

V Brně dne 2. 10. 2023

Naše zn.: 2023/150534/FNBrno - 14.7 - DrR/Ha
Vaše zn.:

Veřejná zakázka – Faricimab - sdružený nákup

Vážení,

zadavatel obdržel dne 25. 9. 2023 dotazy týkající se veřejné zakázky s názvem Faricimab - sdružený nákup, ke kterým sděluje následující:

Dotaz:

Vážení,

naše společnost xxxxx ve smyslu § 98 zákona o zadávání veřejných zakázek žádá o vysvětlení zadávací dokumentace veřejné zakázky s názvem „Faricimab - sdružený nákup“, která je realizována jako společné zadávání veřejné zakázky zadavateli Fakultní nemocnice Hradec Králové, Fakultní nemocnice Brno a Fakultní nemocnice Olomouc, s Fakultní nemocnicí Brno jako se zástupcem účastníků společného zadávání pro účely realizace veřejné zakázky. Tato zakázka je zadávána v otevřeném nadlimitním řízení dle zákona o zadávání veřejných zakázek uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. srpna 2023 pod ev. č. Z2023-037658. Naše společnost žádá o vysvětlení k níže uvedeným ustanovením závazných vzorů kupních smluv pro jednotlivé účastníky společného zadávacího řízení, které tvoří přílohu č. 2, 3 a 4 zadávací dokumentace.

DOTAZ Č. 1: KE SNÍŽENÍ CENY V PŘÍPADĚ SNÍŽENÍ ÚHRADY

Vzor kupní smlouvy v čl. III odst. 10 stanoví, že: „Prodávající se zavazuje písemně informovat kupujícího o změně regulačních předpisů mající vliv na cenu léčivých přípravků, které jsou předmětem plnění této smlouvy. V případě, že dojde ke snížení/zvýšení úhradových cen předmětu plnění, je prodávající povinen provést alikvotní snížení/zvýšení kupní ceny dodatkem k této smlouvě.“ Takto formulovaná smluvní podmínka je jednak vůči prodávajícímu nepřiměřená, jednak nereflakuje pravidla cenové a úhradové regulace. Předmětné ustanovení návrhu kupní smlouvy vyžaduje, aby prodávající v případě snížení úhrady za všech okolností snížil svou cenu za dodávky léčivého přípravku. Takový požadavek je však zjevně nepřiměřený, jelikož snížení úhrady je zcela mimo dodavatelovu kontrolu. O snížení úhrady rozhoduje Státní ústav pro kontrolu léčiv. 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; nebo (ii) cenu sníží tak, aby odpovídala snížené úhradě; nebo (iii) s ohledem na snížení rentability omezí či zcela zastaví dodávky léčivého přípravku na trh.

Po prodávajícím totiž nelze spravedlivě požadovat, aby snížení úhrady kompenzoval ze svého, tedy, aby léčivý přípravek dodával za cenu, která pro něj může být ekonomicky neúnosná. Prodávající proto musí mít možnost reagovat na snížení úhrady dle své volby, a to v závislosti na tom, zda je pro něj snížení ceny ekonomicky únosné. Povinnost automatického snížení jednotkové ceny by prodávajícího ve smluvním vztahu s Vaší nemocnicí značně znevýhodnila. Ve spojení s čl. VII odst. 7 návrhu kupní smlouvy, podle kterého nelze smlouvu ukončit dříve než uplynutím 9 měsíců od její účinnosti, je pak

prodávající vystaven riziku, že v případě, že Státní ústav pro kontrolu léčiv sníží úhradu v době, kdy smlouvu nelze vypovědět, bude prodávající nucen dodávat přípravky za sníženou cenu bez možnosti se z tohoto závazku vyvázat. Takové ustanovení je pro naši společnost neakceptovatelné, vymyká se obchodním zvyklostem a nelze jej dle našeho názoru po prodávajícím spravedlivě požadovat. Rovněž v této souvislosti dodáváme, že toto ustanovení může mít potenciální dopad na soulad jednání naší společnosti s pravidly hospodářské soutěže, neboť může nutit naši společnost k dodání přípravku na trh za ceny, které by mohly být vyhodnoceny jako predátorské, nebo se těmto cenám alespoň blížícím. Toto ve spojení s čl. VII odst. 7 návrhu kupní smlouvy (viz výše) může mít za následek situaci, kdy naše společnost bude v důsledku uzavření smlouvy s Vaší nemocnicí nucena dodávat přípravky po dlouhé období (až 9 měsíců) za ceny, které nemusí naší společnosti umožňovat vytvářet zisk. Takové jednání je ale v rozporu s pravidly ochrany hospodářské soutěže, neboť by tím naše společnost získala vůči ostatním soutěžitelům na trhu neoprávněnou výhodu (podíl na trhu by vzrostl jen díky tomu, že by dodávala přípravek na trh bez tvorby zisku). Prosíme tedy o vysvětlení, zda zadavatel odpovědně zvážil přiměřenost a nezbytnost čl. III odst. 10 návrhu kupní smlouvy, a navrhuje, aby toto ustanovení bylo buď zcela vypuštěno, případně 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, žádáme o vysvětlení objektivních důvodů, proč zadavatel trvá na současném znění tohoto ustanovení.

Odpověď:

Zadavatel sděluje, že trvá na původním znění zadávací dokumentace.

DOTAZ Č. 2: KE SPLATNOSTI FAKTURY PŘI POŘÍZENÍ NÁHRADNÍHO ZBOŽÍ

Podle čl. V odst. 1 návrhu kupní smlouvy platí, že: „V případě nedodání zboží, prodlení prodávajícího s dodáním zboží nebo s dodáním náhradního zboží při reklamaci vad zboží kupujícím, případně odmítnutím prodávající objednávku kupujícího či její část, je kupující oprávněn nakoupit zboží na volném trhu od jiného dodavatele za cenu obvyklou. Prodávající je v takovém případě oprávněn bez zbytečného odkladu nabídnout kupujícímu alternativní zboží, které bude v souladu s touto smlouvou a Zadávací dokumentací. Kupující má však právo dodávku tohoto alternativního zboží odmítnout. Pokud kupující dodávku alternativní zboží odmítne, je prodávající povinen na základě penalizační faktury vystavené kupujícím uhradit kupujícímu rozdíl mezi kupní cenou zboží (včetně DPH) dle této smlouvy a kupní cenou zboží (včetně DPH) uhrazenou kupujícím za zboží z volného trhu.“ S tím, že dle čl. V odst. 3 návrhu kupní smlouvy je splatnost penalizační faktury podle odstavce 1 stanovena na 10 dnů ode dne doručení výzvy k jejímu zaplacení. Podle našeho názoru je výše uvedené řešení neadekvátní. I přestože je penalizační faktura vystavována pouze ve velice specifických případech, jejichž četnost nelze očekávat příliš vysokou, stále se jedná o fakturu, jejíž splatnost by měla být stanovena ve shodě se splatností s fakturou za nákup zboží, které je předmětem veřejné zakázky. Dle čl. III odst. 6 návrhu kupní smlouvy je splatnost standardní nákupní faktury 60 dní. Z našeho pohledu je velice nevyvážené, pokud je splatnost faktury za dodání zboží (což budou řádově vyšší částky než v případě penalizační faktury) stanovena na šestnásobek splatnosti penalizační faktury. S ohledem na interní nastavení procesů v rámci naší společnosti není 10 denní lhůta realizovatelná a domníváme se, že stejný problém bude mít jakýkoliv jiný větší dodavatel léčivých přípravků, který provádí větší množství plateb. Z tohoto důvodu považujeme uvedený požadavek za nepřiměřený a porušující princip rovného zacházení ve smyslu § 6 zákona o zadávání veřejných zakázek.

Prosíme tedy o vysvětlení, zda zadavatel odpovědně zvážil přiměřenost a nezbytnost splatnosti penalizační faktury dle čl. V odst. 3 návrhu kupní smlouvy, a navrhuje, aby toto ustanovení bylo upraveno v tom smyslu, že splatnost penalizační faktury činí 60 dnů od data doručení výzvy k její úhradě. Není-li navrhovaná úprava možná, prosíme o vysvětlení objektivních důvodů, proč zadavatel na stávající úpravě lhůty pro splatnost penalizační faktury trvá.

Odpověď:

Zadavatel upravuje čl. V. odst. 3 návrhů smluv následovně:

„Prodávající se zavazuje uhradit penalizační fakturu kupujícímu ve lhůtě do 60 dnů ode dne doručení výzvy k jejímu zaplacení.“

DOTAZ Č. 3: K VÝPOVĚDNÍ DOBĚ

Dle čl. VII. odst. 7 návrhu kupní smlouvy platí: „Smluvní strany jsou oprávněny tuto smlouvu vypovědět písemnou výpovědí i bez uvedení důvodu doručenou druhé smluvní straně. Výpovědní doba činí 4 měsíce a počíná běžet prvním dnem kalendářního měsíce následujícího po měsíci, v němž byla výpověď doručena druhé smluvní straně. Tato smlouva je v takovém případě ukončena nejdříve uplynutím 9 měsíců od nabytí účinnosti této smlouvy.“ Výpovědní doba v délce 4 měsíců ve smluvních vztazích tohoto typu není standardní, v podobných smluvních vztazích je běžně sjednávána výpovědní doba v délce maximálně 2 měsíců. Zároveň je vysoce nestandardní ustanovení neumožňující ukončení smlouvy dříve než 9 měsíců od nabytí její účinnosti. Dle naší společnosti pro takové ujednání v kupní smlouvě není dán zcela žádný důvod. V průběhu plnění veřejné zakázky může nastat řada situací, v nichž by prodávající mohl mít oprávněný zájem na vypovězení smlouvy jako např. nepřiměřené zvýšení výrobních nákladů a s tím související neudržitelnost nabídkové ceny. Rizika plynoucí z absence možnosti ukončení smlouvy dříve než za 9 měsíců od nabytí účinnosti smlouvy jsou natolik vysoká, že by mohla řadu potenciálních dodavatelů odradit od podání nabídky, v důsledku čehož by mohlo dojít k omezení hospodářské soutěže. Prosíme tedy o vysvětlení, zda zadavatel odpovědně zvážil důvody pro takto dlouhou výpovědní dobu v čl. VII. odst. 7 návrhu kupní smlouvy a navrhuje, aby bylo toto ustanovení nahrazeno ujednáním standardní výpovědní doby v délce 2 měsíců, a aby nemožnost výpovědi smlouvy v prvních 9 měsících jejího trvání byla ze smlouvy zcela vypuštěna. Pokud navrhovaná úprava není možná, prosíme o vysvětlení objektivních důvodů, proč zadavatel na takto dlouhé výpovědní době musí trvat.

Odpověď:

Zadavatel upravuje čl. VII. odst. 7 návrhů smluv následovně:

„Smluvní strany jsou oprávněny tuto smlouvu vypovědět písemnou výpovědí i bez uvedení důvodu doručenou druhé smluvní straně. Výpovědní doba činí 2 měsíce a počíná běžet prvním dnem kalendářního měsíce následujícího po měsíci, v němž byla výpověď doručena druhé smluvní straně.“

Na základě této odpovědi bude změněna zadávací dokumentace a dojde k prodloužení lhůty pro podání nabídek.

S pozdravem

MUDr. Ivo Rovný, MBA
ředitel