



UOHSX00B9VAV

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0062/2018/VZ-19654/2018/323/JKt

Brno 4. července 2018

V řízení o rozkladu ze dne 20. 4. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **B. Braun Medical s.r.o.**, IČO 48586285, se sídlem V Parku 2335/20, 148 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 1. 1. 2017 Mgr. Milanem Filípkem, zaměstnancem,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0061/2018/VZ-10030/2018/531/Est ze dne 5. 4. 2018, vydanému ve správním řízení zahájeném na návrh ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Fakultní nemocnice Hradec Králové**, IČO 00179906, se sídlem Sokolská 581, 500 03 Hradec Králové,

při zadávání veřejné zakázky „**Obnova infuzní techniky**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 9. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 9. 2017 pod ev. č. Z2017-024198, ve znění oprav uveřejněných dne 2. 10. 2017, dne 16. 10. 2017, dne 23. 10. 2017, dne 23. 11. 2017, dne 24. 11. 2017, dne 4. 12. 2017, dne 2. 1. 2018 a dne 10. 1. 2018, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 9. 2017 pod ev. č. 2017/S 169-346687, ve znění oprav uveřejněných dne 4. 10. 2017 pod ev. č. 2017/S 190-389042, dne 17. 10. 2017 pod ev. č. 2017/S 199-409425, dne 21. 10. 2017 pod ev. č. 2017/S 203-418303, dne 23. 11. 2017 pod ev. č. 2017/S 225-468375, dne 24. 11. 2017 pod ev. č. 2017/S 226-470725, dne 2. 12. 2017 pod ev. č. 2017/S 232-483728, dne 30. 12. 2017 pod ev. č. 2017/S 250-527255 a dne 10. 1. 2018 pod ev. č. 2018/S 006-009154,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0061/2018/VZ-10030/2018/531/Est ze dne 5. 4. 2018

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 16. 2. 2018 byl Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgánu příslušnému podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹) k doзору nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, doručen návrh navrhovatele – B. Braun Medical s.r.o., IČO 48586285, se sídlem V Parku 2335/20, 148 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 1. 1. 2017 Mgr. Milanem Filípkem, zaměstnancem, (dále jen „**navrhovatel**“) – z téhož dne na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Fakultní nemocnice Hradec Králové, IČO 00179906, se sídlem Sokolská 581, 500 03 Hradec Králové, (dále jen „**zadavatel**“) – při zadávání veřejné zakázky „Obnova infuzní techniky““, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 9. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 9. 2017 pod ev. č. Z2017-024198, ve znění oprav uveřejněných dne 2. 10. 2017, dne 16. 10. 2017, dne 23. 10. 2017, dne 23. 11. 2017, dne 24. 11. 2017, dne 4. 12. 2017, dne 2. 1. 2018 a dne 10. 1. 2018, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 9. 2017 pod ev. č. 2017/S 169-346687, ve znění oprav uveřejněných dne 4. 10. 2017 pod ev. č. 2017/S 190-389042, dne 17. 10. 2017 pod ev. č. 2017/S 199-409425, dne 21. 10. 2017 pod ev. č. 2017/S 203-418303, dne 23. 11. 2017 pod ev. č. 2017/S 225-468375, dne 24. 11. 2017 pod ev. č. 2017/S 226-470725, dne 2. 12. 2017 pod ev. č. 2017/S 232-483728, dne 30. 12. 2017 pod ev. č. 2017/S 250-527255 a dne 10. 1. 2018 pod ev. č. 2018/S 006-009154, (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dnem 16. 2. 2018, kdy Úřad návrh obdržel, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 56 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

3. Navrhovatel ve svém návrhu brojil proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky. Navrhovatel uvedl, že zadavatel svým postupem porušil zásady stanovené v § 6 zákona, jelikož požadavky obsažené v zadávací dokumentaci považuje navrhovatel za nepřiměřené a netransparentní. Navrhovatel ve svých námitkách argumentoval především nepřiměřeností požadavku, aby po dobu trvání záruční lhůty a pozáručního servisu byl na českém trhu dosažitelný spotřební materiál minimálně od 4 výrobců, jenž bude kompatibilní se zařízeními dodavatele. Za diskriminační však považoval navrhovatel také požadavek, aby tuto kompatibilitu splňoval předmět veřejné zakázky již v době podání nabídky.
4. Dále pak navrhovatel brojil proti smluvní pokutě ve výši 5000 Kč za porušení výše uvedeného požadavku a prodlení s jeho nápravou v průběhu záruky a pozáručního servisu, a to za každý započatý kalendářní den a případ zvláště. Kromě nepřiměřenosti této smluvní pokuty brojil zadavatel také vůči netransparentnosti podmínek jejího uplatnění a dále podmínek, za nichž se lze z nesplnění požadavku na existenci 4 dodavatelů spotřebního materiálu vyvinut. V důsledku netransparentnosti a neurčitosti této části zadávací dokumentace pak navrhovatel tvrdil, že v jejím důsledku vzniká prostor pro libovůli při uplatnění sankce zadavatelem. Nezákonně stanovené požadavky na předmět veřejné zakázky a smluvní ujednání navrhovateli stejně jako mnoha dalším mezinárodním dodavatelům zdravotnické techniky neumožnily v důsledku nedůvodné diskriminace účast v zadávacím řízení.
5. V rámci správního řízení požádal navrhovatel podáním ze dne 1. 3. 2018, které Úřad obdržel téhož dne, o vydání předběžného opatření podle § 61 odst. 1 správního řádu s tím, aby Úřad zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení. Tato žádost byla zamítnuta rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S0061/2018/VZ-06645/2018/531/EST ze dne 5. 3. 2018, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení předběžného opatření s ohledem na běh blokační lhůty.

II. Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0061/2018/VZ-10030/2018/531/EST ze dne 5. 4. 2018 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. podle § 265 písm. a) zákona návrh navrhovatele zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Ve výroku II. poté podle § 257 písm. h) zákona Úřad řízení v části zastavil, neboť předmětné části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.
7. Ve vztahu k požadavku zadavatele na kompatibilitu poptávaných přístrojů se spotřebním materiálem minimálně od 4 různých výrobců obchodovaným na českém trhu po trvání záruky a pozáručního servisu, Úřad v napadeném rozhodnutí mimo jiné uvedl, že se nejedná o excesivní a nepřiměřený požadavek. Tento požadavek totiž naplňuje legitimní cíle stanovené zadavatelem, tedy zachování hospodářské soutěže při pořizování spotřebního materiálu po dobu užívání přístrojů, zamezení rizika výpadku dodávek spotřebního materiálu vznikající při existenci omezení užívání spotřebního materiálu jediného výrobce a sjednocení spotřebního materiálu napříč pracovišti. Úřad se dále neztotožnil s názorem navrhovatele, že tento požadavek po účastnících zadávacího řízení fakticky vyžaduje předem smluvní zajištění 4 dodavatelů po nepřiměřeně dlouhou dobu a přenáší na ně odpovědnost za chování třetích stran a vývoj trhu se spotřebním materiálem. Přiměřenost požadavku vyvodil Úřad také ze skutečnosti, že na trhu existuje vícero dodavatelů, kteří jej dokáží splnit, a kteří se přihlásili

do zadávacího řízení na veřejnou zakázku. V tomto případě se tak jedná pouze o přirozenou selekci dodavatelů, kteří k plnění veřejné zakázky nejsou způsobilí, neboť zadavatel sleduje svými požadavky jasné cíle naplňující jeho potřebu, přičemž tyto požadavky nejsou zjevně excesivními.

8. Stejně tak neshledal Úřad netransparentním ani postup vedoucí k uplatnění smluvní pokuty a jeho formulaci, včetně možnosti vyvinění se z nesplnění výše uvedeného požadavku na kompatibilitu. Vybraný dodavatel musí v případě, že přestane plnit požadavek na zajištění kompatibility v době trvání záruky a pozáručního servisu, provést nápravu do 3 měsíců ode dne, kdy je na tuto skutečnost upozorněn výzvou zadavatele. Smluvní pokuta je pak uplatněna v případě prodlení, a to pokud se z odpovědnosti za nesplnění požadavku nevyviní v důsledku vyvinutí přiměřené snahy. Výši pokuty vzhledem k okolnostem případu neshledal Úřad zjevně excesivní a nezákonnou. Možnost vyvinění v důsledku přiměřené snahy posoudil Úřad jakožto dostatečně určitě formulovanou, přičemž pouhou existenci pro dodavatele nepříznivých výkladů termínu „přiměřená snaha“ neshledal dostatečným argumentem pro vyslovení netransparentnosti. Z ustanovení o smluvní pokutě je pak dle Úřadu dostatečně jasné, že zadavatel na dodavatele nepřenáší objektivní odpovědnost za chování třetích stran a vývoj trhu se spotřebním materiálem.

III. Rozklad navrhovatele

9. Dne 20. 4. 2018 doručil navrhovatel Úřadu podání obsahující rozklad proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 5. 4. 2018. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
10. Rozklad obsahoval také opětovný návrh na vydání předběžného opatření. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0062/2018/VZ-13721/2018/323/JKt ze dne 11. 5. 2018 o předběžném opatření předseda Úřadu zamítl návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření, jímž by měl být zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na posuzovanou veřejnou zakázku.

Námítky rozkladu

11. Navrhovatel se neztotožňuje s napadeným rozhodnutím a závěry Úřadu v něm prezentovanými. K výroku II. napadeného rozhodnutí se však nijak nevyjadřuje.
12. Dle navrhovatele na prvním místě Úřad nedostatečně posoudil porušení zásady přiměřenosti zadávacími podmínkami, které jsou identicky stanovené v obou částech zadávacího řízení. Ty požadují, aby po dobu deseti let na českém trhu dostupný spotřební materiál od minimálně 4 výrobců, který bude kompatibilní se zařízeními dodavatele. Tyto podmínky dle navrhovatele nepřiměřeně znemožňují účast řadě renomovaných dodavatelů a hrubě omezují hospodářskou soutěž. Navrhovatel nadále trvá na tom, že splnění tohoto požadavku nelze dosáhnout jinak, než smluvním zajištěním výrobců spotřebního materiálu po celých deset let, jelikož tento požadavek na dodavatele nepřípustně přenáší odpovědnost za jednání třetích osob.
13. Navrhovatel dále zastává názor, že podmínky uvedené v technické specifikaci a návrhu kupní, resp. servisní smlouvy neodpovídají jejich deklarovanému účelu a předkládá návrh postupu, který je dle jeho názoru přiměřenější a úspornější (vyhlášení nového zadávacího řízení,

v němž bude zadavatel poptávat s přístroji přímo také spotřební materiál a u podaných nabídek bude hodnotit náklady životního cyklu podle § 117 zákona). Jelikož by tento postup podle navrhovatele byl přiměřenější, měl zadavatel dle jeho názoru povinnost jej využít namísto zvoleného požadavku na zajištění kompatibility přístrojů se spotřebním materiálem minimálně 4 výrobců. Úřad se dle navrhovatele dostatečně nezabýval tím, zda zachování soutěže dodavatelů spotřebního materiálu skutečně přinese reálné úspory oproti soutěži dodavatelů přístrojů, která nebude omezena nepřiměřeným požadavkem zadavatele. Zadavatel navíc měl dle navrhovatele stanovit přesný postup, jakým bude zjišťovat přítomnost výrobců spotřebního materiálu na trhu v České republice.

14. V souvislosti s touto námitkou rozporuje navrhovatel, že přiměřeným činí požadavek na zajištění kompatibility také zadavatelem zakotvená možnost vyvinění se, a to v důsledku její netransparentní formulace. Tato formulace poskytuje zadavateli prostor pro libovůli. Zadavatel totiž teoreticky může odpustit preferovanému zadavateli splnění požadavku na kompatibilitu a naopak vybraný dodavatel nemá jistotu, zda jeho snaha o zajištění dodatečného výrobce spotřebního materiálu bude zadavatelem shledána dostatečnou. Zadavatel dále argumentuje náročností procesu testování kompatibility poptávaných přístrojů se spotřebním materiálem, který je velice nákladný a v jehož důsledku je také nemožné jej dokončit ve lhůtě 3 měsíců od výzvy, kterou zadavatel stanovuje ke sjednání nápravy.
15. Úřad se dle navrhovatele nevyjádřil k jeho námitce, že smluvní podmínky poskytují prostor pro libovůli v důsledku navázání smluvní sankce na výzvu zadavatele k nápravě. Napadené rozhodnutí je tak podle navrhovatele zcela nepřezkoumatelné a nezákonné. Toto smluvní ujednání stanovující postup pro uplatnění smluvní pokuty má svou formulací umožňovat zadavateli mlčky tolerovat nesplnění zásadního požadavku na kompatibilitu preferovanému dodavateli.

Závěr rozkladu

16. S ohledem na skutečnosti uváděné v rozkladu navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.

IV. Řízení o rozkladu

17. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

18. Dne 27. 4. 2018 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne k rozkladu navrhovatele, v němž zadavatel trvá na všem, co uvedl dříve. Zadavatel konstatuje, že se s napadeným rozhodnutím plně ztotožňuje a dále doplňuje následující.
19. Úvodem zadavatel rozporuje tvrzení navrhovatele, dle kterého zadavatel nemá žádný nástroj, jak ověřit splnění podmínky kompatibility dodavatelem. Zadavatel má možnost kontroly, a to v důsledku zákonné povinnosti výrobce či dodavatele registrovat spotřební materiál jakožto zdravotnický prostředek. Zadavatel dále poukazuje na to, že ačkoli navrhovatel tvrdí, že zadávací podmínky znemožnily přístup velkému množství

renomovaných dodavatelů, navrhovatel je jediným dodavatelem, který v průběhu řízení prostřednictvím žádostí o vysvětlení, námitek a posléze návrhu tvrdil nepřiměřenost jeho požadavku a proti zadávacím podmínkám stanovených v zadávací dokumentaci brojil.

20. Zadavatel je i nadále přesvědčen, že požadavek kompatibility je přiměřený a splnitelný bez nutnosti smluvního zajištění výrobců spotřebního materiálu před samotným podáním nabídky. K náročnosti procesu zajištění kompatibility poptávaných přístrojů se spotřebním materiálem uvádí, že na trhu existují přístroje, jejichž výrobci užití těchto přístrojů neomezují pouze na konkrétní spotřební materiál, a tedy nepovažují za nezbytně nutné postupovat navrhovatelem uvedený proces testování absolutní kompatibility. Navrhovatel pak ničím nepodkládá názor, že by tříměsíční lhůta pro zjištění kompatibilního spotřebního materiálu na trhu v České republice nemusela být dostatečnou.
21. K alternativnímu postupu, ve kterém by byl namísto požadavku kompatibility poptáván také spotřební materiál, uvádí zadavatel, že v takovém případě by identicky došlo k zúžení hospodářské soutěže, tentokrát o dodavatele, kteří spotřební materiál nedodávají či by jeho dodávku nedokázali zajistit po celou dobu životnosti přístroje. Navíc by však došlo k naprostému vyloučení hospodářské soutěže při pořízení zdravotnického spotřebního materiálu, který je pro provoz přístrojů nezbytný. Smluvní závazek s dodavatelem spotřebního materiálu, kterým by byl zadavatel v takovém případě svázán po celou dobu životnosti poptávaných přístrojů, se pak s ohledem na skutečnost, že spotřební materiál je zaměnitelný a nikterak unikátní, a jeho cena se mění s vývojem trhu, jeví z dlouhodobého hlediska nevýhodným. Zadavatel tak řešení svých potřeb požadavkem kompatibility považuje za vhodnější a neztotožňuje se s názorem navrhovatele, dle kterého se musí přizpůsobit nabídce všech dodavatelů na trhu. Sám navrhovatel dle zadavatele navíc disponuje přístrojem, který tento jeho požadavek splňuje přinejmenším posledních 5,5 let.
22. K argumentu netransparentnosti smluvních ujednání o zaslání výzvy pro uplatnění smluvní pokuty, k možnosti vyvinění a k posuzování přiměřenosti vynaloženého úsilí zadavatel uvádí, že v případě nestandardního postupu zůstává navrhovateli zachována možnost obrátit se na nezávislý soud. Nelze tedy přistoupit ke spekulacím ohledně možného nevhodného jednání a výkladu smluvních ustanovení, dle kterých nemá zadavatel v úmyslu uplatňovat svá práva v případě, že v zadávacím řízení uspěje jím preferovaný účastník. Prostor pro libovůli je navíc dle zadavatele eliminován skutečností, že zadavatel je státní příspěvkovou organizací zřízenou ministerstvem zdravotnictví a jako takový subjekt podléhá kontrolním mechanismům, které zkoumají hospodárnost jeho jednání.
23. Závěrem zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl, jelikož byly zadávací podmínky stanoveny v souladu se zákonem.

Stanovisko předsedy Úřadu

24. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu zadavatele a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

25. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výrocích, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
26. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

27. Nejprve konstatuji, že rozkladové námitky navrhovatele obsahově odpovídají jeho argumentaci uplatněné již ve správním řízení prvního stupně, přičemž Úřad se s ní vyčerpávajícím způsobem vypořádal v napadeném rozhodnutí. V následujícím textu se tak vyjádřím k námitkám navrhovatele, přičemž na vhodných místech poukážu také na odůvodnění napadeného rozhodnutí.
28. K rozsahu přezkumu napadeného rozhodnutí podle rozkladových námitek navrhovatele předesílám, že vypořádání námitek navrhovatele jsem provedl v duchu toho, co uvedl Nejvyšší správní soud k dostatečnému odůvodnění a přezkoumatelnosti soudních rozhodnutí v rozsudku č. j. 5 Afs 25/2009 – 98 ze dne 25. 3. 2010, tedy že *„podle ustálené judikatury nelze povinnost soudu řádně odůvodnit rozhodnutí chápat tak, že musí být na každý argument strany podrobně reagováno (srov. nálezy Ústavního soudu ze dne 15. 1. 2008, sp. zn. IV. ÚS 1903/07, nálezy Ústavního soudu ze dne 16. 5. 2007, sp. zn. IV. ÚS 493/06, rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 19. 4. 1994, Van de Hurk v. Nizozemí, stížnost č. 16034/90, bod 61, rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 9. 12. 1994, Ruiz Torija v. Španělsko, stížnost č. 18390/91, bod 29)“*, a na co navázal i v rozsudku č. j. 2 As 134/2011 – 200 ze dne 27. 8. 2013, když v rámci přezkumu dané věci tyto úvahy blíže rozvinul následujícím způsobem: *„Nejvyšší správní soud má v posuzované věci za to, že ve světle citované judikatury krajský soud odůvodnil své rozhodnutí dostačujícím způsobem a se snahou postihnout žalobní body komplexně tak, aby reagoval na všechny výtky stěžovatele proti napadenému rozhodnutí. Na každé rozhodnutí je přitom nutno nahlížet jako na celek; není-li konkrétní žalobní námitka vypořádána samostatně (ale je součástí širšího hodnocení posuzované problematiky), nelze o nepřezkoumatelnosti takového rozsudku vůbec uvažovat. (...) Z odůvodnění rozsudku je zřejmé, že krajský soud uvedl srozumitelné a logicky na sebe navazující důvody ve prospěch právního názoru, k němuž dospěl, a vyjádřil se i ke stěžejním argumentům stěžovatele. Krajský soud sice výslovně nereagoval na každý dílčí argument stěžovatele, z jeho celkové úvahy je však zcela zřejmé, proč se s právním názorem stěžovatele neztotožnil.“*
29. Závěry obsažené v předmětném rozsudku lze navzdory skutečnosti, že se vztahuje k přezkumu rozhodnutí správního soudu, analogicky použít i ve vztahu k vypořádání námitek správním orgánem. Pokud tedy navrhovatel uvádí v rozkladu řadu námitek, z nichž některé spolu úzce souvisí, avšak nevnáší nové světlo do posuzované věci, když spíše dotváří danou argumentační rovinu, či případně nejsou ani relevantní pro posouzení té které předmětné otázky, je nadbytečné, aby se správní orgán jednotlivě s takovými námitkami podrobně vypořádával, pokud komplexně postihne gros rozkladové argumentace. Předoslání takového závěru však v žádném případě neznamená ani neznačí, že bych se dále v odůvodnění tohoto rozhodnutí nezabýval podstatnými otázkami či námitkami, které navrhovatel vznesl v rozkladu, jak jsem uvedl již v úvodu.

30. V návaznosti na výše uvedené a rozklad navrhovatele lze systematizovat podstatu rozkladových námitek navrhovatele na tři klíčové části. Jednak navrhovatel tvrdí, že požadavek zajištění kompatibility poptávaných přístrojů se spotřebním materiálem minimálně 4 výrobců, jejichž spotřební materiál je dostupný na trhu v České republice a následné zajištění této kompatibility po celou dobu trvání záručního a pozáručního servisu (tzn. cca více než 10 let), je nepřiměřený. Za druhé pak namítá nepřiměřenost a netransparentnost ustanovení o smluvní pokutě navazující na nesplnění požadavku kompatibility v průběhu trvání záruky a pozáručního servisu. Netransparentnost je dle navrhovatele způsobena formulací procesu jejího uplatnění, dle kterého smluvní sankci předchází výzva zadavatele a 3 měsíční lhůta pro nápravu. Dle navrhovatele tak vzniká prostor pro libovůli zadavatele v otázce toho, zda vyzve zadavatele k nápravě. Na závěr pak u této smluvní pokuty napadá pro netransparentnost možnost vyvinění se z nesplnění požadavku na kompatibilitu.

K posouzení přiměřenosti požadavku na kompatibilitu přístroje

31. Navrhovatel namítá, že Úřad v napadeném rozhodnutí nesprávně posoudil jeho námitku, dle které zadavatel nastavil rozporované technické podmínky bezdůvodně přísně. Protiprávně tak vyloučil ze soutěže navrhovatele a další dodavatele zdravotnických přístrojů.
32. Na tomto místě opakuji, že předmětná námitka se vztahuje k požadavkům zadavatele obsaženým v obou částech veřejné zakázky, tedy jak k infuzním pumpám, tak k lineárním dávkovačům. Ty musí být v souladu se zadavatelovým požadavkem kompatibilní se spotřebním materiálem dostupným na českém trhu a to minimálně od 4 různých výrobců po dobu trvání záruky a pozáručního servisu. Navrhovatel předmětný požadavek považuje za nepřiměřený, jelikož je účastník zadávacího řízení dle jeho názoru v důsledku nucen ještě před podáním nabídky smluvně zavázat minimálně 4 výrobce spotřebního materiálu, aby byli se svým materiálem po celou dobu, tj. přes 10 let, dostupní na trhu.
33. Komentářová literatura (srov. Vilém PODEŠVA, Lukáš SOMMER, Jiří VOTRUBEC, Martin FLAŠKÁR, Jiří HARNACH, Jan MĚKOTA a Martin JANOUŠEK. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. [Systém ASPI] Praha: Wolters Kluwer, 2016) k zásadě přiměřenosti uvádí: „Zásada přiměřenosti nebo také proporcionality byla do zákona přejata z díkce evropských zadávacích směrnic. Zakotvení zásady vychází ze skutečnosti, že zákon ponechává zadavatelům značnou míru diskrece ohledně volby konkrétního postupu v zadávacím řízení. V zadávacím řízení se přitom z povahy věci střetávají dva protichůdné principy, totiž omezení dodavatelů, mezi nimiž může proběhnout soutěž o nejvhodnější nabídku, pouze na ty, kteří splňují kvalifikaci a u nichž je tak dán předpoklad kvalitního plnění v budoucnu, a na druhé straně obecný zájem na co nejširším zachování hospodářské soutěže. Postup v souladu se zásadou přiměřenosti tedy primárně (nikoli však výlučně) spočívá v tom, že na jedné straně zadavateli poskytuje dostatečné záruky výběru dodavatele, který skutečně bude schopen veřejnou zakázku kvalitně a v požadovaných termínech realizovat, na druhou stranu se bude jednat o postup, který nad rámec garance výše uvedeného cíle nebude dále nedůvodně omezovat hospodářskou soutěž.“ Z výše uvedeného tedy vyplývá, že zásada přiměřenosti není porušena, pokud zadavatelem nastavené požadavky na výběr pro něj co nejvhodnějšího dodavatele jsou dostatečně odůvodněné, byť mohou mít omezující charakter pro takové dodavatele, které zadavatelem objektivně požadovanou kvalitou plnění nedisponují, což nastalo v přezkoumávaném případě.

34. Zadavateli je nepochybně dána možnost stanovit technické podmínky podle svých potřeb, pokud technická specifikace vychází z objektivně zdůvodnitelných požadavků a dodavatelé jsou schopni poskytnout kvalitativně a technicky obdobná řešení. Jak je patrné již z napadeného rozhodnutí, zadavatel opakovaně vyjádřil své pohnutky, které ho vedly ke stanovení technických podmínek v dané podobě, resp. podrobně a objektivně odůvodnil, co jej vedlo k určení předmětných technických podmínek pro zařízení, jež chce pořídit. Tyto důvody lze v přezkoumávaném případě stručně shrnout jako zachování hospodářské soutěže při pořizování spotřebního materiálu po dobu životnosti poptávaných přístrojů, minimalizace rizika výpadku dodávek spotřebního materiálu v důsledku závislosti na jediném dodavateli po dobu životnosti přístrojů. Nakonec pak zadavatel usiluje o sjednocení spotřebního materiálu napříč provozovny zadavatele v důsledku pořízení přístrojů, u nichž nebude výrobcem omezeno jejich užívání na spotřební materiál jediného výrobce spotřebního materiálu.
35. Zákaz diskriminace uvedený vedle ostatních základních zásad postupu zadavatele v ustanovení § 6 zákona zahrnuje jak formu diskriminace zjevné, tak skryté. Za skrytou formu nepřípustné diskriminace je v souladu s ustálenou rozhodovací praxí soudů třeba považovat i takový postup zadavatele, jímž de facto znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením zjevně nepřiměřených technických podmínek pro pořízení předmětu veřejné zakázky, byť jsou podmínky určeny pro všechny potenciální dodavatele stejně a může-li to omezit okruh případných dodavatelů.
36. Úřad jakožto orgán dozoru tedy zkoumal daný případ s ohledem na všechny rozhodné okolnosti. Zjevnou nepřiměřenost ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nelze rigidně vymezit, nýbrž je nutno ji vykládat vždy se zřetelem na individuální případ. Pojmem „zjevná nepřiměřenost“ se zabýval Nejvyšší správní soud v rozhodnutí pod č. j. 1 Afs 20/2008 – 152 ze dne 5. 6. 2008, byť v souvislosti s kvalifikačními předpoklady a správním soudnictvím, nicméně mám za to, že i na posuzovaný případ následující věty přiléhají. *„V každém případě musí správní soudy při aplikaci kritéria zjevné nepřiměřenosti poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky (...).“*
37. Autonomie vůle zadavatele, který je oprávněn nastavit technické podmínky tak, aby požadovaný výrobek co nejlépe naplňoval jeho přání a potřeby, je tedy do jisté míry omezena obecným požadavkem na zachování funkční hospodářské soutěže. Úřad v této souvislosti musel při posuzování daného případu provést test proporcionality ve vztahu k zadavatelem formulovaným technickým podmínkám a diskriminaci potenciálních dodavatelů, a to při aplikaci kritéria „zjevné nepřiměřenosti“. Technické podmínky zásadně nemohou být nastaveny tím způsobem, aby případné dodavatele jakkoliv upřednostnily na úkor jiných dodavatelů. Podle rozsudku Krajského soudu v Brně pod č. j. 62 Af 7/2010 – 150 ze dne 2. 3. 2010 platí, že *„v technických podmínkách tedy zadavatel popíše předmět veřejné zakázky, jakož i jeho jednotlivých částí a dílčích položek. Tento popis musí být proveden srozumitelně, objektivně a tak, aby žádného dodavatele nezvýhodňoval nebo naopak negativně nediskriminoval. Požadavky a charakteristiky předmětu veřejné zakázky musí být vymezeny jednoznačně s důrazem na účel využití požadovaného plnění.“* V daném případě proto Úřad správně zjišťoval, zda jsou požadavky na poptávané přístroje

přiměřené a objektivně odůvodnitelné, když vycházel ze všech tvrzení účastníků řízení, které byly součástí jejich podání, zadávací dokumentace (především odpovědi na dotazy a zadávacích podmínek) a všech dalších podkladů, které měl k dispozici.

38. Navrhovatelovo odůvodnění nepřiměřenosti zadavatelova požadavku na zajištění kompatibility přístrojů, a to v důsledku tvrzené faktické nutnosti smluvního zajištění 4 dodavatelů po celou dobu trvání záruky a pozáručního servisu, tedy déle než 10 let považuji v souladu se závěry Úřadu za chybné. Zadavatel tento postup v zadávací dokumentaci nepožaduje, ani jej nelze v souladu se sděleními účastníků považovat za jediný možný způsob, jak lze požadavek zadavatele na zajištění kompatibility splnit. Především jsem přitom zohlednil zadavatelem sdělenou skutečnost, že se na trhu nachází takové přístroje, které nevyklučují z použití spotřebního materiálu dle výrobců, ale pouze dle jeho parametrů. Dále zadavatel uvedl příkladem 8 výrobců, kteří na českém trhu poskytují zaměnitelný materiál stejných parametrů. Tyto skutečnosti nebyly navrhovatelem nikterak rozporovány. Ten pouze poukázal, že za účelem zajištění kvality a bezpečnosti přístrojů považuje za nutné provést u spotřebního materiálu každého z jednotlivých výrobců skrze třetí subjekty testování v takovém rozsahu, který je jej činí nepřiměřeně zdlouhavým a nákladným. Toto tvrzení však nedokládá ničím jiným než sdělením, že se jedná o postup, který považuje za nutný s ohledem na skutečnost, že poptávané přístroje jsou život zachraňující technikou. Z výše uvedeného se jeví zřetelným, že dodatečné testování absolutní kompatibility spotřebního materiálu samotným výrobcem přístroje není požadavkem vyplývajícím ze zadávací dokumentace, ani není objektivní nezbytností, ale navrhovatelovým vlastním interním postupem, který navíc nebyl nikterak doložen.
39. V důsledku této skutečnosti považuji za neopodstatněný další zadavatelův argument, že proces testování kompatibility nemůže stihnout v tříměsíční lhůtě určené pro nápravu, jelikož se na případný výpadek dodavatele kompatibilního spotřebního materiálu nemůže „předpřipravit“. Tento problém se v první řadě nevztahuje na dodavatele přístrojů, které nejsou omezeny na konkrétní spotřební materiál, a u kterých postačí označit jiný spotřební materiál dostupný na trhu, či se z tohoto požadavku vyvinutím oznámením, že spotřební materiál 4 výrobců není dostupný z důvodu absence jeho dodavatele na trhu. Především pak mezi výpadkem dodavatele spotřebního materiálu a výzvou zadavatele k nápravě (respektive samotným zjištěním nedostupnosti některého z kompatibilních spotřebních materiálů), lze s jistotou presumovat kratší či delší prodlevu. Naopak je nutno podotknout, že by to měl být právě samotný výrobce či distributor zdravotnických přístrojů, jejichž provoz je omezen na užívání spotřebního materiálu konkrétních výrobců či výrobce, který musí mít aktuální přehled o dostupnosti tohoto spotřebního materiálu na českém trhu. Je v zájmu dodavatele zajistit nepřetržitou dostupnost spotřebního materiálu pro jím dodávaný přístroj a zvolit k tomu vhodný prostředek (např. prostřednictvím co nejširší nahraditelnosti spotřebního materiálu). Tento zájem se přitom střetává s ekonomickým zájmem a právem výrobce, který pro své účely omezil užití přístroje na spotřební materiál pouze konkrétního výrobce. Pokud se však na straně nabídky nacházejí technická řešení, která lépe naplňují potřeby zadavatele, resp. existuje-li zde hospodářská soutěž, nemusí zadavatel jakožto subjekt na straně poptávky přizpůsobovat své požadavky veškerým subjektům na straně nabídky. Další skutečnost, ke které je potřeba přihlídnout, je rovněž životnost poptávaného přístroje, jež dle prohlášení zadavatele a navrhovatele dosahuje více než 20 let, a s tím spojená potřeba zadavatele po tuto dobu používat, resp. poptávat spotřební materiál. S vědomím toho, že

případná závislost na jediném výrobcí by mohla vyvolat potřebu poptávat spotřební materiál prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění, a zároveň při zohlednění přísných podmínek, které zákon a judikatura stanovují k jejich použití, jeví se jako legitimní úvaha zadavatele zachovat otevřenost soutěže na související plnění v podobě spotřebního materiálu, jehož celkovou finanční hodnotu za tuto dobu lze očekávat vyšší než je hodnota samotného přístroje.

40. Stejně tak se nemohu objektivně vyjádřit k navrhovatelem tvrzené nutnosti zasáhnout při dodatečném zajištění kompatibility do softwaru přístroje. Nutnost tohoto zásahu není totiž navrhovatelem nikterak zdůvodněna či vysvětlena.
41. Dále pak navrhovatel namítá, že jakožto distributor nemá prostředky, jak donutit výrobce jím nabízených přístrojů k provedení těchto testů a ke změně jejich dokumentace. Okruh výrobců, jejichž použití výrobce v jeho přístrojích umožňuje, je totiž vymezen právě v této dokumentaci přístroje a je to pouze výrobce, kdo je oprávněn k jejím změnám. Tato tvrzená překážka je však subjektivní a vyplývá ze smluvních vztahů mezi distributorem a výrobcem jím nabízených přístrojů. Nelze tedy automaticky presumovat její existenci u širokého spektra možných dodavatelů. Jako takovou ji tedy nepovažuji za dostatečnou pro konstatování nezákonné diskriminace dodavatele, či skupiny dodavatelů.
42. Nepříléhavým se pak argument navrhovatele jeví ve světle skutečnosti tvrzené zadavatelem v jeho vyjádření ze dne 27. 4. 2018, které taktéž nebylo navrhovatelem rozporováno. Dle zadavatele totiž také navrhovatel disponuje ve své nabídce přístrojem, který požadavek kompatibility nejenže aktuálně splňuje, ale zároveň dle data revize této dokumentace tuto podmínku splňuje již více než 5 let. Z této skutečnosti lze vyvodit, že trh se zdravotnickým spotřebním materiálem vykazuje relativní stabilitu, která dále nepodporuje úvahu o zjevné nepřiměřenosti zadavatelova požadavku. Ačkoli je to totiž reálně možné, jeví se nepravděpodobným, že by potřebu označení nového dodavatele spotřebního materiálu, řešil dodavatel přístrojů po dobu životnosti nadměrně často, či byl dokonce nucen testovat kompatibilitu při výpadku vícero dodavatelů v jeden okamžik. Navrhovatelův argument předložený v bodě 10. rozkladu, dle kterého nevidí žádnou výhodu zvoleného postupu oproti užití jím navrhovaného postupu, který zadavatele smluvně uváže k odběru spotřebního materiálu od jediného dodavatele po celou dobu životnosti přístroje, která dle shodných vyjádření navrhovatele i zadavatele může činit více než 20 let, sledávám účelovým. Výhody možnosti záměny spotřebního materiálu, výměny dodavatele, možnost opakovaného uspořádání zadávacího řízení na dodávky spotřebního materiálu v průběhu životnosti přístroje, případná možnost užití shodného spotřebního materiálu při pořízení dalších přístrojů jiného výrobce kompatibilních taktéž s širším spektrem spotřebního materiálu, ať už v důsledku obměny či rozšíření kapacit, jsou totiž zjevné. Tyto potřeby již byly zdůvodněny zadavatelem, a jejich výhody jsou natolik zřejmé, že je dle mého názoru nebylo v prvostupňovém rozhodnutí nad rámec řečeného nutno blíže rozebírat (viz bod 100. odůvodnění napadeného rozhodnutí a bod 34. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
43. Neztotožňuji se také s názorem navrhovatele vyjádřeným v bodě 11. rozkladu, dle kterého měl Úřad učinit relevantní ekonomickou úvahu o výhodnosti soutěže dodavatelů spotřebního materiálu a její úspornosti. Ačkoli jsou principy hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti zohledněny v mnoha ustanoveních zákona (viz např. navrhovatelem poukazované hodnocení nákladů životního cyklu), v žádném případě nejsou nadřazeny

zásadám výslovně uvedeným v § 6 zákona ani jinému ustanovení. Úspory je tak dosahováno primárně prostřednictvím co nejširší hospodářské soutěže, jejíž ochrana je primárním cílem zákona. Zadavatelem zvolené řešení zohledňující jeho potřeby, kterým omezil okruh dodavatelů způsobilých nabídnout požadované plnění, nemůže být považováno pouze z hlediska ekonomického za podřadné alternativnímu postupu, který uvádí navrhovatel v bodě 8. až 19. rozkladu. Při tomto postupu by zúžení hospodářské soutěže na přístroje bylo nahrazeno vyloučením hospodářské soutěže na spotřební materiál po dobu životnosti těchto přístrojů, která může činit dle shodných prohlášení zadavatele i navrhovatele více než 20 let.

44. Nedostatkem zadavatelova požadavku na zajištění kompatibility pak neshledávám ani skutečnost, že zadávací dokumentace neustanovuje konkrétní způsob, jakým bude zadavatel zjišťovat reálnou (ne)přítomnost spotřebního materiálu konkrétního výrobce na českém trhu. V první řadě tuto skutečnost a vymezení konkrétního postupu zadavatele při zjišťování výše uvedeného pak nepovažuji za nezbytnou součást zadávací dokumentace, jejíž absence by zakládala vadu zadávací dokumentace. Nelze pochybovat, že zadavatel jakožto poskytovatel zdravotní péče a důležitý subjekt na straně poptávky, má přehled o stavu trhu se zdravotnickým spotřebním materiálem, který navíc dle vlastních tvrzení navrhovatele není nijak velký. Ohledně této otázky pak zadavatel ve svém vyjádření ze dne 27. 4. 2018 poskytl vysvětlení ve vztahu k případnému zjišťování, že spotřební materiál je zdravotnickým prostředkem, u kterého musí být v souladu s § 31 až 36 zákona č. 268/2017 Sb. podána žádost o notifikaci Státnímu ústavu pro kontrolu léčiv, a to nejpozději do 15 dnů ode dne jeho uvedení na trh nebo dodání na trh v České republice. Rovněž ani případná kontrola dostupnosti např. dotazem na dodavatele se pak navíc nejeví nijak složitou, zvláště za situace, kdy bude zadavatel opakovaně realizovat zadávací řízení na dodávky tohoto spotřebního materiálu.
45. V návaznosti na úvahy Úřadu nepovažuji námitku navrhovatele zpochybňující přiměřenost podmínek stanovených zadavatelem v zadávací dokumentaci za opodstatněnou. V bodech 86 až 106 napadeného rozhodnutí se Úřad touto pečlivě zabýval a dle mého soudu spolehlivě a přesvědčivě vyvrátil možné pochybnosti ohledně přiměřenosti požadavku zadavatele. Závěry Úřadu uvedené v těchto bodech napadeného rozhodnutí mají oporu v tvrzeních zadavatele, která nebyla navrhovatelem rozporována, a vlastní tvrzení navrhovatele nebyla pro konstatování zjevné nepřiměřenosti dostatečná. Skutečnost, že navrhovatel nepovažuje podmínky za přijatelné jakožto dodavatel přístrojů, který nemá možnost ovlivnit jejich výrobce, nemůže být kladeno k tíži zadavateli. Vždy totiž bude existovat nějaký dodavatel, který se zadavatelem nastavenými parametry může cítit diskriminovaný, jelikož jím nabízený přístroj nesplňuje požadavky stanovené zadávací dokumentací, což však samo o sobě ještě k posouzení takového postupu zadavatele jako nezákonného nestačí. Tento závěr je podpořen skutečností, že se do předmětného zadávacího řízení na veřejnou zakázku přihlásilo vícero uchazečů, kteří jsou schopni splnit požadavky zadavatele, a že zadavatel v předmětném požadavku pouze nepřipouští přístroje těch výrobců, kteří svým rozhodnutím omezili tyto přístroje na užívání spotřebního materiálu konkrétního výrobce (nejčastěji vlastního), ačkoli jiní výrobci neukládají žádné požadavky na užívaný spotřební materiál, čímž usnadňují jejich provoz, zajištění dodávek a minimalizují náklady jejich provozovatelů.

46. V souladu se závěry Úřadu tedy opakují, že smyslem zákona je primárně zajistit řádnou soutěž mezi dodavateli, aby předmět veřejné zakázky byl obstarán za takovou cenu a za takových podmínek, které budou pro zadavatele nejvýhodnější, jelikož při jeho pořízení jde o vynakládání finančních prostředků, jež plynou z veřejných rozpočtů. Podmínky definované zákonem nemohou vést k tomu, aby byl zadavatel omezován v tom, co může od předmětu veřejné zakázky požadovat. Zákon v ustanovení § 36 odst. 1 stanoví, že zadavatel nesmí při vymezení předmětu veřejné zakázky určit své požadavky tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Intenzita zásahu do hospodářské soutěže a její omezení odůvodnitelným požadavkem zadavatele, je v daném případě částečně zmírněna právě umožněním hospodářské soutěže při zajištění dodávek spotřebního materiálu, která v případě, že by zadavatel postupoval dle postupu předkládaného navrhovatelem, byla zcela bezdůvodně vyloučena.
47. Úřad nemůže zadavateli direktivně stanovovat, jaké parametry ještě musí akceptovat, a kde tedy má být ona hranice hodnot, které ještě musí připustit, jak tvrdí navrhovatel. Nesouhlasím s názorem navrhovatele obsaženým v bodě 5. rozkladu, dle kterého musí být zrušeno zadávací řízení a užito postupu navrhovaného účastníkem, pokud tento tvrdí, že přiměřeněji naplňuje zadavatelovy požadavky. Úřad není v pozici autoritativního arbitra, který by měl stanovovat konkrétní podmínky, které dle zjištění naplňují vyšší míru souladnosti se zásadami stanovenými v § 6 zákona, ale zasáhne, pouze pokud se postup zadavatele dostane do rozporu s těmito zásadami. Dále pak Úřad na základě provedených zjištění posuzuje, zda konkrétní parametry nastavené zadavatelem jsou dostatečně a přesvědčivě odůvodněné, a že u nich není důvodná pochybnost, že by byly nastaveny neodůvodněně či přemrštěně, což Úřad v daném případě přezkoumal. Svým přezkumem jsem tedy zjistil, že zadavatel stanovil odůvodněné požadavky na poptávané zařízení, přičemž nemůže jít k jeho tíži, když někteří dodavatelé (např. navrhovatel) předmětem veřejné zakázky požadovaných parametrů nedisponují.
48. Tuto námitku tedy v souladu s výše uvedeným odůvodněním neshledávám opodstatněnou.
K posouzení transparentnosti smluvní sankce
49. Následující námitka navrhovatele se vztahuje k tvrzené netransparentnosti smluvní pokuty „ve výši 5 000 Kč, a to za každý započatý kalendářní den a případ zvláště“. Její uplatnění je podmíněno tím, že přístroje vybraného dodavatele přestanou splňovat výše uvedený požadavek zadavatele na kompatibilitu přístrojů se spotřebním materiálem od min. 4 výrobců (viz bod 76. až 78. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Zadavatel v takovém případě na tuto skutečnost upozorní písemnou výzvou, po jejímž doručení má dodavatel přístroje 3 měsíce na označení dodatečného výrobce spotřebního materiálu, jehož spotřební materiál je s přístrojem kompatibilní. Smluvní pokuta je pak uplatňována v případě prodlení s touto povinností. Zároveň má však dodavatel přístrojů možnost prokázat, že neměl možnost zajistit ve stanovené době naplnění tohoto požadavku, a to přes vynaložení přiměřeného úsilí. Tato smluvní pokuta je zakotvena v návrhu kupní smlouvy, respektive shodně v návrhu servisní smlouvy.
50. Účelem zásady transparentnosti, zakotvené v § 6 odst. 1 zákona, je zajištění toho, aby zadávání veřejné zakázky proběhlo průhledným, právně korektním a předvídatelným

způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Požadavek transparentnosti je považován za nesplněný v případě, že jsou v zadatelově postupu sledány takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. K tomu dodávám, že za netransparentní lze podle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 62 Ca 77/2008-45 ze dne 4. 11. 2010 považovat jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.

51. Jak již konstatoval Úřad v bodě 109. napadeného rozhodnutí, jsou jeho kompetence při přezkumu smluvních podmínek v souladu se zákonem a judikaturou soudů omezeny. V tomto odstavci Úřad konkrétně vyvodil, že do jeho kompetencí spadá posouzení toho, zda smluvní, resp. obchodní podmínky jsou skutečně přiměřené požadovanému cíli a nepředstavují exces či neúnosné narušení některé ze základních zásad vymezených v § 6 zákona. K navrhovatelovým rozkladovým námitkám dále uvádím následující.
52. Formulaci smluvní sankce sledávám zcela běžnou. Ani z jejího samotného znění, či v kontextu zbylé smluvní dokumentace, tedy neshledávám žádných indicií, ze kterých by šlo usoudit, že tato slouží k odrazení jiného, než jím „předem“ vybraného zadavatele. To nijak kromě vlastních úvah nedokládá ani navrhovatel, ačkoliv části b) rozkladu trvá na tom, že právě vázanost smluvní sankce na výzvu zadavatele zakládá její netransparentnost. Úřad neměl žádnou povinnost brát v potaz navrhovatelem tvrzenou a ničím nepodloženou presumpci úmyslu postupovat v průběhu plnění smlouvy v rozporu s uzavřenou smlouvou. Vycházel pouze ze samotného znění zadávací dokumentace. V souladu se sdělením zadavatele obsaženým ve vyjádření ze dne 27. 4. 2018 je naopak potřeba brát v potaz, že zadavatel podléhá jakožto státní příspěvková organizace zřízená ministerstvem zdravotnictví mnoha kontrolním mechanismům, a je povinen jednat hospodárně a uplatňovat svá práva. Nezaslání výzvy, respektive neuplatnění smluvní pokuty by tak bylo nejen vnímáno jako nevhodné jednání, ale především by se mohlo jednat o zákonem zakázanou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, která mění ekonomickou rovnováhu závazku ve prospěch vybraného dodavatele. Zadavatel by se vystavil také riziku sankce ze strany Úřadu, jelikož by tento postup zadavatele mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, jak potvrdil také Krajský soud v Brně například ve svém rozsudku č. j. 62 Af 10/2017-63.
53. Již samotné zakotvení smluvní pokuty v zadávací dokumentaci však naopak indikuje, že se zadavatel snaží předejít takovému stavu, kdy by dodavatelé nebyli motivováni k tomu, aby v průběhu plnění šetřené veřejné zakázky zajišťovali splnění požadavku zadavatele na kompatibilitu spotřebního materiálu, neboť patřičná dostupnost kompatibilního materiálu je pro zadavatele významným faktorem. Požadavek zadavatele na smluvní pokutu vychází z konkrétní legitimní snahy zadavatele, a sice zvýšit jistotu nepřetržitého plnohodnotného využívání předmětu plnění veřejné zakázky. K tomu dodávám, že zájem dodavatele na existenci většího množství kompatibilního spotřebního materiálu pak není v rozporu s navrhovatelovým tvrzením oslaben ani při odběru tohoto materiálu od konkrétního dodavatele, a to z důvodů výše uvedených (například opakované zahajování soutěže na jednotlivé dodávky, zamezení rizika výpadku dodávek možností náhrady...). Na tomto místě rovněž odkazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 121/2016 potvrzený rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 As 403/2017, ve kterém se mj. uvádí, že: *„Nadto je podstatné, že výchozí pozice dodavatelů byla stejná: dodavatelé disponovali*

informací o tom, že v případě nepřiměřených cen je žalobce připraven podle situace zareagovat, a mohli to ve vztahu k podaným nabídkám promítnout běžným obchodním způsobem - srovnatelně.“ Ačkoli se ve správních rozsudcích správní soudy v citované pasáži vyjadřovaly ke stanovení poplatku za vjezd na nádraží, mám za to, že uvedené lze obdobně přirovnat i ke stanovení smluvní pokuty v šetřeném případě, neboť se jedná o závěr s obecnou platností. V tomto případě je pak jednoznačné, že smluvní sankce byla stanovena všem dodavatelům stejně, resp. všichni potenciální dodavatelé disponovali informací, že v případě nesplnění předmětného požadavku na zajištění kompatibility bude zadavatel dle smlouvy uplatňovat smluvní pokutu.

54. Nemohu se tedy ztotožnit s názorem navrhovatele, který z pouhé formulace postupu pro uplatnění smluvní pokuty presumuje nepoctivý záměr zadavatele. V předmětné smluvní pokutě je přitom zřetelně označeno vyžadované porušení povinnosti, a dále stanoven dostatečně přesně postup zadavatele, který bude při zjištění nedostatku následovat. Ani v kontextu zbylé části zadávací dokumentace, ani v postupu zadavatele v průběhu zadávacího řízení neshledávám oporu navrhovatelova tvrzení, že zadávací řízení je „šité na míru“ konkrétnímu dodavatelovi, u něhož nebude právo na smluvní pokutu uplatňováno. Zadavatel se naopak již v průběhu zadávacího řízení snažil co nejlépe odpovědět na navrhovatelovy dotazy a vyvrátit některé z jeho pochybností a mylných představ (např. nutnost smluvního zajištění výrobců kompatibilního spotřebního materiálu a tvrzená odpovědnost za jednání třetí osoby).
55. K námitce nepřiměřenosti smluvní pokuty, na které navrhovatel dle rozkladu trvá, avšak nijak nedoplňuje svá tvrzení, uvádím, že se plně ztotožňuji se závěry Úřadu obsaženými v bodech 116. až 119. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad se v této části podrobně věnuje výši smluvní pokuty a jejímu vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky. Výši této pokuty nepovažuji shodně s Úřadem za zjevně nepřiměřenou, a to již s ohledem na předpokládanou hodnotu veřejné zakázky a utvzovací a preventivní účel sankce. Dále je však nutno zohlednit, že vybraný dodavatel má k nápravě k dispozici tříměsíční lhůtu počínající od doručení výzvy zadavatele a navíc je mu umožněno vyvinut se z požadavku kompatibility, pokud prokáže přiměřenou snahu, navzdory které nebylo možné tento požadavek naplnit. Zvláště v kontextu těchto smluvních ujednání nelze považovat smluvní pokutu za zjevně nepřiměřenou.
56. Plně se tak ztotožňuji se závěry Úřadu, který pečlivě přezkoumal předmětnou navrhovatelem zpochybňovanou smluvní podmínku. Ten dospěl k závěru, že ji nelze považovat za nepřiměřenou a netransparentní, tzn. odporující základním zásadám zadávacího řízení podle § 6 zákona. Z pohledu orgánu pověřeného k přezkumu je ustanovení o této smluvní pokutě a mechanismu pro její uplatnění pro dodavatele čitelné a předvídatelné a navrhovatel nikterak nepodložil své úvahy o nezákonném úmyslu zadavatele. Ačkoli navrhovatel namítá nezákonnost napadeného rozhodnutí v důsledku absence vyjádření Úřadu k části jeho námítky, kterou dále rozvádí v rozkladu, považuji za dostatečné vyjádření, které Úřad učinil v bodě 122. odůvodnění napadeného rozhodnutí.
57. Na základě všech výše uvedených skutečností proto shledávám navrhovatelovu námitku nedůvodnou.

K posouzení transparentnosti vyvinění z požadavku na kompatibilitu přístroje

58. Navrhovatel závěrem namítá také netransparentnost možnosti vyvinění se ze splnění požadavku na kompatibilitu přístroje po dobu trvání záruky a pozáručního servisu. Navrhovatel napadá znění této podmínky, která dle jeho tvrzení poskytuje zadavateli prostor pro libovůli. Za zvláště závažnou považuje navrhovatel tuto netransparentnost s ohledem na skutečnost, že se vztahuje k požadavku na kompatibilitu přístrojů, který znemožňuje přístup do zadávacího řízení řadě dodavatelů. Dle navrhovatele je zcela nepřijatelné, aby zadavatel trval na této zadávací podmínce a následně měl možnost vybranému dodavateli její dodržení svévolně odpustit.
59. K přezkumu smluvních podmínek a k zásadě transparentnosti viz výše. Vyvinění se pak vztahuje identicky k smluvní pokutě a požadavku zadavatele na možnost užívat spotřební materiál minimálně od 4 různých výrobců, dostupný na českém trhu a to po celou dobu provádění záručního a pozáručního servisu dodané infuzní techniky (tzn. více jak 10 let). Vyvinít se vybraný dodavatel může za předpokladu, že „[p]rodávající kupujícímu objektivně prokáže, že nikoli vlastní vinnou nebo vinnou výrobce neměl možnost zajistit ve stanovené době naplnění této podmínky, a to při vynaložení přiměřeného úsilí k dosažení tohoto stavu (např.: z důvodu nedostatečných podmínek na trhu - nedostatečný počet druhů spotřebního materiálu na českém trhu od různých výrobců, který by umožňoval naplnění této podmínky), je nesplnění dané podmínky v tomto případě vyloučeno ze sankčních ujednání“.
60. Úřad v bodech 126. až 139. odůvodnění napadeného rozhodnutí podrobně posoudil, zda smluvní podmínka, jež umožňuje vybranému dodavateli vyvinít se z odpovědnosti za nesplnění požadavku na zajištění kompatibility, byla stanovena natolik excesivně, že by negativně zasáhla do procesu zadávání předmětné veřejné zakázky. Plně se ztotožňuji s názorem Úřadu, dle kterého se jedná o zcela standardní smluvní podmínku zadavateli běžně užívanou a z její formulace ani v celkovém kontextu zadávací dokumentace nelze vyvodit její nesrozumitelnost, a odpovídá požadavkům zákona.
61. Z formulace smluvních podmínek nelze z mého pohledu nikterak dovozovat, že vyvinění se, závisí na libovůli zadavatele, jak tvrdí navrhovatel. V průběhu smluvního vztahu se strany smlouvy nacházejí v rovném postavení. Pokud by zadavatel vyložil kterékoli smluvní ustanovení způsobem, se kterým dodavatel nesouhlasí, zůstává mu zachována možnost obrátit se v civilním řízení na nezávislý soud. Z formulace možnosti vyvinění pak nelze nikterak presumovat nepoctivý záměr směřující k ukotvení „odpuštění“ povinnost předmětný požadavek splňovat, a to pouze konkrétnímu zadavateli. Toto jednání by stejně jako v případě nezaslání výzvy bylo nejen vnímáno jako nevhodné, ale především by se mohlo jednat o zákonem zakázanou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, která mění ekonomickou rovnováhu závazku ve prospěch vybraného dodavatele. Zadavatel by se stejně jako v případě nezaslání výzvy k nápravě faktickým vzdáním se nároku na smluvní pokutu v rozporu se smlouvou vystavil riziku sankce ze strany Úřadu, jelikož by tento postup zadavatele mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, jak potvrdil také Krajský soud v Brně například ve svém rozsudku č. j. 62 Af 10/2017-63. I pokud bych přistoupil na existenci této alternativy, nelze již z pouhé demonstrativní povahy smluvního ujednání doplněného o výčet příkladů vyvodit zjevnou netransparentnost. Skutečnost, že zadavatel při formulaci předmětné výjimky neuvedl v zadávacích podmínkách taxativní výčet všech potencionálních situací, se naopak jeví vhodně zvoleným řešením, jelikož není v jeho silách zadavatele

postihnout veškeré možné eventuality, jež mohou při snaze o prokázání splnění požadavku na zajištění kompatibility ze strany vybraného dodavatele nastat.

62. K samotnému výkladu pojmu „přiměřené snahy“, se zcela dostatečně vyjádřil Úřad v bodě 133. napadeného rozhodnutí, ve kterém své úvahy uzavřel konstatováním skutečnosti, že toto slovní spojení je běžně užíváno v mnoha smluvních typech v praxi a taktéž v zákonech. Přes jeho subjektivní charakter tak tento v kombinaci s demonstrativními příklady uvedenými zadavatelem postačuje k informování o tom, že vyvinění je zadavatelem umožněno pouze ve výjimečných případech, spočívajících v objektivních důvodech, jejichž překonání by pro dodavatele vyžadovalo nepřiměřenou zátěž.
63. Na základě všech výše uvedených skutečností proto konstatuji, že ani v případě vymezení možnosti vyvinít se z odpovědnosti za nesplnění zadavatelem stanoveného požadavku na kompatibilitu dodávaného předmětu plnění se spotřebním materiálem alespoň 4 výrobců, nebyl zadavatelem porušen zákon. Z pohledu orgánu pověřeného k přezkumu je formulace možnosti vyvinění se z odpovědnosti za nesplnění požadavku na kompatibilitu zdravotnických přístrojů pro jejich dodavatele čitelné a předvídatelné a navrhovatel nikterak nepodložil své úvahy o nezákonném úmyslu zadavatele. Navrhovatelovu námitku tedy odmítám jako neopodstatněnou.

Shrnutí

64. Z výše uvedeného vyplývá, že žádná část navrhovatelovy argumentace směřující k posouzení zadávací dokumentace z pohledu hmotného práva není důvodná. Navrhovatel uplatnil v rozkladu v zásadě totožné námitky, jimiž brojil proti prvostupňovému rozhodnutí, a které již byly Úřadem vypořádány. Navrhovatel sice v rozkladu namítá jejich nedostatečné vypořádání, avšak v konečném výsledku toliko polemizuje s výsledným právním posouzením Úřadu.
65. Na tomto místě je třeba také zdůraznit, že míra precizace námitek a argumentace navrhovatele do značné míry předurčuje, jak důsledně se těmto bude Úřad věnovat. Čím jsou jeho tvrzení obecnější, tím obecněji k nim Úřad, respektive jeho předseda přistoupí a posoudí jej. Pokud tedy navrhovatel nerozporuje skutečnosti uvedené zadavatelem pro popření navrhovatelových tvrzení, a uvádí pouze obecná tvrzení, která ničím nepodkládá, není vadou rozhodnutí, pokud Úřad za navrhovatele spekulativně nedomýšlel další argumenty či vybíral z reality skutečnosti, které jeho návrh podporují (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 8/2017).
66. Ve světle všech shora uvedených skutečností, odůvodnění zadavatelových požadavků, zadávací dokumentace a v souvislosti se všemi zjištěnými poznatky uzavírám, že požadavek zadavatele na kompatibilitu přístrojů naplňuje přiměřeným způsobem potřeby zadavatele, přičemž tvrzená tvrdost tohoto požadavku je zmírněna dostatečně transparentně formulovanou možností vyvinění. Smluvní sankci jsem neshledal zjevně nepřiměřenou a mechanismus jejího uplatnění při nesplnění zadavatelova požadavku jsem shledal dostatečně transparentním.
67. Podle § 89 odst. 2 správního řádu odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen

tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem. K vadám řízení, o nichž nelze mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost, se nepřihlíží. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, které jeho vydání předcházelo, když napadené rozhodnutí jsem shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, že se zadavatel nedopustil porušení zákona. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití. Napadené rozhodnutí je tedy zákonné a věcně správné.

VI. Závěr

68. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu zadavatele.
69. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1, ve spojení s § 152 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Fakultní nemocnice Hradec Králové, Sokolská 581, 500 03 Hradec Králové
2. B. Braun Medical s.r.o., V Parku 2335/20, 148 00 Praha 4

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy