reklamovanou položku Zboží na příslušné objednávce.“ Vzor kupní smlouvy v článku 10.6. stanovuje: „V případě nesplnění povinnosti prodávajícího dle odst. 4.4. nebo dle odst. 4.5. nebo dle odst. 9.5. nebo dle odst. 9.6. této smlouvy je Prodávající povinen Kupujícímu zaplatit smluvní pokutu ve výši 500,- Kč (slovy pět set korun českých) za každý jednotlivý případ porušení takové povinnosti.“ Vzor kupní smlouvy v článku 10.7. stanovuje: „Prodávající je povinen zaplatit Kupujícímu smluvní pokutu ve výši 100,- Kč (slovy jedno sto korun českých) za každý započatý kalendářní den prodlení se splněním závazného termínu pro vystavení nebo odeslání faktury stanoveného v odst. 6.4. této smlouvy. V případě souběhu obou těchto prodlení se tato prodlení za dobu jejich souběhu považují za jedno prodlení.“ Výše uvedené smluvní pokuty jsou nepřiměřené a zajišťují povinnosti, které se běžně v praxi smluvními pokutami nezajišťují, neboť jejich případné nesplnění nedosahuje takové intenzity, aby bylo nutné je zajišťovat smluvní pokutou. Pokud jde o smluvní pokutu v případě prodlení s vyřízením reklamace, vzor kupní smlouvy stanoví povinnost vyřídit reklamaci do 7 kalendářních dní. Tato lhůta je však nepřiměřeně krátká, kdy běžně se lhůty pro reklamaci pohybují okolo 30 dní. Smluvní pokuta ve výši 1000 Kč za každý den prodlení je tedy v tomto kontextu zcela nepřiměřená. Pokud jde o smluvní pokuty za nepotvrzení objednávky, na trhu s léčivými přípravky je zcela běžné, že namísto potvrzení objednávky je zboží přímo dodáno (dodací lhůta dle kupní smlouvy činí jeden pracovní den). Smluvní pokuta za prodlení s vystavením faktury rovněž není na trhu s léčivými přípravky obvyklá, a to s ohledem na množství faktur, které prodávající vystavují. Pokud by každá faktura měla být zajištěna smluvní pokutou ve prospěch kupujícího, takové nastavení by pro prodávajícího představovalo značné obchodní riziko.

Prosíme tedy o vysvětlení, zda zadavatel odpovědně zvážil přiměřenost citovaných ustanovení vzoru kupní smlouvy, a navrhuje, aby byla předmětná ustanovení ze smlouvy vypuštěna, případně aby byly uvedené smluvní pokuty podstatně sníženy. Není-li navrhovaná úprava možná, prosíme o vysvětlení objektivních důvodů, proč zadavatel nastávající úpravě smluvních pokut musí trvat.

Vysvětlení, změna nebo doplnění č. 8:

Na ustanovení o smluvní pokutě za nevyřízení reklamace včas Zadavatel trvá, neboť každá reklamovaná položka je pro Zadavatele administrativní zátěží a ohrožením kontinuity zdravotní péče. Reklamované položky se v lékárenských systémech mohou jevit jako položky skladem nebo potvrzené položky objednávek a může tak dojít k situaci, kdy kvůli prodloužení s vyřízením reklamace na straně Prodávajícího nebude léčivý přípravek k dispozici pro pacienta v čase jeho potřeby, což představuje nepřiměřené zdravotní riziko pro pacienta a reputační riziko pro Zadavatele.

Na smluvní pokutě ve výši 500,- Kč za porušení odstavců 4.4., 4.5., 9.5. a 9.6. smlouvy Zadavatel trvá. Potvrzení objednávky nebo upozornění na nedodání objednaného Zboží je pro Zadavatele naprosto zásadní. V aktuální situaci častých výpadků a nestabilních dodávek léčivých přípravků, je pro Zadavatele naprosto stěžejní mít informace o případném nedodání objednaného Zboží co nejdříve, aby si tak byl schopen zajistit léčivé přípravky u jiného dodavatele, případně přípravky terapeuticky ekvivalentní a tím zajistil kontinuitu zdravotní péče a bezpečí pacientů.

Pokud se týká lhůt pro vyřízení reklamace, sám dodavatel, který vznesl předmětný dotaz, argumentuje výše tím, že v případě léčivých přípravků se reklamace v drtivé většině případů řeší dodáním nového Zboží bez vad. V tom případě Zadavatel nevidí důvod, proč by toto Zboží nemělo být dodáno do 7 (sedmi) dnů. I v případě závozů 1x týdně je tato lhůta dostatečná k dodání náhradního, resp. nového, Zboží. Navíc, jak je uvedeno v odst. 7.7. smlouvy, dodáním nového Zboží bez vad v průběhu 7 (sedmi) dnů, čehož by měl být Prodávající bez obtíží schopen, se lhůta pro celkové administrativní vyřízení reklamace prodlužuje na zmiňovaných 30 dnů.

V případě, že by se jednalo o mimořádné situace, jako je ukončení dodávání Zboží na trh, výpadek ve výrobě atd., je toto ošetřeno v bodě 4. Přílohy č. 2 Dodací podmínky a v odst. 10.4. smlouvy.

Na smluvní pokutě ve výši 100,- Kč za zpoždění s vystavením faktury Zadavatel trvá. Včasné vystavení faktury je klíčové pro plynulý a efektivní platební proces. Zpoždění s vystavením, resp. odesláním, faktury může vést k prodloužení s platbami, což může negativně ovlivnit cash flow Zadavatele (Kupujícího) a narušit jeho finanční plánování. Zadavatel (Kupující) musí navíc v případě prodloužení s vystavením faktury vynaložit další administrativní úsilí a náklady na sledování a urgenci faktur. Smluvní pokuta kompenzuje tyto dodatečné náklady a zátěž, kterou prodloužení způsobuje. Kromě toho Zadavatel předpokládá, že včasné vystavení faktury je v zájmu samotného Prodávajícího, a proto by měl být Prodávající sám motivován k tomu, aby vystavil fakturu včas a tím zajistil plynulý a včasný platební režim.

Jasně definované smluvní pokuty zajišťují právní vymahatelnost a předvídatelnost. Obě smluvní strany mají jasno v důsledcích nedodržení smluvních podmínek, což snižuje riziko sporů a nejasností ohledně náhrady škody či újmy. Zadavatel akcentuje především preventivní význam smluvní pokuty namísto jejího významu sankčního a usiluje tedy o to, aby povinnosti utvrzené smluvní pokutou byly včas a řádně plněny a aby tak k uplatňování systému sankcí vůbec nedocházelo. Bohužel praktická realita je od tohoto očekávání leckdy vzdálená a někteří dodavatelé přistupují k odpovědnému plnění smluvních povinností pouze v těch případech, kdy je nesplnění povinnosti spojeno s uplatněním sankce. Proto Zadavatel musí na předmětných smluvních pokutách trvat.

V Českých Budějovicích

Dne 24. 05. 2024

Hana Beznosková
oddělení veřejných zakázek