

Naše zn.: 2023/99184/FNBrno - 14.7 – DrR/Sr

Vaše zn.: -

V Brně dne 19. 6. 2023

Veřejná zakázka – Glekaprevir, Pibrentasvir

Vážený, zadavatel obdržel dne 14. 6. 2023 dotaz, týkající se veřejné zakázky s názvem Glekaprevir, Pibrentasvir, ke kterému sděluje následující:

Dotaz:

Vážený,
po prostudování Zadávací dokumentace k nadlimitní veřejné zakázce na dodávky „GLEKAPREVIR, PIBRENTASVIR“, (dále jen „Zadávací dokumentace“) zejména bodu 2 Předmět, kde se uvádí: „*Předmětem zadávacího řízení je uzavření rámcové kupní smlouvy na dodávky léčivých přípravků (dále také „zboží“) dle potřeb zadavatele. Dodavatel je povinen nabídnout léčivý přípravek výhradně v uvedené síle a formě. Dodavatel je povinen podat nabídku na léčivý přípravek registrovaný v souladu se zákonem č. 378/2007 Sb., o léčivech, ve znění pozdějších předpisů, nebo dle přímo použitelného předpisu Evropské unie, obsahujícího níže uvedenou účinnou látku. **Klasifikace předmětu veřejné zakázky:** CPV kód: 3360000 **Specifikace zboží:** Léčivý přípravek s účinnou látkou Glekaprevir, Pibrentasvir, ATC skupina J05AP57 **Předpokládané množství odebíraného zboží za čtyři roky:** 370 originálních balení o velikosti 100MG/40MG TBL FLM 84(4X21), 120 originálních balení o velikosti 50MG/20MG GRA OBD SCC 28*

*Zadavatel výslovně upozorňuje, že zde uvedené údaje představují pomůcku pro stanovení nabídkové ceny a nebudou závazné ani výchozí pro plnění veřejné zakázky. Zadavatel nebude sankcionován za vyšší či nižší odběr. V indikaci: dle platného SPC **Rozdělení veřejné zakázky na části:** Veřejná zakázka není rozdělena na části.“* si Vám dovoluujeme sdělit, že varianta požadovaného léčivého přípravku o velikosti originálního balení 50MG/20MG GRA OBD SCC 28 není v České republice běžně dostupná pro většinu subjektů zabývajících se distribucí léčivých přípravků. Na základě této skutečnosti je dodavatel toho názoru, že takto stanovené podmínky mohou být v rozporu s pravidly zák. č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „Zákon“) a se základními zásadami zadávacího řízení.

Zadavatel veřejné zakázky neumožňuje rozdělení zakázky na jednotlivé části (tedy jednotlivé síly) a to bez relevantního odůvodnění, což je dle názoru spol. v rozporu se zásadou zákazu diskriminace a rovného přístupu stanovených v § 6 odst. 2 zák. č. 134/2016 Sb., Zákona, neboť nerozdělení této veřejné zakázky na dvě části významně omezuje možnost účasti většiny výše specifikovaných subjektů, čehož důsledek může být významné navýšení kupní ceny pro obě varianty Léčivého přípravku, jenž je předmětem této veřejné zakázky.

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 strohé dikce § 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 hrazeno 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 zakázky 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 jedno 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 prvé 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 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 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 dílčí závěr, že v případě, kdy zadavatel vymezí předmět veřejné zakázky příliš široce (tzn. v rámci jedné veřejné zakázky požaduje plnění, která spolu vzájemně nesouvisejí) 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 nesouvisejí.

Právě popsání diskriminaci by pak bylo možno podle názoru soudu zabránit buď tím, že by zadavatel plnění, která spolu vzájemně nesouvisejí, 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, je takový postup pro zadavatele s ohledem na zákaz (i skryté) diskriminace povinný.

S odkazem na výše uvedené dodavatel navrhuje, aby zadavatel umožnil podat nabídku na jednotlivé části vymezené v Předmětu veřejné zakázky bez dalších omezení, neboť jinak by mohlo dojít k neodůvodněné diskriminaci některých dodavatelů.

Děkujeme za Vaši ochotu v této věci.
S pozdravem

Na základě tohoto dotazu dojde ke zrušení zadávacího řízení. Zadavatel upraví zadávací podmínky, tj. rozdělí veřejnou zakázku na části, a zakázku opětovně vyhlásí.

S pozdravem

MUDr. Ivo Rovný, MBA
ředitel FN Brno

Vyřizuje: Ing. Michaela Stravová, DiS., referent OPV, tel. 532 231 240, Stravova.Michaela@fnbrno.cz