

Naše zn.: 2018/125858/FNBRNO -14.7.2 – DrKr/Ha
Vaše zn.: -

V Brně dne 27. 8. 2018

Veřejná zakázka – Rituximab – společné zadávání

Vážení,

zadavatel obdržel dne 23. 8. 2018 dotazy týkající se veřejné zakázky s názvem Rituximab – společné zadávání, ke kterému sděluje následující:

Věc: Žádost o vysvětlení zadávací dokumentace k veřejné zakázce: Rituximab – společné zadávání, ev. č. - Z2018-022350

Dne 10.8.2018 byla na internetovém portálu <https://ezak.fnbrno.cz> v rámci profilu zadavatele zveřejněna zadávací dokumentace včetně příloh a další dokumenty k veřejné zakázce „Rituximab – společné zadávání“ (dále jen „veřejná zakázka“).

Po seznámení se zadávacími podmínkami části č. 1 veřejné zakázky „Rituximab 2018 – Aplikace intravenózní – Skupina č. 1“ je dodavatel toho názoru, že jsou nastaveny v rozporu s pravidly Zákona a se základními zásadami zadávacího řízení.

Zadavatel v rámci části č. 1 veřejné zakázky požaduje dodání léčivého přípravku s účinnou látkou rituximab společně pro léčbu 2 indikací - Nehodgkinské lymfomy u dospělých pacientů a Revmatoidní artritida (i když ostatní části jsou vymezeny pouze pro 1 samostatnou indikaci), což je dle názoru dodavatele v rozporu se zásadou zákazu diskriminace a rovného přístupu stanovených v § 6 odst. 2 zák. č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „Zákon“).

Dle § 35 Zákona zadavatel může rozdělit veřejnou zakázku na více částí, pokud tím neobejde povinnosti stanovené tímto zákonem. Podle § 217 odst. 2 Zákona pak písemná zpráva zadavatele musí obsahovat, odůvodnění postupu, pokud zadavatel nadlimitní veřejnou zakázku nerozdělí na části.

Zákon tak významně motivuje zadavatele k tomu, aby tam, kde je to možné, dělili větší veřejné zakázky na části. Zadavatel by měl postupovat tak, že nejprve podle povahy veřejné zakázky vyhodnotí, zda je zakázka k rozdělení na části vhodná. Pokud ano, zakázku vhodným způsobem rozdělí. Pokud ne, musí v případě nadlimitní veřejné zakázky povinně zdůvodnit v zadávací dokumentaci nebo v písemné zprávě o zadávacím řízení, proč tak neučinil.

V této souvislosti poukazujeme na rozhodovací soudní praxi:

- rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 57/2011 ze dne 1. 11. 2012

„Správně v uvedené souvislosti žalobce argumentuje potřebou aplikovat závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5.6.2008 ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008, který se zabýval skrytou diskriminací. Tyto závěry jsou vystavěny na myšlence, že podle stohé díky § 6 ZVZ je zadavatel povinen při postupu podle ZVZ dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Důvodová zpráva k návrhu ZVZ řadila princip zákazu diskriminace k hlavním principům ZVZ (důvodová zpráva k návrhu ZVZ ze dne 1. srpna 2005, sněmovní tisk č. 1076/0, www.psp.cz). Význam zásady zákazu diskriminace, která je v podstatě odvrácenou stranou zásady rovného zacházení, je určován s ohledem na účel, který tato zásada v daném právním odvětví plní. Zatímco klasické zásady zákazu diskriminace vyjádřené v ústavních dokumentech plní funkci zajištění rovnosti všech lidí v důstojnosti i právech (srov. čl. 1 Listiny základních práv a svobod), a v jistém slova smyslu je tedy

rovnost v oblasti lidskoprávní hodnotou samou o sobě, smysl zákazu diskriminace vyjádřený v § 6 ZVZ je ve své podstatě instrumentální. **Toto ustanovení totiž v první řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky.** ZVZ tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrozeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. **Právě k zajištění konkurence mezi dodavateli slouží zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace.** Smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).

Zdejší soud dodává, že tyto závěry, byť byly vysloveny k otázce diskriminace stanovením požadavků na kvalifikaci, jsou obecně aplikovatelné na veškeré postupy zadavatelů v zadávacích řízeních, tedy mimo jiné jak na stanovení kvalifikace, na stanovení způsobu hodnocení nabídek, na stanovení jiných (smluvních) podmínek,

které musí být v případě uzavření smlouvy vybraným uchazečem plněny, tak na samotné vymezení předmětu veřejné zakázky. Dodržení zásad podle § 6 ZVZ, a tedy i zásady zákazu diskriminace, je pro zadavatele povinností základní a obecnou. Dodržet zásadu zákazu diskriminace podle § 6 ZVZ, včetně zákazu diskriminace skryté, je třeba v průběhu celého zadávacího řízení při jakémkoli úkonu zadavatele, jehož smyslem je dodržet konkrétní předepsaný postup podle ZVZ, a to bez ohledu na skutečnost, zda je obsahová a formální náplň takového úkonu ve všech jeho detailech popsána v dalších konkrétních ustanoveních ZVZ, jež takové úkony zadavatele upravují.

Mělo-li být posouzeno, zda postup zadavatele není diskriminačním, pak si nebylo lze vystačit s východiskem, podle něhož je diskriminací, a tedy porušením § 6 ZVZ, stav, kdy zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku, nýbrž bylo třeba se důkladně zabývat otázkou, zda navenek stejný postup ve vztahu ke všem dodavatelům, který se v daném případě může projevovat tímž (jednotným) vymezením předmětu veřejné zakázky, nevylučuje ze soutěže o veřejnou zakázku ty dodavatele, kteří by ve výsledku mohli plnění poptávané zadavatelem, bylo-li by poptáváno odděleně, splnit za podmínek efektivní soutěže. Podmínkou tu pochopitelně je, aby takové oddělené plnění bylo vůbec možné – a to tedy nutně bylo klíčovou odbornou otázkou pro žalovaného.

Jestliže tedy zadavatel, byť podle svého vlastního rozhodnutí, poptává plnění, které není plněním, jež je nutno z technických a ekonomických důvodů poptávat společně, jako plnění jediné (společné), přitom podmínkám vycházejícím z takto nastavené poptávky, jež se projevuje v samotném vymezení předmětu veřejné zakázky, může vyhovět pouze velmi omezený počet dodavatelů (dokonce pouze jediný dodavatel, jak tvrdí žalobce), zatímco při oddělené zadavatelově poptávce po takto dle úvahy zadavatele spojeném plnění by se o zakázku v jednotlivých oblastech plnění mohl ucházet vyšší počet dodavatelů, přitom obě plnění jsou plněními, jež se jinak

poskytují samostatně (tento fakt v daném případě může plynout už z toho, že na trhu podle tvrzení žalobce existuje vyšší počet dodavatelů, kteří poskytují buď jedna nebo druhé plnění v rámci spojeného celkového plnění), pak takový postup lze kvalifikovat jako diskriminační, odporující zásadám podávaným z § 6 ZVZ. Je tomu tak proto, že někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by plnění, které je zadavatelem poptáváno, mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní, nehledě k tomu, že by je při zajištění efektivní soutěže o veřejnou zakázku mohli realizovat za podmínek pro zadavatele výhodnějších.

Pro posouzení této otázky je podstatný objektivní důsledek postupu zadavatele, tj. dopad, který jeho rozhodnutí ohledně vymezení předmětu veřejné zakázky – bez možnosti podat nabídky na části veřejné zakázky - z pohledu zajištění efektivní soutěže o veřejnou zakázku vyvolalo. I kdyby tedy zadavatele k jeho postupu vedly na první pohled dobře hájitelné důvody, ať už spojené s jeho nedostatkem zkušeností s poptáváním příslušného plnění nebo s administrativní výhodností poptávat plnění jako celek anebo s potřebou eliminovat smluvní (obchodní) rizika spojená s realizací jednotlivých plnění větším počtem dodavatelů, neznamená to, že by takový postup nemohl vykazovat

prvky skryté diskriminace ve vztahu k jiným dodavatelům než k tomu, který podle žalobce jako jediný mohl předmět veřejné zakázky sám splnit....

- rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 7/2010 ze dne 2.3.2010

„Jak již uvedl Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Af s 20/2008-152, publikovaném ve Sb. NSS pod č. 1771/2009, smysl § 6 ZVZ „v první řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli“. Právě zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace pak slouží k zajištění konkurence mezi dodavateli. Nejvyšší správní soud zdůraznil, že „smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede k interpretaci § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli)“.

Z uvedeného plyne, že v důsledku široce vymezeného předmětu veřejné zakázky podalo nabídku méně dodavatelů, než by tomu bylo v situaci, kdy by jednotlivá plnění byla poptávána samostatně. Aplikuje-li zdejší soud na tuto situaci závěry učiněné ve shora uvedeném rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, má za to, že by se o porušení zásady zákazu diskriminace jednat mohlo. V důsledku široce vymezeného předmětu veřejné zakázky totiž došlo k omezení konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Takové omezení pak zpravidla může způsobit skrytou diskriminaci. Soud tedy činí důležitý závěr, že v případě, kdy zadavatel vymezí předmět veřejné zakázky příliš široce (tzn. v rámci jedné veřejné zakázky požaduje plnění, která spolu vzájemně nesouvisí) a v důsledku toho podalo nabídku méně dodavatelů než v situaci, kdy by byla tato jednotlivá plnění poptávána samostatně, může se zadavatel dopouštět skryté diskriminace. Diskriminováni jsou zde ti dodavatelé, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna. Podmínkou zde však je požadavek, aby se jednalo o plnění, která spolu vzájemně nesouvisí.

Právě popsané diskriminaci by pak bylo možno podle názoru soudu zabránit buď tím, že by zadavatel plnění, která spolu vzájemně nesouvisí, poptával ve více veřejných zakázkách, případně tím, že by veřejnou zakázku rozdělil a umožnil podávání nabídek i na její jednotlivé části.“

Z výše uvedeného vyplývá, že pokud zadavatel může rozdělit veřejnou zakázku na více částí, za situace, kdy by tento postup mohl vést k tomu, že v důsledku rozdělení může podat nabídku větší okruh dodavatelů (resp. léčivých přípravků), je takový postup pro zadavatele s ohledem na zákaz (i skryté) diskriminace povinný.

V daném případě není dodavateli zcela zřejmé, proč byly v části č. 1 veřejné zakázky sloučeny dvě indikace, když v ostatních částech jsou jednotlivé indikace zadávány samostatně. Vysvětlení tohoto postupu není v zadávací dokumentaci uvedeno.

S odkazem na výše uvedené dodavatel navrhuje, aby zadavatel rozdělil část č. 1 veřejné zakázky (intravenózní podání) na dvě samostatné části, tedy na dodávku léčivého přípravku s účinnou látkou rituximab pro léčbu ne Hodgkinských lymfomů u dospělých pacientů a na dodávku tohoto přípravku pro léčbu revmatoidní artritidy.

Odpověď:

Zadavatel uvádí, že zadávací dokumentace byla zadavatelem napsána naopak právě tak, aby nebyla diskriminační a umožnila účast více účastníků.

Zadavatel dále uvádí, že dělení veřejné zakázky vychází z úhrad pojišťovny na jednotlivé indikace a dle toho, který preparát má jakou schválenou úhradu od plátců.

Na základě dotazů účastníka nedojde ke změně zadávací dokumentace ani k prodloužení lhůty pro podání nabídek.

S pozdravem

MUDr. Roman Kraus, MBA
ředitel FN Brno