

Naše zn.: 2020/36942/FNBRNO - 14.7 – DrŠ/Ha
Vaše zn.: -

V Brně dne 6. 3. 2020

Veřejná zakázka – Antineoplastika - Bevacizumab

Vážení,

zadavatel obdržel dne 3. 3. 2020 dotazy týkající se veřejné zakázky s názvem Antineoplastika - Bevacizumab, ke kterému sděluje následující:

Dotaz:

Podle čl. IV odst. 2 vzoru rámcové smlouvy je dodavatel povinen dodat zboží do 48 hodin od doručení objednávky. Podle věty druhé čl. IV odst. 2 vzoru kupní smlouvy stanoví, že „[z]boží však vždy musí být dodáno v pracovních dnech v době od 6:00 hodin do 15:00 hodin nebo v sobotu v době od 8:00 hodin do 12:00 hodin, ledaže se smluvní strany dohodnou jinak.“

Povinnost dodat zboží v sobotu je **velmi nestandardní**, naprostá většina dodavatelů aktivních na trhu není schopna dodávky v sobotu realizovat. Zároveň nelze od dodavatelů léčivých přípravků rozumně požadovat, aby objednávky zadavateli doručovali mimo pracovní dny. Z logistických důvodů je tak nemožné objednané zboží v sobotu dodat a splnit tak požadovanou dodací lhůtu v délce 48 hodin od doručení objednávky. Tento požadavek se tak **naprosto vymyká běžné obchodní praxi** a je pro dodavatele v zásadě **nesplnitelný**.

Prosíme tedy o vysvětlení, zda zadavatel odpovědně zvážil přiměřenost a nezbytnost ustanovení čl. IV odst. 2 věty druhé vzoru kupní smlouvy a **navrhujeme**, aby toto ustanovení bylo upraveno v tom smyslu, že Zboží bude dodáno zadavateli **v pracovní dny od 8,00 hod. do 15,00 hod.**,

Není-li navrhovaná úprava možná, prosíme o vysvětlení objektivních důvodů, proč zadavatel na stávající úpravě dodací lhůty trvá.

Odpověď:

Zadavatel uvádí, že smlouva je obecná pro všechny dodavatele. Také dodací lhůta 48 hodin je standardní. Formulace „ledaže se smluvní strany dohodnou jinak“ řeší jiný termín dodání, jak je 48 hodin a sobota. Zadavatel uvádí, že trvá na znění věty druhé čl. IV. odst. 2 rámcové kupní smlouvy.

Dotaz:

Vzor rámcové smlouvy v čl. V odst. 5 stanoví, že „[v] případě, že VZP sníží výši úhrady za některou položku Zboží a nestanoví-li právní předpis, správní rozhodnutí nebo cenový předpis jinak, přičemž výše této úhrady byla před tímto jejím snížením nižší než jednotková kupní cena této položky Zboží uvedená v příloze č. 1 této Smlouvy, tato jednotková kupní cena se snižuje o částku, o kterou se snížila tato úhrada Všeobecné zdravotní pojišťovny. Prodávající je povinen v takovém případě na výzvu Kupujícího uzavřít dodatek k této Smlouvě, jehož předmětem bude toto snížení jednotkové kupní ceny položky Zboží“.

Takto formulovaná smluvní podmínka je jednak vůči dodavateli **nepřiměřená**, jednak **nereflektuje pravidla cenové a úhradové regulace**, a to níže uvedených důvodů.

Předně o **snížení úhrady** rozhoduje Státní ústav pro kontrolu léčiv, nikoli zdravotní pojišťovna. Rozhodne-li však Státní ústav pro kontrolu léčiv o snížení úhrady, nemusí vždy souběžně s tím rozhodnout také o snížení maximální ceny původce (výrobce). Je pak na rozhodnutí výrobce, zda (i) bude léčivý přípravek na trh dodávat za původní, nesníženou cenu, což v praxi znamená prodej s doplatkem, (ii) cenu sníží tak, aby odpovídala snížené úhradě, nebo (iii) s ohledem na snížení rentability omezí či zcela zastaví dodávky léčivého přípravku na trh. Předmětné ustanovení rámcové smlouvy však vyžaduje, aby dodavatel v případě snížení úhrady za všech okolností snížil cenu. Takový požadavek je však – zejména ve spojení s navrhovanou 2měsíční výpovědní dobou v případě výpovědi ze strany dodavatele – zjevně **nepřiměřený**, jelikož snížení úhrady je zcela mimo dodavatelovu kontrolu. Po dodavateli pak **nelze spravedlivě požadovat, aby snížení úhrady kompenzoval ze svého**, tedy, aby léčivý přípravek dodával za cenu, která pro něj může být **ekonomicky neúnosná**. Dodavatel by totiž měl mít možnost reagovat na snížení úhrady dle své volby, a to v závislosti na tom, zda je pro něj snížení ceny ekonomicky únosné, zejména by měl být oprávněn odmítnout dodávku léčivého přípravku za sníženou cenu.

Prosíme tedy o vysvětlení, zda zadavatel odpovědně zvážil přiměřenost a nezbytnost čl. V odst. 5 rámcové smlouvy, a **navrhujeme**, aby toto ustanovení bylo buď zcela **vypuštěno** nebo **upraveno** v tom smyslu, že v případě snížení úhrady, má dodavatel možnost volby buď snížit cenu anebo s okamžitou účinností smlouvu vypovědět (či odmítnout dodávku za sníženou cenu). Není-li navrhovaná úprava možná, prosíme o **vysvětlení objektivních důvodů**, proč zadavatel trvá na současném znění tohoto ustanovení.

Odpověď:

Zadavatel uvádí, že trvá na znění čl. V odst. 5 rámcové kupní smlouvy.

Dotaz:

Vzor rámcové smlouvy v čl. VII odst. 5 stanoví, že „[k]upující je povinen případné vady Zboží písemně oznámit Prodávajícímu bez zbytečného odkladu po jejich zjištění a uplatnit svůj požadavek na jejich odstranění.“

Vzor rámcové smlouvy tedy nikterak nerozlišuje mezi zjevnými a skrytými vadami a pro všechny typy vad stanoví jednotnou reklamační lhůtu bez zbytečného odkladu **po zjištění** vady, aniž by tato lhůta byla jakkoli objektivně ohraničena. V případě **zjevných vad** (porušený obal, množstevní vady, vady vzniklé rozbitím nebo prázdná balení) je přitom kupující objektivně schopen takové vady bez jakýchkoli obtíží odhalit již při převzetí zboží. Smlouva mu však umožňuje otálet a tyto zjevné vady uplatnit prakticky kdykoli po dodání. Reklamační lhůta je tak dle našeho názoru **nepřiměřeně dlouhá**, a to jak ve vztahu ke skrytým vadám, tak zejména ve vztahu k vadám zjevným.

Požadovaná reklamační lhůta se značně **odchyluje od ustanovení občanského zákoníku**, která lze považovat za spravedlivě vyvažující zájmy prodávajícího i kupujícího. Podle § 2112 odst. 1 občanského zákoníku totiž platí, že neoznámil-li kupující vadu bez zbytečného odkladu **poté, co ji mohl při včasné prohlídce a dostatečné péči zjistit**, soud mu právo z vadného plnění nepřizná.

Požadovaná reklamační lhůta se rovněž **vymyká obchodním zvyklostem**. Pro **zjevné vady** se totiž v obdobných smlouvách obvykle ujednává reklamační lhůta **jednoho pracovního dne**, kterou lze považovat za zcela dostatečnou vzhledem k povaze předmětného plnění. Pro **skryté** (zejména kvalitativní) **vady** se pak reklamační lhůta standardně ohraničuje tak, že končí nejpozději **uplynutím doby použitelnosti** daného léčivého přípravku, jelikož po dodavateli logicky nelze požadovat, aby odpovídal za vlastnosti daného přípravku po uplynutí doby jeho použitelnosti.

Zadavatelem požadovaná reklamační lhůta pro veškeré vady, včetně vad odhalitelných běžnou prohlídkou, tak způsobuje **značnou nerovnováhu** v právním vztahu mezi zadavatelem a potenciálním dodavatelem, neboť zadavateli dává zcela bezdůvodně možnost uplatnit u dodavatele rovněž vady, ke kterým mohlo dojít například v důsledku další manipulace se zbožím v prostorách nemocnice prakticky kdykoli po dodání zboží. Z tohoto hlediska je také neobhajitelné, aby zadavatel mohl uplatnit vady i po uplynutí doby použitelnosti.

Prosíme tedy o vysvětlení, zda zadavatel odpovědně zvážil vhodnost a přiměřenost ustanovení čl. VII odst. 5 rámcové smlouvy, a **navrhujeme**, aby toto ustanovení bylo upraveno v tom smyslu, že (i) reklamační lhůta v případě **zjevných vad** jako jsou porušený obal, množstevní vady, vady vzniklé rozbitím nebo prázdná balení činí nanejvýš **2 pracovní dny** a že (ii) **ostatní vady** lze reklamovat **ve lhůtě 6 měsíců od dodání nebo do konce doby použitelnosti** přípravku, podle toho, která skutečnost nastane dříve. Není-li navrhovaná úprava možná, prosíme o **vysvětlení objektivních důvodů**, proč zadavatel na stávající reklamační lhůtě u zjevných vad trvá.

Odpověď:

Zadavatel uvádí, že trvá na znění čl. VII odst. 5 rámcové kupní smlouvy.

Dotaz:

Podle čl. VII odst. 5 je dodavatel „[o]právněněn započítat své peněžité pohledávky za Kupujícím výhradně na základě písemné dohody obou smluvních stran, jinak je započtení pohledávek neplatné.“

Toto ustanovení považuje společnost [REDAKCE] za **nepřiměřeně omezující**. V obchodním styku je totiž běžné (a to nejen v souvislosti s dodávkami léčivých přípravků), že obchodní partneři vzájemně jednostranně započítávají své peněžité pohledávky. Započtení pohledávek bez nutnosti předchozího písemného schválení přitom předvídá i obecná právní úprava (viz § 1982 občanského zákoníku), podle které je možné pohledávky započíst na základě jednostranného prohlášení jedné ze smluvních stran. Výše citované ustanovení tento standardní postup ztěžuje, jelikož pro každý jednotlivý případ započtení pohledávek vyžaduje, aby bylo toto započtení nejprve písemně odsouhlaseno zadavatelem. Tím dochází k značné ztrátě flexibility tohoto institutu.

Prosíme tedy o vysvětlení, zda zadavatel odpovědně zvážil přiměřenost a nezbytnost tohoto ustanovení a **navrhujeme**, aby bylo zcela **vypuštěno a započtení pohledávek se tak řídilo obecnou právní úpravou**, případně aby byla stanovena lhůta pro udělení souhlasu ze strany zadavatele, přičemž není možné souhlas bezdůvodně odepřít. Není-li navrhovaná úprava možná, prosíme o **vysvětlení objektivních důvodů**, proč zadavatel na započtení pohledávek pouze po písemném souhlasu trvá.

Odpověď:

Zadavatel uvádí, že tazatel chybně označil článek a odstavec rámcové kupní smlouvy, který požaduje změnit. Jedná se o čl. VI odst. 9. Zadavatel dále uvádí, že souhlasí s vypuštěním věty druhé čl. VI odst. 9 rámcové kupní smlouvy.

Na základě této odpovědi bude změněna příloha č. 1 zadávací dokumentace a nedojde k prodloužení lhůty pro podávání nabídek.

S pozdravem

Prof. MUDr. Jaroslav Štěrbá, Ph.D.
ředitel