



UOHSX00B34TN

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0061/2018/VZ-10030/2018/531/Est

Brno: 5. dubna 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 16. 2. 2018, na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Fakultní nemocnice Hradec Králové, IČO 00179906, se sídlem Sokolská 581, 500 03 Hradec Králové,
- navrhovatel – 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,

ve věci 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,

**rozhodl takto:**

I.

**Návrh** navrhovatele – B. Braun Medical s.r.o., IČO 48586285, se sídlem V Parku 2335/20, 148 00 Praha 4 – ze dne 16. 2. 2018 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Fakultní nemocnice Hradec Králové, IČO 00179906, se sídlem Sokolská 581, 500 03 Hradec Králové – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Obnova infuzní techniky“ 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 – **se** podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

II.

**Správní řízení** vedené ve věci návrhu navrhovatele B. Braun Medical s.r.o., IČO 48586285, se sídlem V Parku 2335/20, 148 00 Praha 4 – ze dne 16. 2. 2018 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Fakultní nemocnice Hradec Králové, IČO 00179906, se sídlem Sokolská 581, 500 03 Hradec Králové – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Obnova infuzní techniky“ 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 – **v části** týkající se toho, že vybraný dodavatel je povinen zajistit splnění požadavku zadavatele na to, aby veškeré servisované zboží dodávané na základě smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku bylo kompatibilní s identickým spotřebním materiálem minimálně od 4 různých výrobců, které budou v dané době na českém trhu nabízeny/obchodovány, nejpozději do 3 měsíců ode dne, kdy bude vybranému dodavateli ze strany zadavatele doručeno písemné upozornění na neplnění této povinnosti, „*nedohodnou-li se smluvní strany jinak*“, jenž zadavatel stanovil v čl. 5. „Odpovědnost za vady zboží“ návrhu kupní smlouvy a v čl. 4. „Doba plnění a ostatní ujednání“, konkrétně v bodě 4.2. „Realizace servisu“ návrhu servisní smlouvy, Dílu 4 „Návrh kupní smlouvy, smlouvy servisní a smlouvy o zpětném odběru“ zadávací dokumentace, **se** podle ustanovení § 257 písm. h) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť předmětné části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námítky.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Fakultní nemocnice Hradec Králové, IČO 00179906, se sídlem Sokolská 581, 500 03 Hradec Králové (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 9. 2017 pod ev. č. Z2017-024198, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 9. 2017 pod ev. č. 2017/S 169-346687, oznámení o zahájení otevřeného zadávacího řízení veřejné zakázky „Obnova infuzní techniky“ (dále jen „veřejná zakázka“). Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo zadavatelem do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 1. 9. 2017 a tímto dnem bylo podle § 56 odst. 1 zákona zahájeno zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku.
2. V bodu II.1.3) oznámení o zahájení zadávacího řízení je uvedeno, že se jedná o veřejnou zakázku na dodávky, přičemž z bodu II.1.4) oznámení o zahájení zadávacího řízení vyplývá, že jejím předmětem je *„[p]ostupná náhrada (po dobu 6 let) vyřazovaných infuzních pump a lineárních dávkovačů novými zdravotnickými prostředky, včetně jejich pozáručního servisu a včetně zpětného odběru původního zařízení pro klinická pracoviště FN Hradec Králové.“*, přičemž opravným oznámením změn ze dne 2. 1. 2018 byl předmět veřejné zakázky změněn a definován jako *„[p]ostupná náhrada (po dobu 4 let) vyřazovaných infuzních pump a lineárních dávkovačů novými zdravotnickými prostředky, včetně jejich pozáručního servisu a včetně zpětného odběru původního zařízení pro klinická pracoviště FN Hradec Králové.“*.
3. Zadavatel stanovil v bodu II.1.5) oznámení o zahájení zadávacího řízení předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 32 512 470,- Kč bez DPH.
4. Z bodu II.2.1) oznámení o zahájení zadávacího řízení vyplývá, že veřejná zakázka byla zadavatelem rozdělena na 2 části, a to na část č. 1 – „infuzní technika pro neonatologii“ (dále jen „část 1“), jejímž předmětem je dle bodu II.2.4) oznámení o zahájení zadávacího řízení *„[d]odávka 2 ks infuzních pump, 20 ks lineárních dávkovačů a 5 ks dokovacích stanic – vše včetně příslušenství. Jedná se o předpoklad za každý kalendářní rok.“*, a na část č. 2 – „infuzní technika pro obecné použití“ (dále jen „část 2“), jejímž předmětem je dle totožného bodu oznámení o zahájení zadávacího řízení *„[d]odávka 30 ks infuzních pump, 120 ks lineárních dávkovačů a 40 ks dokovacích stanic – vše včetně příslušenství. Jedná se o předpoklad za každý kalendářní rok.“*.
5. V bodu IV.1.1) oznámení o zahájení zadávacího řízení zadavatel v dalším určil, že veřejná zakázka bude zadávána v otevřeném řízení, přičemž lhůtu pro podání nabídek stanovil v bodě IV.2.2) oznámení o zahájení zadávacího řízení do 6. 10. 2017, kterou následně opakovaně prodloužil až do 23. 1. 2018 do 11:00 hod.
6. Dne 23. 1. 2018 v 9:15 hod. obdržel zadavatel od dodavatele – 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“) – námitky ze dne 22. 1. 2018 proti zadávací dokumentaci veřejné zakázky. Zadavatel rozhodnutím ze dne 7. 2. 2018, které navrhovatel obdržel téhož dne, podané námitky ze dne 22. 1. 2018 podle § 245 odst. 2 zákona odmítl.

7. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o jím podaných námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 16. 2. 2018 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

## II. OBSAH NÁVRHU

8. Navrhovatel v podaném návrhu brojí proti zadávacím podmínkám uvedeným v zadávací dokumentaci, kdy je přesvědčen, že zadavatel nestanovil zadávací podmínky v souladu se zákonem, v důsledku čehož mu vznikla újma spočívající v jeho nedůvodné diskriminaci, neboť za takto nastavených podmínek se nemohl zúčastnit zadávacího řízení.
9. V obecné rovině považuje navrhovatel za základní důvody vedoucí k nezákonnosti zadávacích podmínek jejich nepřiměřenost a netransparentnost. Nepřiměřenost zadávacích podmínek spatřuje navrhovatel v požadavku zadavatele stanoveném v Díle 2 zadávací dokumentace, kdy zadavatel po dodavatelích požaduje, aby po dobu 10 let byl na českém trhu dosažitelný spotřební materiál minimálně od 4 výrobců, jenž bude kompatibilní s produkty dodavatele, neboť dle jeho názoru závisí splnění předmětného požadavku do značné míry na vůli třetích stran, kterou navrhovatel může ovlivnit pouze omezeně.
10. V dalším shledává navrhovatel nepřiměřenost zadávacích podmínek v čl. 6. „Smluvní sankce“, konkrétně v jeho čtvrtém odstavci, Dílu 4 zadávací dokumentace, a dále v čl. 4.6. „Smluvní sankce“ návrhu servisní smlouvy, v nichž zadavatel stanovil smluvní sankci ve výši 5000,- Kč za porušení tam uvedené smluvní podmínky, a to za každý i započatý kalendářní den a případ zvláště. V souvislosti s výše uvedenou smluvní sankcí navrhovatel současně poukazuje na netransparentnost zadávacích podmínek, neboť tyto formulují okolnosti umožňující vyvinění se z předmětné smluvní sankce, čímž podle navrhovatele dochází k její relativizaci, přičemž samotné okolnosti umožňující vyvinění nejsou zadavatelem definovány jednoznačně a srozumitelně, což v důsledku může vést ke zvlí zadavatele při rozhodování o uplatnění dané smluvní sankce.
11. V konkrétní rovině navrhovatel v návrhu v souvislosti s nepřiměřeností zadávacích podmínek zdůrazňuje skutečnost, že předmětem šetřené veřejné zakázky jsou dodávky, nikoliv služby, tudíž dodavatel nemůže po dodání infuzních přístrojů s určitou specifikací svou dodávku měnit a přizpůsobovat ji změnám na trhu, neboť se jedná o dodávku zboží, jež je po dobu své životnosti prakticky neměnné. Navrhovatel poukazuje na fakt, že změna dodaných přístrojů není součástí záručního ani pozáručního servisu, kdy ostatně ani sám zadavatel v návrhu servisní smlouvy nepožaduje, aby součástí servisu byla i změna konfigurace přístroje. Navrhovatel podotýká, že v případě, kdy počet výrobců kompatibilního spotřebního materiálu na trhu klesne pod 4, což je zadavatelem vyžadovaný minimální počet, nemůže na to již dodavatel reagovat změnou své nabídky, čili přebudovat již dodané přístroje za účelem zajištění kompatibility jím dodaných přístrojů se spotřebním materiálem od 4 výrobců, neboť takové přebudování je z technologického hlediska zcela vyloučeno, mj. také z toho důvodu, že infuzní přístroje jsou přístroji zachraňující životy, tudíž vyžadují absolutní kompatibilitu se spotřebním materiálem, kdy i drobná odchylka může v důsledku ohrozit život pacienta. Zajištění kompatibility dodaných přístrojů s novým spotřebním materiálem tedy není pouze otázkou přenastavení těchto přístrojů. Ke splnění předmětného požadavku by bylo zapotřebí ještě před podáním nabídky smluvně zavázat alespoň 4 výrobce, aby byli

po zadavatelem požadovanou dobu dostupní na trhu, což je podle navrhovatele absurdní a nerealizovatelné, neboť dodavatel a výrobci jsou vůči sobě navzájem v konkurenčním postavení.

12. Navrhovatel dále upozorňuje na nepřiměřenou dobu, po kterou by měl výše specifikovaný požadavek zadavatele platit, jež činí 10 let. Zadavatel totiž v čl. 4.1. „Doba plnění“ návrhu servisní smlouvy určil, že servis dodaných přístrojů bude zajišťován průběžně po dobu neurčitou, přičemž v čl. 4.7. „Zánik závazků“ návrhu servisní smlouvy stanovil, že dodavatel je oprávněn tuto smlouvu vypovědět nejdříve po 7 letech od skončení záruční doby prvního dodaného zboží, což v součtu znamená více než po 10 letech od uzavření servisní smlouvy, jelikož záruční doba na dodané zboží činí 3 roky. Nad rámec výše uvedeného navrhovatel podotýká, že na relevantním trhu v České republice jsou dostupné výrobky od cca 5 až 6 výrobců spotřebního materiálu, přičemž není obvyklé, aby infuzní technika byla kompatibilní s výrobky všech těchto výrobců; naopak je běžné, že infuzní technika není kompatibilní se spotřebním materiálem všech výrobců vzhledem k nízké kvalitě produkce některých výrobců. Vzhledem k právě řečenému je proto dle navrhovatele požadavek zadavatele na kompatibilitu dodavatelem dodaných přístrojů a spotřebního materiálu od 4 výrobců nepřiměřený, jelikož každý, byť i drobný, výkyv na relevantním trhu může představovat okamžité neplnění tohoto požadavku.
13. Navrhovatel uvádí, že v rozhodnutí o námitkách ze dne 7. 2. 2018 zadavatel shora popsany argument odmítl s tvrzením, že požadavek na kompatibilitu se vztahuje k infuzní technice, nikoliv ke spotřebnímu materiálu. Navrhovatel však považuje tuto argumentaci zadavatele za čistě účelovou, neboť požadavek zadavatele na kompatibilitu fakticky dopadá na spotřební materiál, nikoliv na infuzní přístroje, jelikož tyto nelze dodatečně přebudovávat, potažmo měnit. Jestliže zadavatel odůvodňuje daný požadavek odkazem na nutnost zajistit řádnou hospodářskou soutěž po celou dobu životnosti infuzní techniky, tzn. až po 20 let, pak navrhovatel poznamenává, že předpokládané finanční úspory mohl zadavatel dosáhnout tím, že by jako kritérium hodnocení formuloval náklady životního cyklu podle § 117 zákona.
14. Navrhovatel konstatuje, že zadavatel předmětným požadavkem radikálně omezil okruh potenciálních dodavatelů, aniž by si tím však zajistil odpovídající kvalitu. V této souvislosti navrhovatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0219/2017/VZ-21920/2017/533/HKu ze dne 28. 7. 2017. Dle přesvědčení navrhovatele se zadávacího řízení při tomto nastavení zadávacích podmínek nemůže zúčastnit žádný seriózní dodavatel, neboť tento si uvědomuje všechna nepřiměřená rizika plynoucí z daného požadavku zadavatele a nemůže je akceptovat. S ohledem na výše uvedené tudíž navrhovatel shrnuje, že požadavek zadavatele na zajištění kompatibility se spotřebním materiálem 4 výrobců po dobu 10 let je zcela nepřiměřený, jelikož je seriózním způsobem prakticky nesplnitelný, neboť na jeho splnění budou mít vliv třetí strany (ostatní výrobci), jež však navrhovatel nemůže efektivně ovlivnit.
15. V další části návrhu se navrhovatel věnuje nepřiměřenosti a netransparentnosti smluvní sankce, jež má být vůči vybranému dodavateli uplatněna v případě nesplnění požadavku zadavatele na kompatibilitu dodaných přístrojů se spotřebním materiálem od 4 výrobců po dobu 10 let, a která činí 5 000 Kč za každý i započatý kalendářní den a případ zvláště. Dle slov navrhovatele není možné ovlivnit vůli třetích stran v situacích, jakými jsou např. odchod z daného trhu či dočasný výpadek výrobce, a tudíž je dle něj taková smluvní sankce nepřiměřeně vysoká, neboť sankcionuje ve své podstatě chování třetích stran.

16. Dále navrhovatel napadá okolnosti vzniku nároku na smluvní sankci, kdy podle něj není zřejmé, za jakých okolností budou splněny podmínky pro uplatnění zadavatelem stanovené smluvní sankce vůči vybranému dodavateli. V souvislosti s okolnostmi vzniku nároku na smluvní sankci (pokutu) zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že jím stanovené okolnosti jsou jednoznačné, jelikož definoval každý případ jako každou písemnou výzvu, v níž vyzývá vybraného dodavatele ke zjednání nápravy, čímž ale podle navrhovatele zadavatel netransparentnost zadávacích podmínek ještě více prohloubil, neboť spojil okamžik vzniku smluvní odpovědnosti s libovůlí, zda výzvu zašle či nikoliv. Navrhovatel upozorňuje, že nadále není zřejmé, kdy bude zadavatel oprávněn tuto výzvu vybranému dodavateli zaslat. Kupříkladu pokud počet kompatibilních výrobců klesne na 3, bude se pravděpodobně jednat o samostatný případ. Jestliže však počet těchto výrobců dále klesne, není dle názoru navrhovatele jasné, zda tato skutečnost povede k nové výzvě zadavatele, či zda toto nebude mít za následek novou výzvu, a to vzhledem k „pokrytí“ („vyčerpání“) dané situace již první výzvou. Nad rámec výše uvedeného navrhovatel dodává, že smluvní sankce ve výši 5 000 Kč za každý den a případ je sama o sobě nepřiměřená a neodpovídá ani soudní praxi.
17. Navrhovatel se dále vyjadřuje k netransparentnímu vymezení možnosti vyvinut se ze splnění zadavatelem stanoveného požadavku, tj. požadavku na kompatibilitu dodaných přístrojů se spotřebním materiálem od 4 výrobců po dobu 10 let, kdy obecně konstatuje, že pokud zadavatel formuluje konkrétní zadávací podmínku, musí být tato podmínka následně uplatněna v rámci realizace předmětu plnění veřejné zakázky, a to obzvláště tehdy, jestliže je předmětná zadávací podmínka jediným důvodem k neúčasti celé řady dodavatelů v zadávacím řízení. Navrhovatel zdůrazňuje, že je nepřípustné, aby zadavatel na určité zadávací podmínce trval a následně její splnění vybranému dodavateli svévolně odpustil. Navrhovatel je přitom přesvědčen, že přesně tímto způsobem zadavatel v šetřeném zadávacím řízení postupoval.
18. Navrhovatel předesílá, že fakt, že zadavatel v zadávacích podmínkách připustil, aby jeho požadavek na kompatibilitu dodaných přístrojů se spotřebním materiálem od 4 výrobců přestal být pro některé dodavatele závazný, je netransparentní a v rozporu se zásadou rovného zacházení, přičemž doplňuje, že o nerovnou podmínku by se jednalo i za situace, kdy by okolnosti vyvinutí ze smluvní sankce byly formulovány jednoznačně, což však nejsou. Navrhovatel podotýká, že dodavatel nikdy nemůže mít jistotu, zda jím vynaložené úsilí na zajištění daného požadavku bude zadavatelem vyhodnoceno jako „přiměřené“. Výklad tohoto neurčitého pojmu tak závisí zcela na libovůli zadavatele, čímž je vytvořen prostor pro jeho nerovný přístup k jednotlivým dodavatelům.
19. Navrhovatel v dalším konstatuje, že zadavatel v zadávacích podmínkách mj. stanovil, že *„(...) v daném konkrétním čase účastník objektivně prokáže, že nikoli vlastní vinnou nebo vinnou výrobce neměl možnost zajistit naplnění této podmínky (...)“*. Navrhovatel v této souvislosti připomíná, že účastníky zadávacího řízení na posuzovanou veřejnou zakázku mohou být pouze distributoři, nikoliv výrobci, a tudíž trvá na tom, že z výše citované zadávací podmínky jednoznačně nevyplývá, zda se má (může) jednat o vinu na straně výrobce infuzní techniky či na straně výrobce spotřebního materiálu. Navrhovatel doplňuje, že zadavatel ani v rozhodnutí o námitkách výslovně neuvedl, o kterého výrobce se má fakticky jednat.
20. Navrhovatel upozorňuje, že výrobce infuzní techniky i výrobce spotřebního materiálu mohou svým jednáním zapříčinit nekompatibilitu infuzní techniky se spotřebním materiálem

od požadovaného počtu výrobců, přičemž v zadávací dokumentaci se několikanásobně hovoří jak o výrobcích infuzní techniky, tak i o výrobcích spotřebního materiálu. Pokud tedy zadavatel neupřesnil, o vinu kterého konkrétního výrobce se z hlediska vyvinění reálně jedná, jsou podle navrhovatele zadávací podmínky v tomto nejednoznačné, a tedy nezákonné.

21. Konečně se navrhovatel v návrhu zabývá „prostorem“ pro zvůli zadavatele, když sděluje, že v čl. 5. „Odpovědnost za vady zboží“ návrhu kupní smlouvy a dále v čl. 4.2. „Realizace servisu“ návrhu servisní smlouvy zadavatel stanovil, že *„(...) je poskytovatel povinen zajistit splnění tohoto požadavku nejpozději do 3 měsíců ode dne, kdy bude poskytovateli doručeno ze strany objednatele písemné upozornění na neplnění této povinnosti, nedohodnou-li se smluvní strany jinak (...)“*, čímž připustil, aby bylo možné se s vybraným dodavatelem „dohodnout jinak“, např. tak, že předmětnou zadávací podmínku nebude muset vybraný dodavatel splnit vůbec, v důsledku čehož zadavatel učinil zadávací podmínky zcela netransparentními a nezákonnými.
22. Na základě všech výše předestřených argumentů tudíž navrhovatel v závěru návrhu shrnuje, že zadávací podmínky na posuzovanou veřejnou zakázku jsou stíženy netransparentností a neurčitostí, a proto navrhuje, aby Úřad jako nápravné opatření zrušil zadávací řízení.

### III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

23. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dne 16. 2. 2018, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavateli byl stejnopis návrhu doručen taktéž dne 16. 2. 2018.
24. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel.
25. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S0061/2018/VZ-05021/2018/531/Est ze dne 19. 2. 2018.
26. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0061/2018/VZ-06645/2018/531/Est ze dne 5. 3. 2018 o předběžném opatření Úřad zamítl návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření, jímž by měl být zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na posuzovanou veřejnou zakázku.
27. Usnesením č. j. ÚOHS-S0061/2018/VZ-07163/2018/531/Est ze dne 13. 3. 2018 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Žádný z účastníků se ve lhůtě určené předmětným usnesením k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

### Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 26. 2. 2018

28. Zadavatel se k návrhu vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 26. 2. 2018, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž konstatuje následující.
29. V úvodu tohoto vyjádření zadavatel předesílá, že předmětem šetřené veřejné zakázky je postupná výměna vyřazovaných infuzních pump a lineárních dávkovačů za nové přístroje,

včetně jejich pozáručního servisu a zpětného odběru původních zařízení. Jelikož se jedná o více než tisíc přístrojů, které zadavatel pro svou činnost využívá, je jejich jednorázová výměna z ekonomického hlediska nereálná, a tudíž zadavatel přistoupil k postupné výměně, jež je předmětem veřejné zakázky.

30. K obsahu návrhu zadavatel primárně uvádí, že se řádně vypořádal s námitkami navrhovatele i s jeho žádostmi o vysvětlení zadávací dokumentace, přičemž v této souvislosti odkazuje na rozhodnutí o námitkách ze dne 7. 2. 2018 a vysvětlení zadávací dokumentace č. 9 ze dne 8. 1. 2018 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 9“).
31. K navrhovatelem namítanému požadavku zadavatele na kompatibilitu infuzních přístrojů se spotřebním materiálem od 4 výrobců po dobu 10 let zadavatel sděluje, že z jeho strany nebyl takový požadavek v rámci zadávacích podmínek nikde a nikdy stanoven, na což byl navrhovatel upozorněn ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 9, stejně tak i v rozhodnutí zadavatele o námitkách.
32. Zadavatel poznamenává, že v zadávací dokumentaci č. 2 stanovil minimální technickou specifikaci dodávané infuzní techniky jako *„možnost běžně a záměně používat infuzní sety s partikulárním filtrem 15 mikronů vhodné pro použití v infuzních pumpách minimálně od 4 různých výrobců, jejichž sety jsou na českém trhu nabízeny/obchodovány“*. Dle zadavatele je nezbytné tuto zadávací podmínku a způsob jejího splnění *„vykládat pouze v rozsahu, v jakém byl tento požadavek ve vztahu k předmětu veřejné zakázky vymezen. Dtto se vztahuje i k výjimce z tohoto plnění, která je nedílnou součástí vymezení takto stanoveného požadavku. S přihlédnutím ke skutečnosti, že předmětem veřejné zakázky (...) nebyla dodávka spotřebního materiálu (infuzních setů či injekčních stříkaček), ale dodávka infuzní techniky, je z uvedeného zřejmé, že takto stanovený požadavek a k němu definovaná výjimka souvisí toliko s poptávaným technickým řešením (infuzní technikou), nikoli se spotřebním materiálem, jak navrhovatel ve svých námitkách a návrhu předestírá.“* Právě řečené je ostatně zřejmé i z vysvětlení zadávací dokumentace č. 9. Zadavatel podotýká, že v zadávací dokumentaci, jakož i ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 9, jednoznačně popsal, co tvoří předmět veřejné zakázky, co nastane při neplnění dané zadávací podmínky a jaké situace mohou být pokládány za příhodné pro uplatnění výjimky. Vzhledem k právě řečenému proto zadavatel považuje tvrzení navrhovatele, že dle zadávacích podmínek je vybraný dodavatel povinen zajistit, aby po dobu 10 let byl na českém trhu dosažitelný spotřební materiál minimálně od 4 výrobců, jenž bude kompatibilní s produkty vybraného dodavatele, za ryze účelové a nemající oporu v zadávacích podmínkách.
33. Ve vztahu k tvrzení navrhovatele, že výrobce nemůže reagovat na změny na trhu a za účelem zajištění kompatibility dodaných přístrojů a spotřebního materiálu přebudovávat infuzní přístroje, zadavatel uvádí, že dané tvrzení je zavádějící, neboť navrhovatel v návrhu nikterak nebere v potaz zadavatelem stanovenou výjimku z předmětné podmínky, jež je součástí zadávací dokumentace č. 2, zadávací dokumentace č. 4 a rovněž i vysvětlení zadávací dokumentace č. 9. Zadavatel současně poukazuje na rozpor mezi tímto tvrzením navrhovatele a obsahem jím uplatněných námitek ze dne 3. 11. 2017, v nichž navrhovatel uvedl, že *„nelze vyloučit, že stěžovatelem nabízené přístroje by po čistě technické či technologické stránce mohli umožňovat užití i jiného spotřebního materiálu, (...)“*, čímž navrhovatel podle zadavatele připustil kompatibilitu mezi jím nabízenými přístroji a jiným



spotřebním materiálem, než který byl stanoven ze strany výrobce přístrojů v návodu k použití.

34. Dále zadavatel poukazuje na rozpor mezi tvrzením navrhovatele, že dodané zboží již nelze prakticky měnit, tedy používat jiný spotřební materiál, než jaký byl doporučen výrobcem, a výše specifikovanými námitkami, kdy tímto navrhovatel popřel své původní tvrzení. V souvislosti s výše uvedeným zadavatel doplňuje, že na relevantním trhu je dostupná infuzní technika, jež umožňuje užití spotřebního materiálu od různých výrobců, čili infuzní technika, v jejímž návodu je připuštěna možnost používat spotřební materiál různých značek (např. injekční dávkovač MP 30 a volumetrická pumpa MP60 od výrobce MedCaptain apod.).
35. Zadavatel se neztotožňuje s názorem navrhovatele, že v rámci návrhu servisní smlouvy nepožaduje, aby součástí servisu byla i konfigurace přístrojů či doplňování jejich technických charakteristik, neboť požadavek na kompatibilitu infuzních přístrojů se spotřebním materiálem od minimálně 4 výrobců je uveden v čl. 4.2. návrhu servisní smlouvy, po dobu záruky je pak tento požadavek vymezen v čl. 5 návrhu kupní smlouvy, přičemž v Dílu 2 zadávací dokumentace zadavatel stanovil též možnost změny typu stříkačky/infuzního setu bez nutnosti servisního zásahu. Zadavatel proto ve vymezení servisních podmínek neshledává žádné nedostatky.
36. Zadavatel se neztotožňuje s názorem navrhovatele, že předmětem posuzované veřejné zakázky jsou přístroje zachraňující život, u nichž musí být jejich kompatibilita se spotřebním materiálem absolutní. V této souvislosti zadavatel odkazuje na návod k použití konkrétního injekčního dávkovače nabízeného samotným navrhovatelem, který daný názor fakticky popírá. Zadavatel v dalším upozorňuje, že ze zadávacích podmínek nevyplývá, že by výrobce spotřebního materiálu musel být přítomen na příslušném trhu nepřiměřeně dlouhých 10 let, jak argumentuje navrhovatel.
37. Ve vztahu k navrhovatelem namítané nepřiměřenosti požadavku na možnost běžného a záměnného používání spotřebního materiálu od alespoň 4 různých výrobců s ohledem na skutečnost, že na relevantním trhu jsou dostupné výrobky cca od pěti až šesti výrobců, zadavatel sděluje, že se jedná o nové skutečnosti, jež navrhovatel nevedl ve svých námitkách ze dne 22. 1. 2018, ačkoliv tuto možnost měl, a tudíž zadavatel s odkazem na ustanovení § 251 odst. 4 zákona dovozuje, že k těmto skutečnostem nelze přihlídnout. Zadavatel nicméně doplňuje, že na relevantním trhu existuje celá řada výrobců spotřebního materiálu, kteří umožní splnění jím stanoveného požadavku – kupříkladu se jedná o výrobce Terumo, Chirana, Medilab, Baxamed, Gama Group, Codan, Henry Schein atd. Předmětný požadavek zadavatele tedy není možné považovat za hraniční, popř. nesplnitelný.
38. Zadavatel dále nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že se jeho shora uvedený požadavek vztahuje na spotřební materiál a nikoliv na infuzní přístroje, neboť je to právě výrobce infuzní techniky, kdo je schopen prostřednictvím návodů k použití ovlivnit variabilitu spotřebního materiálu. Zadavatel poukazuje na různorodost praxe, kdy je běžné v návodech na použití neuvádět žádnou konkrétní značku spotřebního materiálu či naopak uvádět výčet konkrétních produktů, což v důsledku vede k situaci, kdy bez souhlasu výrobce infuzní techniky nelze používat jiný než uvedený spotřební materiál, ačkoliv kompatibilita není vyloučena.

39. Zadavatel se neztotožňuje s názorem navrhovatele, že zahrnutím hodnocení životního cyklu infuzních přístrojů do kritérií hodnocení by se též dalo dosáhnout zadavatelem požadovaného cíle na kompatibilitu, neboť infuzní technika má i životnost delší než 15 let a vzhledem k takto dlouhému časovému horizontu by nebylo navrhovatelem předkládané řešení reálné ani hospodárné. Zadavatel k tomu poznamenává, že tímto řešením by nebyl naplněn záměr zadavatele, tj. používat jednotný spotřební materiál napříč jeho pracovišti bez ohledu na případné další obměňování infuzní techniky v rámci jiných zadávacích řízení. Zadavatel současně upozorňuje na skutečnost, že námitku navrhovatele, že zadavatelem požadovaného cíle na kompatibilitu je možno dosáhnout i jiným způsobem, odmítl již v rozhodnutí o námitkách navrhovatele ze dne 20. 11. 2017, přičemž navrhovatel v návaznosti na toto rozhodnutí nepodal návrh na přezkoumání jeho úkonů.
40. K navrhovatelem citovanému rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0219/2017/VZ 21920/2017/533/HKu ze dne 28. 7. 2017 zadavatel konstatuje, že jím zvolený postup neomezoval bezdůvodně hospodářskou soutěž, neboť způsob, jakým byl vymezen předmět veřejné zakázky, byl řádně odůvodněn s přihlédnutím k cílům, jichž mělo být zadávacím řízením dosaženo. Zadavatel uvádí, že stanovil zadávací podmínky tak, aby byla zajištěna řádná hospodářská soutěž a aby dodavatelé infuzní techniky nebyli omezováni z pohledu toho, zda současně vyrábí i spotřební materiál či nikoliv, a to při současném zachování možnosti používat jednotný spotřební materiál napříč jednotlivými pracovišti zadavatele.
41. V další části svého stanoviska se zadavatel vyjadřuje k namítané nepřiměřenosti a netransparentnosti smluvní sankce, která má být vůči vybranému dodavateli uplatněna. Zadavatel předesílá, že výše smluvní sankce byla odvozena od významnosti požadavku na kompatibilitu (viz výše) a nezbytnosti zajistit jeho plnění ze strany vybraného dodavatele včas. K tomu zadavatel dodává, že samotná výše této smluvní sankce je přiměřená i ve vztahu k předpokládané hodnotě předmětné veřejné zakázky. Zadavatel v dalším uvádí, že tvrzení navrhovatele, že smluvní sankce spočívá v postihu vybraného dodavatele za chování třetích stran, je zcela účelové, neboť takový výklad neodpovídá smluvním podmínkám, jak je zadavatel vymezil, jelikož navrhovatel opomíjí obsah dalších smluvních ujednání, jež upravují výjimku z uplatnění dané smluvní sankce. Zadavatel doplňuje, že ani tvrzení navrhovatele, že nárok na smluvní sankci vznikne i v situaci, kdy počet výrobců kompatibilního spotřebního materiálu klesne pod čtyři, není v souladu se stanovenými smluvními podmínkami.
42. Pokud jde o tvrzení navrhovatele, že zadávací podmínky jsou netransparentní z důvodu, že vznik smluvní odpovědnosti je spjat se zasláním písemné výzvy zadavatele, pak zadavatel uvádí, že naopak tímto způsobem jednoznačně určil, od jakého okamžiku počíná plynout lhůta pro zjednání nápravy, popř. pro uplatnění sankčního ujednání. Zadavatel takto postupoval vzhledem k tomu, že výrobce spotřebního materiálu není povinen informovat výrobce infuzní techniky či zadavatele o ukončení dodávek na trh. Tvrzení navrhovatele, že okamžik vzniku smluvní odpovědnosti je spojen s libovůlí zadavatele, zda tento zašle písemnou výzvu či nikoliv, označuje zadavatel za ryze spekulativní, přičemž mu není zřejmé, na základě jakých úvah navrhovatel dospěl k tomu, že takto stanovenou smluvní podmínku nebude po vybraném dodavateli požadovat.
43. K argumentaci navrhovatele, že není jasné, v jakých případech bude zadavatel oprávněn výše popisovanou výzvu vybranému dodavateli zaslat, zadavatel sděluje, že pro uplatnění

sankčního ujednání není rozhodný rozsah neplnění povinnosti vybraným dodavatelem, nýbrž to, zda po obdržení písemného upozornění vybraný dodavatel danou povinnost splnil. Dle slov zadavatele je tudíž rozhodnou situací pro odeslání výzvy skutečnost, že počet výrobců kompatibilního spotřebního materiálu klesne pod čtyři. Zadavatel dodává, že situace, kdy dojde k dalšímu poklesu těchto výrobců, nezakládá další rozhodnou skutečnost pro odeslání předmětné výzvy. Zadavatel podotýká, že tvrzení navrhovatele, že tímto případem je výzva a nikoliv samotné porušení povinnosti ze strany vybraného dodavatele, neodpovídá znění smluvních podmínek a je proto nesprávné.

44. Ve vztahu k navrhovatelem tvrzenému netransparentnímu vymezení možnosti vyvinění se ze splnění výše popisované smluvní podmínky zadavatel nejprve uvádí, že toto vymezení odpovídá běžné smluvní praxi, přičemž žádná podmínka není závazná pouze pro vybraného dodavatele a pro ostatní dodavatele nikoliv. Zadavatel se neztotožňuje s názorem navrhovatele, že si dodavatel nemůže být jist, zda jím vynaložené úsilí k zajištění požadavku zadavatele bude posouzeno jako „přiměřené“, neboť posuzování přiměřenosti má svá vlastní pravidla, přičemž se jedná o běžný pojem, jenž je přezkoumáván v rámci soudní praxe. K tvrzení navrhovatele, že dva různí dodavatelé mohou vynaložit rozdílné úsilí, zadavatel poznamenává, že jde o zcela běžný jev, stejně tak je zcela běžné, že i při vynaložení stejného úsilí dvou dodavatelů může docházet k odlišným výsledkům. Na základě výše uvedeného je tedy podle zadavatele iluzorní, aby vzhledem k odlišným technickým řešením ze strany dodavatelů bylo poskytováno plnění se stejně vynaloženým úsilím s garancí stejného výsledku. Nadto zadavatel upozorňuje, že navrhovatelem namítaná „přiměřenost“ je novou skutečností, která nebyla obsažena v námitkách ze dne 22. 1. 2018.
45. K tvrzení navrhovatele, že se šetřeného zadávacího řízení mohou zúčastnit pouze distributoři a nikoliv výrobci infuzní techniky, zadavatel konstatuje, že mu není znám důvod, který by toto způsoboval, přičemž takový požadavek není nikde v zadávacích podmínkách stanoven a navrhovatel nadto dané tvrzení ani nijak nedoložil.
46. Co se týče tvrzení navrhovatele, že z obsahu zadávacích podmínek nevyplývá, zda se při posuzování otázky viny jedná o vinu na straně výrobce infuzní techniky nebo na straně výrobce spotřebního materiálu, zadavatel sděluje, že předmětem veřejné zakázky je postupná náhrada vyřazovaných infuzních pump a lineárních dávkovačů novými zdravotnickými prostředky. Dle zadavatele byla v Dílu 2 zadávací dokumentace vymezena technická specifikace na poptávanou infuzní techniku, jež byla podstatou předmětu plnění. Zadavatel konstatuje, že v souladu se zákonem č. 268/2014 Sb., o zdravotnických prostředcích a o změně zákona č. 634/2004 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, je *„pouze výrobce infuzní techniky, nebo jím zmocněná osoba, oprávněn vydávat návod k použití zdravotnického prostředku, v rámci kterého je výrobce infuzní techniky oprávněn určit, jaký spotřební materiál je možné pro jím vyráběnou infuzní techniku používat. Pouze výrobce infuzní techniky je v souladu se zákonem č. 268/2014 Sb. oprávněn tento seznam rozšiřovat nebo zužovat, tzn. výrobce spotřebního materiálu není oprávněn určovat, zda jeho spotřební materiál může být použit v dané infuzní technice. (...) Navrhovateli je tak zcela jednoznačně zřejmé, že za účelem zajištění zadavatelem stanoveného požadavku je nezbytná součinnost výrobce infuzní techniky (tj. výrobce dodávaného předmětu plnění). V zadávací dokumentaci je uvedeno „vinou výrobce“, nikoli „vinou výrobců“. Pokud by se tak mělo jednat o vinu výrobce infuzní techniky anebo výrobců spotřebního materiálu, musel by*

*být v zadávacích podmínkách použit tvar množného čísla, což ovšem není (...).*“ Zadavatel uvádí, že z kontextu zadávací dokumentace a vysvětlení zadávací dokumentace č. 9 je zřejmé, že nesplnění jím stanovené podmínky je způsobeno (týká se) vinou výrobce spotřebního materiálu, nikoliv vinou výrobce infuzní techniky.

47. Ve vztahu k tvrzení navrhovatele, že slovní spojení „nedohodnou-li se strany jinak“ vytváří předpoklady pro nezákonné zvýhodnění dodavatele, jenž má vazby na zadavatele, zadavatel sděluje, že toto tvrzení je založeno na neopodstatněných subjektivních pocitech navrhovatele. Zadavatel uvádí, že dané slovní spojení slouží ke korekci stanovené smluvní podmínky při vzniku nestandardních situací, jejichž vznik není možné predikovat a jejichž dopad by byl, ve vztahu k povinnosti vybraného dodavatele zjednat nápravu, zjevně nepřiměřený. Nad rámec shora řečeného zadavatel poznamenává, že navrhovatelem rozporované slovní spojení „nedohodnou-li se strany jinak“ je novou skutečností, kterou navrhovatel v námitkách neuvedl, a proto by k ní podle § 251 odst. 4 zákona nemělo být přihlíženo.
48. Závěrem svého stanoviska zadavatel shrnuje, že v zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem, kdy zadávací podmínky byly z jeho strany stanoveny tak, aby odpovídaly základním zásadám zadávacího řízení. Zadavatel proto navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl.

#### **Podání navrhovatele ze dne 1. 3. 2018**

49. Navrhovatel podáním ze dne 1. 3. 2018, které Úřad obdržel téhož dne, požádal o vydání předběžného opatření podle § 61 odst. 1 správního řádu s tím, aby Úřad zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení, a to z důvodu nezákonného, diskriminačního a netransparentního postupu zadavatele při nastavení zadávacích podmínek. Navrhovatel dodal, že návrh na vydání předběžného opatření podává rovněž z opatrnosti, aby v případě trvání správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele po dobu delší než 60 dnů ode dne jeho zahájení nedošlo k odpadnutí zákazu uzavřít smlouvu podle § 246 odst. 1 písm. d) zákona.

#### **Vyjádření navrhovatele ke stanovisku zadavatele k návrhu**

50. Dne 13. 3. 2018 obdržel Úřad vyjádření (repliku) navrhovatele<sup>1</sup>, v níž tento reaguje na stanovisko zadavatele k návrhu ze dne 26. 2. 2018. Navrhovatel na úvod sděluje, že setrvává na svých předchozích tvrzeních, přičemž argumenty zadavatele obsažené v jeho vyjádření k návrhu označuje za nepodložené a neodůvodněné.
51. Ve vztahu k namítané zadávací podmínce spočívající v požadavku zadavatele na kompatibilitu infuzních přístrojů se spotřebním materiálem od alespoň 4 výrobců po dobu deseti let navrhovatel konstatuje, že zadavatel nesmyslně opakuje, že daný požadavek souvisí toliko s infuzními pumpami a nemá tak dopad na spotřební materiál, tj. infuzní sety. Navrhovatel je přesvědčen, že ačkoliv zadavatel uvedl, že předmětem šetřené veřejné zakázky je pouze dodávka infuzních pump a nikoliv infuzních setů, což navrhovatel nerozporuje, není ze strany zadavatele možné bez dalšího prohlásit, že jím stanovený požadavek se nikterak neodrazí v zajištění kompatibilního spotřebního materiálu. V souvislosti s výše uvedeným navrhovatel dodává, že zadavatel stanovením předmětného

---

<sup>1</sup> Předmětné vyjádření není navrhovatelem datováno.

požadavku tak, jak jej formuloval, zcela zřejmě přenáší na dodavatele povinnost zajištění existence kompatibilního spotřebního materiálu na trhu k jím nabízeným infuzním pumpám. Navrhovatel konstatuje, že zadavatel nevysvětlil, jakým způsobem by dodavatelé měli zajistit požadovanou kompatibilitu spotřebního materiálu po dobu 10 let vzhledem ke konkurenčnímu prostředí panujícímu mezi dodavateli a výrobcí.

52. Navrhovatel se ohrazuje proti tvrzení zadavatele, že text návrhu je v rozporu s navrhovatelem podanými námitkami ze dne 3. 11. 2017, neboť zadavatel v reakci na tyto námitky, v nichž navrhovatel uvedl, že „(...) nelze vyloučit, že stěžovatelem nabízené přístroje by po čistě technické či technologické stránce mohly umožňovat užití i jiného spotřebního materiálu, (...)“, uvedl, že „Z uvedeného je tak zřejmé, že sám navrhovatel připouští, že na trhu mohou existovat i spotřební materiály jiných výrobců, které jsou s nabízenou infuzní technikou kompatibilní a na straně výrobce infuzní techniky neexistují žádné objektivní překážky, které by použití tohoto spotřebního materiálu bránily.“, čímž zadavatel podle názoru navrhovatele podsouvá navrhovateli svůj názor, s nímž navrhovatel nesouhlasí, přičemž dodává, že shora řečené je ze strany zadavatele vytrženo z kontextu. Navrhovatel doplňuje, že shora citovaným textem pouze poukázal na případnou možnost kompatibility spotřebního materiálu některého z výrobců, jenž ale nebyl výrobcem infuzních pump označen jako kompatibilní, s konkrétními infuzními přístroji, avšak až po důkladném testování.
53. Pokud zadavatel argumentuje tím, že navrhovatel tvrdil, že jednou dodané zboží je prakticky neměnné, čili neumožňuje použití jiného spotřebního materiálu než toho, který byl ze strany výrobce stanoven, pak navrhovatel podotýká, že jde o další příklad, kdy zadavatel navrhovateli podsouvá názor, který neučinil. Navrhovatel předesílá, že v návrhu sice konstatoval neměnnost dodaného zboží, tj. infuzní techniky, avšak ve smyslu nemožnosti dodavatele upravit již dodanou infuzní pumpu takovým způsobem, aby byla zajištěna kompatibilita jiného spotřebního materiálu. Navrhovatel shrnuje, že svým tvrzením rozporoval úpravu infuzní pumpy s ohledem na skutečnost, že se v šetřeném případě jedná o veřejnou zakázku na dodávky a nikoliv na služby.
54. Navrhovatel dále sděluje, že po upozornění zadavatele, že změna konfigurace infuzní techniky nebo úprava jejích technických charakteristik není součástí předmětné veřejné zakázky, zadavatel uvedl, že je jeho záměrem zajistit kompatibilitu se spotřebním materiálem, v souvislosti s čímž stanovil v Dílu 2 zadávací dokumentace požadavek na možnost změny typu stříkačky/infuzního setu samotným personálem, tedy bez servisního zásahu. V návaznosti na výše popsané navrhovatel vysvětluje rozdíl mezi možnostmi změny typu užívané stříkačky/infuzního setu bez servisního zásahu a použitím jakýchkoliv stříkaček/infuzního setu bez servisního zásahu, kdy v prvním případě se jedná o možnost použití jiného typu stříkačky/infuzního setu, avšak pouze v rámci těch stříkaček/infuzních setů, jež výrobce důkladně otestoval a jejich použití jako kompatibilní spotřební materiál schválil, přičemž navrhovatel má za to, že zadavatel předmětný požadavek ve svém vyjádření k návrhu vykládá ve smyslu druhého případu.
55. Navrhovatel konstatuje, že zadavatel svým požadavkem po dodavatelích požaduje, aby si smluvně zavázali výrobce infuzních pump nebo 4 výrobce spotřebního materiálu k zajištění vzájemné kompatibility mezi spotřebním materiálem a infuzními pumpami, avšak nebere v potaz tu skutečnost, že příslušný dodavatel může být výrobcem infuzních pump, výrobcem

infuzních setů nebo pouhým distributorem, nikoliv však výrobcem, což je i případ navrhovatele. Podle slov navrhovatele vychází zadavatel z mylné domněnky, že dodavatelé mají takový vliv na výrobce infuzních pump, že tito výrobci budou ochotni provádět testování spotřebních materiálů tak, aby umožnili splnění podmínky kompatibility s infuzními sety 4 výrobců, popř. že jsou dodavatelé přímo v postavení výrobců infuzních pump. Navrhovatel opakuje, že nepřiměřenost předmětné zadávací podmínky (požadavku) spatřuje v tom, že se jedná o takové plnění, jež dodavatelé nemohou zaručit, jelikož závisí na třetích osobách, a to na výrobcích infuzních pump a výrobcích infuzních setů.

56. Navrhovatel v reakci na zadavatelem prezentovaný výčet infuzní techniky, která připouští použití spotřebního materiálu od alespoň čtyř výrobců, upozorňuje, že zadavatel opomíjí fakt, že ne všechen jím uvedený spotřební materiál je dostupný i na českém trhu. Kupříkladu přístroj Perfusor Space, jenž náleží do portfolia navrhovatele, sice v návodu k použití uvádí kompatibilitu s materiálem od 8 výrobců, avšak dle informací navrhovatele se na českém trhu distribuuje kompatibilní materiál pouze od 4 z nich. Stejně tak vyjmenování jednotlivých výrobců spotřebního materiálu zadavatelem nijak neprokazuje, že rozporovaná zadávací podmínka není nepřiměřená. Navrhovatel podotýká, že i v situaci, že by v okamžiku podání nabídek na posuzovanou veřejnou zakázku podmínka kompatibility se spotřebním materiálem minimálně 4 výrobců byla splněna, jádro jeho námítky spočívá zejména v době 10 let, po níž zadavatel žádá tuto kompatibilitu garantovat. Navrhovatel nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že nepřiměřenost předmětného požadavku namítal již v jeho námítkách ze dne 3. 11. 2017, neboť v mezidobí došlo k podstatné změně zadávacích podmínek, konkrétně ke snížení počtu výrobců z osmi na čtyři, tudíž je podle navrhovatele napadaná nepřiměřenost vázána k odlišné zadávací podmínce. Navrhovatel dodává, že nesděluje nové skutečnosti, nýbrž rozvádí svoji předchozí argumentaci.
57. Navrhovatel vyjadřuje nesouhlas s tvrzením zadavatele, že infuzní technika není život zachraňujícím přístrojem a poukazuje na nekorektní výklad textu v návodu k použití přístroje Perfusor Space, který zadavatel mylně vykládá jako odpovědnost výrobce infuzní techniky za konzistentně kvalitní spotřební materiál jiných výrobců. Takový výklad je podle navrhovatele nelogický, neboť výrobce infuzní techniky nemůže nést odpovědnost za snížení kvality spotřebního materiálu jiného výrobce. Dle názoru navrhovatele zadavatel svoji domněnku, že význam kompatibility infuzní techniky se spotřebním materiálem není nijak zásadní, odvozuje i od skutečnosti, že existují výrobci infuzní techniky, jež využít jiného spotřebního materiálu, než jimi otestovaného, nevylučují. Navrhovatel nicméně upozorňuje, že daná domněnka zadavatele neodpovídá přístupu kvalitních světových výrobců infuzní techniky. Navrhovatel současně neguje argumentaci zadavatele, že doplnění nového spotřebního materiálu do softwaru infuzní techniky je v silách navrhovatele/výrobce, neboť toto je v silách pouze takového dodavatele, který je výrobcem infuzní techniky, avšak nikoliv v silách dodavatele, jenž výrobcem infuzní techniky není.
58. V návaznosti na nesouhlas zadavatele s návrhem navrhovatele spočívajícím v nastavení nákladů životního cyklu infuzních přístrojů coby kritéria hodnocení navrhovatel konstatuje, že argumenty zadavatele, konkrétně neekonomické dopady ve spojitosti s dlouhou životností infuzní techniky a nemožnost naplnění záměru zadavatele užívat jednotný spotřební materiál napříč jeho jednotlivými pracovišti, jsou účelové a smyšlené, což navrhovatel vysvětluje následovně. Navrhovatel má za to, že z pohledu délky životnosti infuzní techniky lze

požadovat dodávky spotřebního materiálu po celou dobu její životnosti. Pouze je nutné tomu odpovídajícím způsobem nastavit zadávací podmínky, aby bylo již před podáním nabídek zřejmé, jakým způsobem se může pohybovat cena (např. v důsledku inflace). Navrhovatel je přesvědčen, že stávající nastavení zadávacích podmínek nevede k naplnění záměru zadavatele na užívání jednotného spotřebního materiálu, a to vzhledem k tomu, že může nastat situace, kdy v rámci zadávacího řízení uskutečněného za několik let zvítězí nabídka dodavatele, jehož infuzní technika bude využívat spotřební materiál jiných výrobců než těch, jejichž spotřební materiál by využívala spotřební technika na základě šetřené veřejné zakázky.

59. Navrhovatel závěrem této části jeho vyjádření vyslovuje přesvědčení, že neúčast největších dodavatelů infuzní techniky působících na českém trhu v posuzovaném zadávacím řízení svědčí o tom, že zadávací podmínky byly zadavatelem stanoveny nepřiměřeně a netransparentně, tedy v rozporu se zákonem.
60. V další části svého vyjádření se navrhovatel věnuje nepřiměřené a netransparentní smluvní sankci. Navrhovatel sděluje, že argumentace zadavatele, že zadávací podmínka, resp. okolnosti podmiňující uplatnění smluvní sankce, není netransparentní, neboť by ji zadavatel diskriminačně neaplikoval, je úsměvná. Navrhovatel uvádí, že netvrdí, že by zadavatel danou zadávací podmínku aplikoval diskriminačně, avšak již pouhá skutečnost, že smlouva zadavateli prostor pro takovou aplikaci poskytuje, je znakem netransparentně formulované zadávací podmínky.
61. Dále navrhovatel poukazuje na rozpor mezi vyjádřením zadavatele k návrhu ze dne 26. 2. 2018, v němž tento uvedl „*Tvrzení navrhovatele, že případem je výzva a nikoli samotné porušení povinnosti, neodpovídá znění smluvních podmínek a z tohoto důvodu je nesprávné.*“, a rozhodnutím o námitkách ze dne 7. 2. 2018, ve kterém zadavatel uvedl „*V návaznosti na znění čl. 5 smlouvy je zřejmé, že tímto případem se rozumí každé písemné upozornění zadavatele na nově vzniklé situace z hlediska neplnění této povinnosti po dobu uzavření smlouvy. Dtto se týká servisní smlouvy.*“. Podle navrhovatele tak zadavatel pokaždé dochází k vzájemně se vylučujícím závěrům.
62. Pokud jde o vymezení možnosti vyvinít se ze splnění předmětné podmínky, pak navrhovatel konstatuje, že zadavatel zcela rezignoval na určení bližších skutkových okolností, jež by pokládal za přiměřené pro účely vyvinění se z povinnosti hradit smluvní pokutu. Navrhovatel označuje za nepravdivé tvrzení zadavatele, že mu bylo zřejmé, že měl zadavatel na mysli výrobce infuzní techniky a nikoliv výrobce spotřebního materiálu. S ohledem na skutečnost, že zadavatel požadoval kompatibilitu se spotřebním materiálem, nebylo dle navrhovatele možné jednoznačně určit, čí vinu měl zadavatel na mysli. Stejně tak nelze považovat za transparentní vymezení zadávacích podmínek to, že mělo být vycházeno z rozlišení 1 výrobce a více výrobců; nehledě na fakt, že se mohlo jednat pouze o chybu v psaní na straně zadavatele. Navrhovatel nemá za to, že rozporování sousloví „nedohodnou-li se smluvní strany jinak“ je novou skutečností, jelikož se jedná o reakci na argumentaci zadavatele obsaženou na str. 9 rozhodnutí o námitkách ze dne 7. 2. 2018.
63. S ohledem na všechny výše popsané skutečnosti tak navrhovatel shrnuje, že zadavatel postupoval v zadávacím řízení v rozporu se zákonem. Jestliže by měl Úřad pochybnosti stran některých specifických otázek, navrhuje navrhovatel provedení důkazů, a sice položení

dotazu některému z dodavatelů světově nejvýznamnějších výrobců infuzní techniky, proč nebyla jejich společností podána nabídka na realizaci předmětné veřejné zakázky, a dále vyžádání vyjádření od České společnosti pro zdravotnickou techniku.

#### IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

64. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl podle § 265 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí. Současně Úřad rozhodl podle § 257 písm. h) zákona o zastavení správního řízení v té části návrhu, která se týkala toho, že vybraný dodavatel je povinen zajistit splnění požadavku zadavatele na to, aby veškeré servisované zboží dodávané na základě smlouvy na veřejnou zakázku bylo kompatibilní s identickým spotřebním materiálem minimálně od 4 různých výrobců, které budou v dané době na českém trhu nabízeny/obchodovány, nejpozději do 3 měsíců ode dne, kdy mu bude zadavatelem doručeno písemné upozornění na neplnění této povinnosti, „nedohodnou-li se smluvní strany jinak“, jenž zadavatel stanovil v čl. 5. „Odpovědnost za vady zboží“ návrhu kupní smlouvy a v čl. 4. „Doba plnění a ostatní ujednání“, konkrétně v bodě 4.2. „Realizace servisu“ návrhu servisní smlouvy, Dílu 4 „Návrh kupní smlouvy, smlouvy servisní a smlouvy o zpětném odběru“ zadávací dokumentace, neboť předmětné části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

#### Relevantní ustanovení zákona

65. Podle § 4 odst. 1 zákona je veřejným zadavatelem
- a) Česká republika; v případě České republiky se organizační složky státu považují za samostatné zadavatele,
  - b) Česká národní banka,
  - c) státní příspěvková organizace,
  - d) územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace,
  - e) jiná právnická osoba, pokud
    1. byla založena nebo zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
    2. jiný veřejný zadavatel ji převážně financuje, může v ní uplatňovat rozhodující vliv nebo jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu.
66. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
67. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.



68. Podle § 36 odst. 1 zákona nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
69. Podle § 36 odst. 3 zákona zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.
70. Podle § 37 odst. 1 písm. c) zákona může podmínky účasti v zadávacím řízení zadavatel stanovit jako obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky.

### Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

71. Z dokumentace o zadávacím řízení bylo úřadem zjištěno, že zadávací dokumentace je zadavatelem rozdělena celkem na 4 části, resp. díly, a to na následující:
- Díl 1 – podrobné podmínky zadávací dokumentace (dále jen „Podmínky zadávací dokumentace“), který obsahuje následující přílohy:
    - Příloha č. 1 – Čestné prohlášení ke splnění kvalitativních technicko-klinických parametrů,
    - Příloha č. 2 – Čestné prohlášení k základní způsobilosti,
    - Příloha č. 3 – Výpočet ceny veřejné zakázky,
    - Příloha č. 4 – Kvalita - Technicko-klinické parametry nabízené infuzní techniky,
  - Díl 2 – technická specifikace (dále jen „Technická specifikace“),
  - Díl 3 – krycí list nabídky,
  - Díl 4 – návrh kupní smlouvy (dále jen „návrh kupní smlouvy“), návrh servisní smlouvy (dále jen „návrh servisní smlouvy“) a smlouvy na zpětný odběr původních zdravotnických potřeb.
72. Z čl. 3 „Předmět zakázky a předpokládaná hodnota“, konkrétně z bodu 3.1 „Předmět veřejné zakázky“, Podmínek zadávací dokumentace vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky je „[p]ostupná náhrada (po dobu 4<sup>2</sup> let) vyřazovaných infuzních pump a lineárních dávkovačů novými zdravotnickými prostředky, včetně jejich pozáručního servisu a včetně zpětného odběru původního zařízení pro klinická pracoviště FN Hradec Králové. Součástí této veřejné zakázky nejsou speciální pumpy a dávkovače.

*Dodány musí být vždy nové, nepoužité a nerepasované zdravotnické prostředky se zárukou min. 36 měsíců a se životností min. 6 let. V předložené nabídce musí být též zahrnuto uvedení dodaných zdravotnických prostředků do provozu a instruktáž obsluhy pro plné uživatelské*

---

<sup>2</sup> Úřad sděluje, že v prvotní zadávací dokumentaci, tj. v zadávací dokumentaci ze dne 30. 8. 2017, uvedl zadavatel dobu pro náhradu vyřazených infuzních pump a lineárních dávkovačů 6 let, avšak v průběhu zadávacího řízení tuto dobu změnil vysvětlením zadávací dokumentace na období 4 let. Skutečnosti vyplývající ze zadávací dokumentace jsou tudíž uvedeny z poslední verze zadávací dokumentace, tj. aktuální zadávací dokumentace ze dne 29. 11. 2017.

užívání dodaného ZP. Zadavatel požaduje zajištění instruktáže obsluhy při každé dílčí dodávce předmětu veřejné zakázky.

(...)

*Plnění této veřejné zakázky musí být uskutečněno v souladu s požadavky uvedenými v tomto dílu Zadávací dokumentace a dle specifikace uvedené v dílu 2 Zadávací dokumentace. Dodané zdravotnické prostředky musí být bez vad faktických i právních.“*

73. V Technické specifikaci zadavatel popsal základní požadavky na předmět veřejné zakázky, a to pro obě části veřejné zakázky (viz bod 4. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž uvedl následující:

#### **„Část 1 – infuzní technika pro neonatologii**

##### **a) Infuzní pumpy – dokovatelné**

- *Kompaktní rozměry, LCD display,*
- *snadná a rychlá obsluha,*

(...)

- *možnost změny (nastavitelnost, kalibrace) infuzního setu bez servisního zásahu,*
- *možnost běžně a záměně používat infuzní sety s partikulárním filtrem 15 mikronů vhodné pro použití v infuzních pumpách minimálně od 4 různých výrobců<sup>3</sup>, jejichž sety jsou na českém trhu nabízeny/obchodovány (např.: Infudrop výrobce Fresenius, Intrafix Primeline výrobce B.Braun Medical, IS 127 výrobce Gama Group), s povinností přednastavit Intrafix Primeline výrobce B.Braun Medical. Tato podmínka musí být splněna po celou dobu provádění záručního a pozáručního servisu dodané infuzní techniky. Výše uvedená podmínka není pro účastníka závazná v případě, že v daném konkrétním čase účastník objektivně prokáže, že nikoli vlastní vinnou nebo vinnou výrobce neměl možnost zajistit naplnění této podmínky při vynaložení přiměřeného úsilí (např.:nedostatečný počet dotčeného druhu spotřebního materiálu na českém trhu od různých výrobců, který by umožňoval naplnění této podmínky). Případnou nemožnost naplnění takto stanovené podmínky v daném čase je účastník povinen zadavateli objektivně prokázat (např. výsledkem provedených testů spotřebního materiálu od jiných výrobců, u kterých výrobce infuzní techniky odmítl možnost použití tohoto materiálu aj.). V případě, kdy účastník přestane splňovat výše uvedenou podmínku a nebude existovat žádný objektivní důvod pro uplatnění výše specifikované výjimky z takto stanovené povinnosti, je účastník povinen zajistit splnění tohoto požadavku nejpozději do 3 měsíců ode dne, kdy bude účastníkovi doručeno ze strany zadavatele písemné upozornění na neplnění této povinnosti, nedohodnou-li se smluvní strany jinak.*

(...)

##### **b) Lineární dávkovače - dokovatelné**

- *Kompaktní rozměry, LCD display,*

---

<sup>3</sup> Účastník doloží v nabídce seznam všech setů a jejich výrobců, které výrobce nabízené infuzní pumpy povoluje použít

- *snadná a rychlá obsluha,*

*(...)*

- *možnost změny typu stříkačky bez servisního zásahu*
- *možnost běžně a záměně používat injekční stříkačky LuerLock do lineárních dávkovačů minimálně od 4 různých výrobců<sup>4</sup>, jejichž stříkačky jsou na českém trhu nabízeny/obchodovány (např. Plastipak od výrobce Becton Dickinson, Omnifix od výrobce B.Braun Medical, s povinností mít alespoň jednu z výše uvedených injekčních stříkaček přednastavenou. Tato podmínka musí být splněna po celou dobu provádění záručního a pozáručního servisu dodané infuzní techniky. Výše uvedená podmínka není pro účastníka závazná v případě, že v daném konkrétním čase účastník objektivně prokáže, že nikoli vlastní vinnou nebo vinnou výrobce neměl možnost zajistit naplnění této podmínky při vynaložení přiměřeného úsilí (např.: nedostatečný počet dotčeného druhu spotřebního materiálu na českém trhu od různých výrobců, který by umožňoval naplnění této podmínky). Případnou nemožnost naplnění takto stanovené podmínky v daném čase je účastník povinen zadavateli objektivně prokázat (např. výsledkem provedených testů spotřebního materiálu od jiných výrobců, u kterých výrobce infuzní techniky odmítl možnost použití tohoto materiálu aj.). V případě, kdy účastník přestane splňovat výše uvedenou podmínku a nebude existovat žádný objektivní důvod pro uplatnění výše specifikované výjimky z takto stanovené povinnosti, je účastník povinen zajistit splnění tohoto požadavku nejpozději do 3 měsíců ode dne, kdy bude účastníkovi doručeno ze strany zadavatele písemné upozornění na neplnění této povinnosti, nedohodnou-li se smluvní strany jinak.*

*(...)*

## **Část 2 – infuzní technika pro obecné použití**

### **a) Infuzní pumpa samostatná pro dospělé a děti**

- *Kompaktní rozměry, LCD display,*
- *snadná a rychlá obsluha,*

*(...)*

- *možnost změny (nastavitelnost, kalibrace) infuzního setu bez servisního zásahu,*
- *možnost běžně a záměně používat infuzní sety s partikulárním filtrem 15 mikronů vhodné pro použití v infuzních pumpách minimálně od 4 různých výrobců<sup>5</sup>, jejichž sety jsou na českém trhu nabízeny/obchodovány (např.: Infudrop výrobce Fresenius, Intrafix Primeline výrobce B.Braun Medical, IS 127 výrobce Gama Group), s povinností přednastavit Intrafix Primeline výrobce B.Braun Medical. Tato podmínka musí být splněna po celou dobu provádění záručního a pozáručního servisu dodané infuzní techniky. Výše uvedená podmínka není pro účastníka závazná v případě, že*

<sup>4</sup> Účastník doloží v nabídce seznam všech injekčních stříkaček a jejich výrobců, které výrobce nabízeného lineárního dávkovače povoluje použít

<sup>5</sup> Účastník doloží v nabídce seznam všech setů a jejich výrobců, které výrobce nabízené infuzní pumpy povoluje použít

*v daném konkrétním čase účastník objektivně prokáže, že nikoli vlastní vinnou nebo vinnou výrobce neměl možnost zajistit naplnění této podmínky při vynaložení přiměřeného úsilí (např.:nedostatečný počet dotčeného druhu spotřebního materiálu na českém trhu od různých výrobců, který by umožňoval naplnění této podmínky). Případnou nemožnost naplnění takto stanovené podmínky v daném čase je účastník povinen zadavateli objektivně prokázat (např. výsledkem provedených testů spotřebního materiálu od jiných výrobců, u kterých výrobce infuzní techniky odmítl možnost použití tohoto materiálu aj.). V případě, kdy účastník přestane splňovat výše uvedenou podmínku a nebude existovat žádný objektivní důvod pro uplatnění výše specifikované výjimky z takto stanovené povinnosti, je účastník povinen zajistit splnění tohoto požadavku nejpozději do 3 měsíců ode dne, kdy bude účastníkovi doručeno ze strany zadavatele písemné upozornění na neplnění této povinnosti, nedohodnou-li se smluvní strany jinak.*

(...)

**c) Lineární dávkovače samostatné pro dospělé a děti**

- *Kompaktní rozměry, LCD display,*
- *snadná a rychlá obsluha,*

(...)

- *možnost změny typu stříkačky bez servisního zásahu,*
- *možnost běžně a záměně používat injekční stříkačky LuerLock do lineárních dávkovačů minimálně od 4 různých výrobců<sup>6</sup>, jejichž stříkačky jsou na českém trhu nabízeny/obchodovány (např. Plastipak od výrobce Becton Dickinson, Omnifix od výrobce B.Braun Medical), s povinností mít alespoň jednu z výše uvedených injekčních stříkaček přednastavenou. Tato podmínka musí být splněna po celou dobu provádění záručního a pozáručního servisu dodané infuzní techniky. Výše uvedená podmínka není pro účastníka závazná v případě, že v daném konkrétním čase účastník objektivně prokáže, že nikoli vlastní vinnou nebo vinnou výrobce neměl možnost zajistit naplnění této podmínky při vynaložení přiměřeného úsilí (např.:nedostatečný počet dotčeného druhu spotřebního materiálu na českém trhu od různých výrobců, který by umožňoval naplnění této podmínky). Případnou nemožnost naplnění takto stanovené podmínky v daném čase je účastník povinen zadavateli objektivně prokázat (např. výsledkem provedených testů spotřebního materiálu od jiných výrobců, u kterých výrobce infuzní techniky odmítl možnost použití tohoto materiálu aj.). V případě, kdy účastník přestane splňovat výše uvedenou podmínku a nebude existovat žádný objektivní důvod pro uplatnění výše specifikované výjimky z takto stanovené povinnosti, je účastník povinen zajistit splnění tohoto požadavku nejpozději do 3 měsíců ode dne, kdy bude účastníkovi doručeno ze strany zadavatele písemné upozornění na neplnění této povinnosti, nedohodnou-li se smluvní strany jinak.*

---

<sup>6</sup> Účastník doloží v nabídce seznam všech injekčních stříkaček a jejich výrobců, které výrobce nabízeného lineárního dávkovače povoluje použít

(...)“.

74. V čl. 5. „Odpovědnost za vady zboží“ návrhu kupní smlouvy zadavatel vymezil povinnosti vybraného dodavatele v souvislosti s jeho odpovědností za případné vady jím dodávaného předmětu veřejné zakázky a povinností provádět záruční servis, tj. servisní činnosti předmětu veřejné zakázky, přičemž v úvodu předmětného článku je uvedeno, že „[p]rodávající prohlašuje, že dodávané zboží je nové, nepoužité a nerepasované a je bez vad faktických i právních. Dále prodávající prohlašuje, že dodané zboží bude mít po celou dobu záruky ode dne podpisu předávacího protokolu vlastnosti odpovídající specifikacím, které jsou uvedeny v zadávací dokumentaci a v technické dokumentaci k zařízení, která byla vydána výrobcem, a poskytuje na dodávku zdravotnických prostředků, jejich příslušenství či technologií záruční lhůtu 36 měsíců.“.
75. V totožném článku návrhu kupní smlouvy pak zadavatel stanovil vybranému dodavateli povinnost, že „[p]o dobu záruky je prodávající povinen bezplatně zajistit pro kupujícího, aby veškeré dodané a servisované zboží na základě této smlouvy bylo kompatibilní s identickým spotřebním materiálem minimálně od 4 různých výrobců, které budou v dané době na českém trhu nabízeny/obchodovány. V případě, že takto dodané a servisované zboží v průběhu záruční lhůty přestane z jakéhokoli důvodu splňovat takto stanovenou podmínku a nebude existovat žádný objektivní důvod pro uplatnění níže specifikované výjimky z takto stanovené povinnosti, je prodávající povinen zajistit splnění tohoto požadavku nejpozději do 3 měsíců ode dne, kdy bude prodávajícímu doručeno ze strany kupujícího písemné upozornění na neplnění této povinnosti, nedohodnou-li se smluvní strany jinak. V případě, že prodávající 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. Tímto ustanovením není však vyloučeno sankční ujednání v případě, že na trhu dojde k změně podmínek tak, aby tato podmínka mohla být splněna a prodávající nesplní své povinnosti v návaznosti na opakované upozornění kupujícího na tuto změnu včas.“.
76. Výši sankce za nesplnění shora uvedených, resp. uvedených podmínek vymezil zadavatel v čl. 6. „Smluvní sankce“ návrhu kupní smlouvy, v němž, mimo jiného, uvedl, že „[v]případě prodlení prodávajícího při plnění svého závazku kompatibility dodaného a servisovaného zboží na základě této smlouvy s identickým spotřebním materiálem minimálně od 4 různých výrobců, které budou v dané době na českém trhu nabízeny/obchodovány (viz čl. 5 ), je kupující oprávněn účtovat prodávající smluvní pokutu ve výši 5 000 Kč za každý i započatý kalendářní den a případ zvláště.“.
77. Úřad na tomto místě sděluje, že obdobné smluvní podmínky, jaké zadavatel určil v návrhu kupní smlouvy (viz body 74. a 76. odůvodnění tohoto rozhodnutí), stanovil rovněž v návrhu servisní smlouvy, jejíž dobu trvání určil dle článku 4. „Doba plnění a ostatní ujednání, konkrétně v bodu 4.1. „Doba plnění“, návrhu servisní smlouvy na dobu neurčitou.
78. V totožném článku, konkrétně v bodu 4.2. „Realizace servisu“, návrhu servisní smlouvy pak zadavatel mimo jiného, opětovně uvedl, že „[p]oskytovatel je povinen pro objednatele

*bezplatně zajistit po celou dobu platnosti této smlouvy, aby veškeré servisované zboží na základě této smlouvy bylo kompatibilní s identickým spotřebním materiálem minimálně od 4 různých výrobců, které budou v dané době na českém trhu nabízeny/obchodovány. V případě, že takto servisované zboží v průběhu pozáručního servisu přestane z jakéhokoli důvodu splňovat takto stanovenou podmínku a nebude existovat žádný objektivní důvod pro uplatnění níže specifikované výjimky z takto stanovené povinnosti, je poskytovatel povinen zajistit splnění tohoto požadavku nejpozději do 3 měsíců ode dne, kdy bude poskytovateli doručeno ze strany objednatele písemné upozornění na neplnění této povinnosti, nedohodnou-li se smluvní strany jinak. V případě, že poskytovatel objednateli 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. Tímto ustanovením není však vyloučeno sankční ujednání v případě, že na trhu dojde k změně podmínek tak, aby tato podmínka mohla být splněna a poskytovatel nesplní tento závazek v návaznosti na opakované upozornění objednatele na tuto změnu včas.“, přičemž v bodu 4.6. „Smluvní sankce“, předmětného návrhu smlouvy sdělil, že „[v]případě prodlení poskytovatele při plnění svého závazku kompatibility servisovaného zboží na základě této smlouvy s identickým spotřebním materiálem minimálně od 4 různých výrobců, které budou v dané době na českém trhu nabízeny/obchodovány (viz čl. 4.2 ), je objednatel oprávněn účtovat poskytovateli smluvní pokutu ve výši 5 000 Kč za každý i započatý kalendářní den a případ zvláště.“.*

79. V totožném článku, konkrétně v bodu 4.7. „Zánik závazků“, návrhu servisní smlouvy pak zadavatel dále uvedl, že „[p]oskytovatel je oprávněn vypovědět tuto smlouvu, a to i bez udání důvodu, nejdříve po 84 měsících ode dne nabytí účinnosti této smlouvy. Výpověď musí být učiněna písemně. Výpovědní lhůta činí 6 měsíců a počíná běžet dnem následujícím po doručení výpovědi objednateli (...).“.
80. Platnost a účinnost servisní smlouvy pak zadavatel stanovil v článku 6. „Závěrečná ustanovení“ návrhu servisní smlouvy, podle něhož „[s]mlouva nabývá platnosti dnem svého podpisu oprávněnými zástupci obou smluvních stran a účinnosti dnem jejího uveřejnění v registru smluv, nejdříve však ukončením záruky na zboží dodané na základě první odvolávky vystavené dle kupní smlouvy (...) uzavřené na základě výsledku zadávacího řízení na veřejnou zakázku na dodávku vybavení s názvem „Obnova infuzní techniky“ (...) a nabídkou poskytovatele (...).“.
81. Z dokumentace o zadávacím řízení Úřad dále zjistil, že zadavatel v průběhu zadávacího řízení obdržel několik žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace, přičemž z vysvětlení (změny) zadávací dokumentace č. 9 vyplývá, že několik dotazů se vztahovalo k výše uvedené, resp. uvedeným smluvním podmínkám, tj. aby „předmět plnění byl kompatibilní se spotřebním materiálem minimálně od 4 různých výrobců“. Ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 9 zadavatel citoval vždy část dotazů, ke kterým připojil své konkrétní odpovědi na předmětné dotazy, mimo jiného, i následující:

**Dotaz:**

*„Dále si dovoluujeme požádat o upřesnění, jakým způsobem mají případně dodavatelé objektivně dokázat skutečnosti, že se na českém trhu nenachází dostatečný počet infuzních setů od různých výrobců, tj. například skutečnost, proč jiný na něm nezávislý výrobce nedodává na český trh spotřební infuzní materiál kompatibilní s infuzní technikou nabízenou dodavatelem.“.*

**Odpověď na dotaz:**

*„Zadavatel nestanovil v zadávací dokumentaci povinnost účastníka prokazovat, proč jiný, na něm nezávislý výrobce, nedodává na český trh infuzní sety kompatibilní s infuzní technikou nabízenou účastníkem.“*

*Účastník prokáže nemožnost splnění požadavku např. předložením negativních výsledků z testování infuzních setů zbylých výrobců, jejichž výrobky budou v dané době zdravotnickým prostředkem dle zákona č. 268/2014 Sb. Zadavatel sděluje, že není oprávněn předjímat veškeré budoucí situace a způsoby, které na trhu mohou vzniknout a které budou objektivně prokazovat nemožnost účastníka naplnit tuto povinnost v daném čase.*

*Zadavatel sděluje, že pod pojmem „sety jsou na českém trhu nabízeny/obchodovány“ míní takovou situaci, že tyto sety jsou zdravotnickými prostředky ve smyslu zákona č. 268/2014 Sb., o zdravotnických prostředcích, v platném znění a jsou na českém trhu distribuovány osobou zacházející se zdravotnickými prostředky dle tohoto zákona.*

*Dtto platí pro injekční stříkačky.“.*

**Dotaz:**

*„Domníváme se, že se jedná o zcela nepřiměřený a diskriminační požadavek, a to i ve spojitosti se smluvní pokutou ve výši 5 tisíc korun za každý i započatý den a případ nesplnění této podmínky. Dle našeho názoru nelze legitimně po dodavateli požadovat, aby garantoval, že po celé délce trvání smluvního vztahu bude uvedená podmínka splněna. Případní dodavatelé totiž nemají žádné legitimní prostředky zajistit například to, aby ostatní, na dodavateli nezávislí výrobci, nabízeli své produkty na českém trhu nebo dokonce vyráběli takový spotřební materiál, který bude kompatibilní s infuzní technikou dodavatele. Zadavatel nemůže na dodavatele přenášet riziko, že se někteří výrobci rozhodnou ukončit své působení na českém trhu nebo dokonce úplně ukončí výrobu předmětného zboží – dodavatelé nemají žádné legitimní prostředky na ovlivnění obchodního jednání výrobců.“.*

**Odpověď na dotaz:**

*„Zadavatel nesouhlasí s tvrzením účastníka. Zadavatel nestanovil v zadávací dokumentaci požadavek, aby účastník zajistil, aby ostatní, na dodavateli nezávislí výrobci, nabízeli své produkty na českém trhu nebo dokonce vyráběli takový spotřební materiál, který bude kompatibilní s infuzní technikou dodavatele.“*

*Zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci povinnost účastníkovi, aby podmínka možnosti běžně a záměně používat infuzní sety s partikulárním filtrem 15 mikronů vhodné pro použití v infuzních pumpách minimálně od 4 různých výrobců, jejichž sety jsou na českém trhu nabízeny/obchodovány, byla splněna po celou dobu provádění záručního a pozáručního servisu. Pokud například z důvodu ukončení výroby spotřebního materiálu (zdravotnického*

prostředku) dojde u nabízené infuzní techniky ke snížení počtu druhů infuzních setů pod takto stanovenou minimální úroveň, je účastník povinen naplnění této podmínky opětovně zajistit, a to např. prostřednictvím testování dalšího spotřebního materiálu od jiného výrobce. Pouze v situacích, kdy např. na základě výsledku testování spotřebních materiálů jiných výrobců se prokáže nevhodnost použití tohoto materiálu v dané infuzní technice, výrobci spotřebního materiálu neposkytnou účastníkovi přiměřenou součinnost k provedení testování nebo na trhu nebude v daném čase žádný jiný spotřební materiál od jiného výrobce, který by mohl být v infuzní technice používán za podmínek stanovených pro český trh, tzn. účastník nebude schopen v daném čase objektivně zajistit naplnění stanoveného požadavků z důvodu nedostupnosti odpovídajícího materiálu pro použití na českém trhu, je v tomto případě uchazeč oprávněn uplatnit zadavatelem stanovenou výjimku z plnění takto stanovené povinnosti, a to pouze do doby, než na trh bude uveden/dodán jiný spotřební materiál (do té doby netestovaný) splňující podmínky použití na českém trhu. Účastník tak bude po celou dobu plnění předmětu veřejné zakázky povinen, za účelem naplnění zadavatelem stanovené minimální podmínky, provádět testování spotřebního materiálu jiných výrobců.

*Dtto se týká i injekčních stříkaček.*

*Zadavatel tak nepřipouští, aby se účastník po uplynutí lhůty pro podání nabídek mohl ze své povinnosti svévolně vyvinut.*

*Samotná výše pokuty je odvislá od míry dopadu na zadavatele při neplnění takto stanovených povinností ze strany účastníka včas.“.*

**Dotaz:**

*„S ohledem na tuto skutečnost je netransparentní a diskriminační, aby zadavatel splnění podmínky vyžadoval, a to nejen v průběhu plnění, ale i jako podmínku v okamžiku podání nabídky. Pokud zadavatel připouští, že se dodavatelé mohou vyvinut z nesplnění podmínky v průběhu plnění smlouvy, tak je zcela netransparentní požadavek, aby museli dodavatelé splňovat tuto podmínku v době podání nabídky. Mohlo by totiž dojít k situaci, kdy levnější dodavatel A splňuje po celou dobu pouze požadavek na kompatibilitu s výrobky 3 výrobců, nemůže však podat nabídku do veřejné zakázky, dražší dodavatel B splňuje požadavek na 4 výrobce, podá nabídku, je s ním uzavřena smlouva, ale během několika dnů 1 výrobce spotřebního materiálu rozhodne o ukončení dodávek na český trh. Zadavatel bude z hlediska počtu relevantních výrobců fakticky ve stejné situaci, jako kdyby umožnil dodavateli A se zakázky též zúčastnit, ale s tím rozdílem, že bude mít vysoutěžené dražší plnění.“.*

**Odpověď na dotaz:**

*„Zadavatel nesouhlasí s tvrzení účastníka, že zadavatelem stanovené podmínky jsou netransparentní a diskriminační. Požadavek zadavatele na splnění možnosti použít infuzní sety s partikulárním filtrem 15 mikronů vhodné pro použití v infuzních pumpách minimálně od 4 různých výrobců v době podání nabídky je vymezen jasně. Tímto způsobem tak zadavatel vymežil požadavek na takové technické řešení, u kterého zadavatel nebude závislý na unikátním spotřebním materiálu konkrétního výrobce. Tento požadavek navazuje přímo na potřeby zadavatele zajistit možnost používání jednotného spotřebního materiálu například jednotlivými pracovišti zadavatele, tj. zajistit bezpečnost a hospodárnost při používání*



*infuzní techniky bez ohledu na skutečnost, na základě jakého zadávacího řízení bude v budoucnu infuzní technika zadavateli dodávána.*

*Variantu, kdy nabízené technické řešení by takto stanovenou podmínku ve lhůtě pro podání nabídek nesplňovalo, zadavatel nepřipouští. Možnost nabídnutí technického řešení, které by tuto podmínku nesplňovalo, by mohlo znamenat, že tato podmínka by nebyla za dobu životnosti infuzní techniky nikdy splněna (např. z důvodu ochrany průmyslových práv aj.).*

*Zadavatel nepřipouští, aby se účastník po uzavření smlouvy mohl z takto stanovené podmínky svévolně vyvinut (viz odpověď na předchozí odstavec). Výjimka stanovená zadavatelem v zadávací dokumentaci upravuje pouze výjimečnou situaci, která by mohla v určitém čase za splnění určitých podmínek nastat.*

*Dtto se týká injekčních stříkaček.“.*

**Dotaz:**

*„Dodavatel chápe snahu zadavatele o zajištění hospodárného provozu po dobu životnosti přístrojů, ale vzhledem k aktuálnímu znění ZD je plně přesvědčen, že zadavatel zcela nepředloženě a neopodstatněně přenáší na dodavatele povinnost zajistit dostupnost minimálně 4 druhů spotřebního materiálu (sety, stříkačky) na českém trhu. Tato podmínka je zcela nesplnitelná, dodavatel nemůže nijak objektivně zajistit přítomnost všech dodavatelů univerzálního spotřebního materiálu na českém trhu - musel by mít s nimi smluvní závazky apod., často je však s nimi v konkurenčním postavení. Současně doplňuje, že kvalitní infuzní technika má životnost 15-20 let a zadavatel by tedy měl brát zřetel i na toto období, což se z pohledu zadání celé zakázky jeví zcela nereálné.“.*

**Odpověď na dotaz:**

*„Zadavatel nepožaduje po účastníkovi zajistit dostupnost minimálně 4 druhů spotřebního materiálu (sety, stříkačky) na českém trhu, ale požaduje zajistit kompatibilitu nabízeného technického řešení se spotřebním materiálem od minimálně 4 výrobců, který je možné použít na českém trhu v souladu se zákonem č. 268/2014 Sb., o zdravotnických prostředcích.“.*

82. Z protokolu o otevírání nabídek<sup>7</sup> vyplývá, že ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel celkem 5 nabídek, přičemž 3 nabídky byly podány na plnění části 1 veřejné zakázky a 2 nabídky byly podány na plnění části 2 veřejné zakázky.

**K postavení zadavatele**

83. Úřad se nejprve zabýval otázkou, zda zadavatel v šetřeném případě spadá pod některé z kategorií zadavatelů podle § 4 zákona.
84. Podle § 4 odst. 1 písm. c) zákona je veřejným zadavatelem státní příspěvková organizace.
85. Z oficiálních webových stránek Ministerstva zdravotnictví ČR bylo Úřadem zjištěno, že zadavatel je samostatnou příspěvkovou organizací v přímé řídicí působnosti Ministerstva zdravotnictví ČR, která byla zřízena rozhodnutím ministra zdravotnictví ze dne 25. 11. 1990. Na základě uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel jako státní příspěvková organizace je

---

<sup>7</sup> Protokol o otevírání nabídek není zadavatelem datován.

veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. c) zákona, tzn. osoba „zadavatele veřejné zakázky“ je tak v šetřeném případě bez nejmenších pochyb dána.

### **K výroku I. tohoto rozhodnutí**

#### *K údajně nepřiměřené zadávací podmínce*

86. Úřad předně uvádí, že navrhovatel v návrhu napadá vícero zadávacích podmínek. Úřad k uvedenému poznamenává, že předmět posuzované veřejné zakázky je rozdělen na dvě části, a to na část 1, která zahrnuje infuzní techniku pro neonatologii, a na část 2, jež představuje infuzní techniku pro obecné použití, přičemž plnění obou těchto částí je tvořeno, mimo jiného, infuzními pumpami a lineárními dávkovači, kdy tyto se od sebe odlišují na základě cílové skupiny pacientů, pro něž jsou určeny (viz bod 4. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z dokumentace o zadávacím řízení bylo Úřadem současně zjištěno, že obě části veřejné zakázky mají v „oblastech“, jež navrhovatel napadá, totožné zadávací podmínky. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí se tudíž budou uvedené závěry vztahovat (platit) k oběma částem šetřené veřejné zakázky.
87. Navrhovatel primárně v návrhu namítá požadavek zadavatele uvedený v Technické specifikaci, kterým, dle navrhovatele, zadavatel zavazuje dodavatele, aby po dobu deseti let byl na českém trhu dosažitelný spotřební materiál kompatibilní s předmětem, resp. s předměty veřejné zakázky, tj. s infuzními pumpami a lineárními dávkovači, minimálně od 4 různých výrobců spotřebního materiálu. Navrhovatel předmětnou zadávací podmínku, resp. zadávací podmínky, považuje za nepřiměřené a absurdní, když účastník zadávacího řízení je v důsledku nich povinen ještě před podáním nabídky smluvně zavázat minimálně 4 výrobce spotřebního materiálu, aby byli se svým materiálem po celou dobu, tj. po dobu 10 let, dostupní na trhu (viz body 11. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu Úřad sděluje následující.
88. Úřad v obecné rovině předně uvádí, že veškeré požadavky na předmět plnění zadavatel stanoví na základě svých potřeb s ohledem na poptávané plnění. Veškeré požadavky však musí vždy vycházet z objektivně zdůvodnitelných potřeb zadavatele. I při existenci konkrétní potřeby, na základě které zadavatel specifikuje určitý technický parametr výrobku, práce nebo poptávané služby, kterým provádí kvalitativní vymezení předmětu veřejné zakázky, musí zadavatel dodržet základní zásady zadávacího řízení, jež nachází své vyjádření v ustanovení § 6 zákona, aby bylo dosaženo účelu předpokládaného zákonem, a to uskutečnění soutěže o konkrétní veřejnou zakázku za splnění základních zásad veřejného zadávání, a to zásad transparentnosti, nediskriminace, přiměřenosti a rovného zacházení. Jedním z důsledků zadávacího řízení je omezení okruhu dodavatelů pro účely uzavření smlouvy a s tím související výběr vhodného dodavatele k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky. Uvedené omezení se děje prostřednictvím nastavení parametrů předmětu plnění a příp. nastavením požadavků na kvalifikaci (způsobilost účastníka zadávacího řízení) např. požadovaný minimální obrát, předložení seznamu významných služeb apod.; samotný výběr pak prostřednictvím hodnocení na základě předem stanovených kritérií hodnocení. Uvedené pak musí být nastaveno takovým způsobem, aby nedocházelo k omezování hospodářské soutěže v rozporu se zákonem. Tomu mají zabránit právě zásady uvedené v § 6 zákona, tedy zásady transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

89. Problematiku povinnosti dodržování zásady zákazu diskriminace řeší např. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008, ze kterého vyplývá, že smysl ustanovení § 6 zákona „(...) v první řadě směřuje k cíli samotného zákona, 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“. Dále Nejvyšší správní soud zdůraznil „(...) že smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 zákona k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné (přímé), tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté (nepřímé), pokud tato vede v podstatě k obdobným právním zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli)“. Nejvyšší správní soud dále konstatoval: „Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno ji vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. (...) 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 (...).“. Byť se uvedené závěry obsažené v citovaném rozsudku vztahují k předchozí právní úpravě, jsou dle názoru Úřadu plně aplikovatelné i ve vztahu k zákonu č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, neboť přijetí nové právní úpravy nikterak nepozměnilo smysl základních zásad. Ostatně tyto závěry jsou rovněž přílehlavé i ve vztahu k vymezení technických podmínek plnění veřejné zakázky, přestože se citované soudní rozhodnutí týká stanovení požadavků zadavatele na kvalifikaci potenciálních dodavatelů, stejně tak jsou dané závěry aplikovatelné i ve vztahu k ostatním zadavatelem stanoveným zadávacím podmínkám. Gros citovaného rozhodnutí totiž spočívá v uchopení „zjevné nepřiměřenosti“ v jednání zadavatele, a to bez rozdílu, zda k tomuto mělo dojít nastavením požadavků na samotný předmět plnění, či nastavením požadavků na kvalifikaci, resp. způsobilost dodavatelů. Úřad dále upozorňuje, že samotná podstata zákazu tzv. skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi stanovené požadavky na předmět plnění mohli splnit všichni dodavatelé předmětných služeb. Takový požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem a účelem zákona, kterým je zajistit právě to, aby nabídku sice mohlo podat široké spektrum dodavatelů, nicméně pouze těch, kteří jsou schopni předmět plnění řádně, v požadovaných specifikacích, resp. v požadované specifikaci či parametrech dodat. Odvrácenou stranou stanovení určitých striktních podmínek na předmět plnění veřejné zakázky je tedy selekce těch dodavatelů, jež ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci pak nelze hovořit jako o skryté diskriminaci.
90. V souvislosti s užitím pojmu „zjevná nepřiměřenost“ Úřad podotýká, že zásada přiměřenosti (proporcionality) byla do zákona nově přejata z díkce evropských zadávacích směrnic, přičemž zakotvení této zásady vychází ze skutečnosti, že zákon ponechává zadavatelům značnou míru diskrece stran volby konkrétního postupu v zadávacím řízení. Postup v souladu se zásadou přiměřenosti primárně (nikoli však výlučně) spočívá v tom, že na jedné straně

zadavateli poskytuje dostatečné záruky výběru dodavatele, který skutečně bude schopen veřejnou zakázku v požadované kvalitě 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. Jedná se o zásadu, kterou by se zadavatel měl řídit ve všech fázích zadávacího řízení, např. i při vymezení předmětu plnění a požadavků na něj kladených.

91. V souvislosti s problematikou specifikace předmětu plnění v návaznosti na potřeby zadavatele lze odkázat například na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 3/2015-29 ze dne 19. 12. 2016, v němž se uvedený soud vyjádřil následovně: *„Předně soud považuje za nutné konstatovat, že každý zadavatel při zadávání veřejné zakázky reaguje na svoji potřebu a k té samozřejmě směřuje svou snahu o uzavření smlouvy prostřednictvím veřejné zakázky. Podle názoru soudu je naprosto v pořádku, pokud zadavatel reaguje vypsáním zakázky na svoji vzniklou potřebu řešení určité situace. Z povahy věci tak samotná potřeba zadavatele v sobě implikuje omezení pro její řešení, neboť určité zájmy zadavatelů v sobě implikují pouze limitní množství řešitelů.“* Dále lze odkázat například na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 87/2008 ze dne 9. 7. 2009, v němž jmenovaný soud konstatoval, že *„[p]ředmět veřejné zakázky vychází z potřeb zadavatele a může mít nejrůznorodější charakter daný jeho věcným obsahem, potřebami zadavatele, jeho finančními možnostmi, apod.“*
92. Obecně je třeba ve vztahu k procesu zadávání veřejných zakázek konstatovat, že v zadávacím řízení lze ve své podstatě každou zadávací podmínku či požadavek zadavatele považovat za do určité míry limitující a omezující, nicméně takto je konstruován celý zákon o zadávání veřejných zakázek a určitá míra omezení volnosti, jak pro zadavatele, tak dodavatele, je zákonem předvídaná a povolená. Zadavatel v případě, že klade na dodavatele (účastníky) určitá omezení – požadavky na dodávané plnění, je vázán jednotlivými zákonnými ustanoveními, stejně tak pak je povinen reflektovat ve vztahu ke všem jeho úkonům, tedy i nastavení zadávacích podmínek, ustanovení § 6 zákona, v němž jsou vyjádřeny základní zásady zadávacího řízení. Zadavatel je tedy povinen dodržovat při formulaci technických podmínek zásadu nediskriminace a přiměřenosti a současně platí, že nesmí bezdůvodně zvýhodnit či znevýhodnit některé dodavatele. Uvedené však neznamená, že je zadavatelům upírána možnost stanovit technické podmínky podle svých potřeb. Technická specifikace pak ovšem musí vycházet z objektivně zdůvodnitelných požadavků zadavatele. Výše uvedené závěry již ostatně byly Úřadem opakovaně vyřčeny, kdy lze např. odkázat na rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-S230/2009.
93. V šetřeném případě stanovil zadavatel v Technické specifikaci požadavek na *„možnost běžně a záměně používat infuzní sety s partikulárním filtrem 15 mikronů vhodné pro použití v infuzních pumpách“*, resp. *„injekční stříkačky LuerLock do lineárních dávkovačů“*, a to *„minimálně od 4 různých výrobců, jejichž sety (stejně tak i stříkačky) jsou na českém trhu nabízeny/obchodovány“*, a to *„po celou dobu provádění záručního a pozáručního servisu dodané infuzní techniky.“* (viz bod 22. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K uvedenému Úřad konstatuje, že jelikož jsou tyto podmínky (požadavky) identické, tedy předmětná podmínka určená pro infuzní pumpy (infuzní sety) se shoduje s podmínkou pro lineární dávkovače (injekční stříkačky), budou se v další části odůvodnění tohoto rozhodnutí závěry Úřadu

v souvislosti s infuzními pumpami (infuzními sety) vztahovat rovněž na lineární dávkovače (injekční stříkačky).

94. Jak již Úřad uvedl shora, navrhovatel, mimo jiného, nepovažuje za přiměřenou dobu, po níž by měl výše uvedený závazek vybraného dodavatele platit, a kterou dovodil na více než 10 let (viz bod 12. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad k tomu předně uvádí, že navrhovatel dovodil tuto dobu s největší pravděpodobností z ustanovení návrhu kupní smlouvy a návrhu servisní smlouvy, kdy z článku 5. „Odpovědnost za vady zboží“ návrhu kupní smlouvy vyplývá, že vybraný dodavatel je povinen provádět současně s dodávkou zboží rovněž i záruční servis, a to po dobu 36 měsíců (viz bod 74. odůvodnění tohoto rozhodnutí), tj. po 3 roky, přičemž následně je vybraný dodavatel povinen provádět i pozáruční servis, a to dle článku 4. „Doba plnění a ostatní ujednání“, bodu 4.1. „Doba plnění“, návrhu servisní smlouvy po dobu neurčitou (viz bod 77. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Servisní smlouvu uzavřenou na dobu neurčitou pak lze dle článku 4. „Doba plnění a ostatní ujednání“, konkrétně bodu 4.7. „Zánik závazků“, návrhu servisní smlouvy ukončit (vypovědět) nejdříve po 84 měsících ode dne nabytí účinnosti servisní smlouvy, tj. po 7 letech, kdy výpovědní lhůta činí 6 měsíců (viz bod 79. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž předmětná smlouva uzavřená mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem nabývá účinnosti, dle článku 6. „Závěrečná ustanovení“ návrhu servisní smlouvy, nejdříve „ukončením záruky na zboží dodané na základě první odvolávky vystavené dle kupní smlouvy (...)“ (viz bod 80. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Na základě právě řečeného je Úřad toho názoru, že ona namítaná doba více než 10 let, po kterou je vybraný dodavatel povinen, dle přesvědčení navrhovatele, zajistit kompatibilitu nabízeného předmětu veřejné zakázky se spotřebním materiálem od min. 4 výrobců spotřebního materiálu, je součtem záruční doby dle kupní smlouvy, tj. 3 roky, a nejdříve možného ukončení servisní smlouvy, tj. 7 let, přičemž výpovědní lhůta je stanovena na 6 měsíců, což činí ve výsledném součtu 10 let a 6 měsíců, tedy více než 10 let, jak tvrdí navrhovatel.
95. S ohledem na shora popsané tudíž Úřad obecně vyslovuje souhlas s argumentem navrhovatele, že požadavek na zajištění kompatibility nabízeného předmětu veřejné zakázky se spotřebním materiálem od min. 4 výrobců spotřebního materiálu, který je vybraný dodavatel povinen plnit po celou dobu záručního a pozáručního servisu, bude muset vybraný dodavatel splňovat po dobu více než 10 let. Úřad k uvedenému nicméně dodává, že dobu, po kterou je vybraný dodavatel předmětnou podmínku (požadavek) povinen splňovat, neshledává nijak excesivní (zjevně nepřiměřenou) ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Úřad na tomto místě předesílá, že předmět veřejné zakázky zahrnuje jednak samotnou dodávku, resp. postupnou výměnu infuzních pump a lineárních dávkovačů za nové, a dále i poskytování záručního a pozáručního servisu (viz bod 72. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a to na dobu neurčitou (viz bod 77. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad je toho názoru, že ve zde projednávané věci stojí za požadavkem zadavatele na zajištění kompatibility předmětu veřejné zakázky se spotřebním materiálem dostupným na relevantním trhu, co se týče doby plnění předmětného požadavku, resp. vázanosti tímto požadavkem, jeho legitimní a odůvodnitelná úvaha, a sice zajistit kontinuitu, resp. „nepřetržitost“ plnění veřejné zakázky. Z dokumentace o zadávacím řízení bylo Úřadem zjištěno a dovozeno, že předmět veřejné zakázky, který tvoří infuzní pumpy a lineární dávkovače, je úzce spjat se spotřebním materiálem v podobě infuzních setů a injekčních stříkaček, jenž je pro řádné užívání tohoto předmětu veřejné zakázky zapotřebí, a který však není předmětem poptávaného plnění.

Vzhledem ke skutečnosti, že součástí předmětu plnění posuzované veřejné zakázky je i poskytování záručního servisu v délce 36 měsíců a následně i pozáručního servisu po dobu neurčitou, lze z pohledu Úřadu označit požadavek zadavatele na zajištění dostupnosti, resp. zástupnosti spotřebního materiálu kompatibilního s dodávaným předmětem veřejné zakázky **po celou dobu** trvání těchto servisů za důvodný, a to právě kvůli provázanosti předmětných infuzních pump a lineárních dávkovačů se spotřebním materiálem, který bude zadavatel zřejmě v budoucnu taktéž poptávat. Úřad má za to, že doba, po níž má být zajištěna kompatibilita předmětu veřejné zakázky se spotřebním materiálem, která je shodná s délkou trvání servisních závazků vybraného dodavatele, je obecnou zadávací podmínkou, jež nevykazuje žádné znaky nepřiměřenosti (excesivnosti), a to i s přihlédnutím k zadavatelem dále v zadávací dokumentaci stanoveným okolnostem (podmínkám). Úřad při svých úvahách zohlednil skutečnost, že zadavatel obecně stanovil požadavek na kompatibilitu s výrobky minimálně 4 výrobců spotřebního materiálu, nicméně tato podmínka neplatí absolutně (v podrobnostech viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí) a nepřenáší tak nepřiměřené požadavky na dodavatele hodlající získat šetřenou veřejnou zakázku. Splnění tohoto požadavku, za určitých okolností, je naplněno případným průběžným testováním kompatibility, resp. vhodnosti spotřebního materiálu dostupného na relevantním trhu s dodávaným předmětem plnění veřejné zakázky. Zadavatel pouze pevně a jednoznačně stanovil, že v době podání nabídky musí být nabízené plnění kompatibilní s výrobky minimálně 4 výrobců spotřebního materiálu (viz např. i znění vysvětlení zadávací dokumentace č. 9, kde zadavatel jednoznačně deklaruje a vysvětluje povinnost kompatibility s výrobky minimálně 4 výrobců spotřebního materiálu a doložení této skutečnosti v zadávacím řízení) a vzhledem k časovému vymezení si je zadavatel plně vědom toho, že mohou nastat okolnosti (dodavatelem nezaviněné), kdy nebude možno daný požadavek splnit. V daném případě tudíž není bez dalšího nezbytné, aby po dobu více než 10 let, jak prezentuje navrhovatel, musel vybraný dodavatel splňovat předmětný požadavek zadavatele prostřednictvím jednoho a toho samého spotřebního materiálu, s nímž prokázal kompatibilitu na počátku plnění veřejné zakázky, potažmo v době podání nabídky, popř. že budou muset „za každou cenu“ po celou dobu plnění veřejné zakázky existovat minimálně 4 různí výrobci kompatibilního spotřebního materiálu s dodávaným předmětem plnění veřejné zakázky, pakliže to bude objektivně vyloučeno. I s ohledem na právě řečené tak má Úřad za to, že pro dodavatele působící na relevantním trhu nebylo splnění daného požadavku zadavatele, pokud jde o dobu vázanosti tímto požadavkem, rozhodně neřešitelné. Stanovení doby plnění inkriminovaného požadavku tedy Úřad nepovažuje za excesivní, tj. rozporné se zákonem.

96. Úřad na tomto místě současně upozorňuje na fakt, že doba plnění (vázanosti) navrhovatelem rozporované zadávací podmínky je pro všechny dodavatele identická, tzn. žádný z nich není tímto jakkoliv zvýhodněn, popř. znevýhodněn. Zadávací podmínky ve vztahu k požadavku zadavatele na zajištění kompatibility předmětu veřejné zakázky se spotřebním materiálem dostupným na relevantním trhu, a tudíž i doba plnění předmětného požadavku, byly pro všechny potenciální dodavatele vymezeny transparentně a stejně, přičemž byly všem dodavatelům zřejmé již od počátku zadávacího řízení. Všichni dodavatelé na základě stanovených zadávacích podmínek získali informace o tom, jaké budou jejich povinnosti ve vztahu k zajišťování kompatibilního spotřebního materiálu s jimi nabízenými infuzními pumpami a lineárními dávkovači. K uvedenému Úřad dodává, že zadavatel není povinen

a ze zákona také nevyplývá, že by měl stanovovat, resp. přizpůsobovat, předmět plnění veřejné zakázky nikoliv svým potřebám, ale nárokům nebo možnostem jednotlivých dodavatelů (navrhovatele). Optikou zde projednávané věci je totiž zřejmé, že pro různé dodavatele by byly nediskriminační vždy různé požadavky zadavatele na předmět plnění posuzované veřejné zakázky. Obecně by tak každý dodavatel mohl považovat za diskriminační takové požadavky, které by neodpovídaly jeho představám. Úřad konstatuje, že zadavatel předmětným požadavkem, resp. dobou jeho plnění, stanovil pro všechny dodavatele rovné podmínky, přičemž to, že tento způsob plnění veřejné zakázky z libovolných příčin neodpovídá představám navrhovatele, neznamená, že by se jednalo o způsob neoprávněný. Daný požadavek nevytváří bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže, neboť je veden konkrétními a racionálními důvody, resp. úvahami zadavatele, jež byly popsány výše. Nejedná se tedy o požadavek rozporný se základními zásadami zadávacího řízení, a to zejména zásadami zákazu diskriminace a přiměřenosti. Předmětný požadavek, co se týče doby jeho vázanosti, není zjevně nepřiměřený a lze jej tudíž označit jako legitimní, tj. souladný se zákonem.

97. Na tomto místě se Úřad vyjadřuje k argumentu zadavatele k námitce navrhovatele, že požadavek v podobě závazku vybraného dodavatele, aby po dobu 10 let byl na českém trhu dosažitelný spotřební materiál minimálně od 4 výrobců, který bude kompatibilní s produkty vybraného dodavatele, v zadávacích podmínkách nikdy a nikde nevyjádřil (viz bod 31. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel v této argumentaci odkázal na své rozhodnutí o námitkách ze dne 7. 2. 2018 a na vysvětlení zadávací dokumentace č. 9, v nichž uvedl, že předmětným požadavkem nestanovil vybranému dodavateli povinnost zajistit existenci spotřebního materiálu od 4 různých výrobců na relevantním trhu či povinnost zajistit, aby ostatní, na vybraném dodavateli nezávislí výrobci, nabízeli své produkty na českém trhu, nebo dokonce vyráběli takový spotřební materiál, který bude kompatibilní s infuzní technikou vybraného dodavatele. Zadavatel, pro případ, že v době od podání nabídky dojde ke změně okolností, a tedy i počtu výrobců kompatibilního spotřebního materiálu, předmětným požadavkem stanovil povinnost prokazovat příp. (ne)kompatibilitu předmětu veřejné zakázky se spotřebním materiálem dostupným na relevantním trhu tak, že bude vybraný dodavatel povinen, za účelem naplnění zadavatelem stanoveného požadavku, např. provádět testování spotřebního materiálu jiných výrobců dostupného na relevantním trhu v daném okamžiku. Z uvedeného je tudíž zřejmé, že předmětným argumentem neměl zadavatel na mysli, že v zadávací dokumentaci nestanovil požadavek na „*možnost běžně a záměně používat infuzní sety s partikulárním filtrem 15 mikronů vhodné pro použití v infuzních pumpách*“, resp. „*injekční stříkačky LuerLock do lineárních dávkovačů*“, a to „*minimálně od 4 různých výrobců, jejichž sety jsou na českém trhu nabízeny/obchodovány*“, a to „*po celou dobu provádění záručního a pozáručního servisu dodané infuzní techniky.*“, nýbrž tímto argumentem reagoval na tvrzení navrhovatele, že předmětným požadavkem stanovuje vybranému dodavateli povinnost, aby zajistil, že 4 dodavatelé spotřebního materiálu kompatibilního s předmětem plnění veřejné zakázky budou po celou dobu realizace veřejné zakázky dodávat na relevantní trh své výrobky. Z uvedené argumentace zadavatele tak dle názoru Úřadu nelze dovozovat, že zadavatel tvrdí, že by požadavek na zajištění kompatibility předmětu veřejné zakázky se spotřebním materiálem dostupným na relevantním trhu vůbec nestanovil, nýbrž touto argumentací chtěl vyjádřit to, že předmětný požadavek je požadavkem vztahujícím se na infuzní techniku, čili na předmět

veřejné zakázky, u níž bude testováním prokazováno, že je kompatibilní se spotřebním materiálem minimálně 4 výrobců, tzn. nejde o požadavek na to, aby byl spotřební materiál minimálně 4 výrobců na relevantním trhu za každých okolností dostupný.

98. Navrhovatel dále ve vztahu k výše uvedené podmínce, resp. požadavku zadavatele sděluje, že za výrazně nepřiměřený považuje rovněž samotný požadavek na kompatibilitu předmětu veřejné zakázky se spotřebním materiálem od minimálně 4 výrobců tohoto spotřebního materiálu, neboť zadavatel v podstatě „nutí“ dodavatele, aby si před podáním nabídky smluvně zavázal minimálně 4 výrobce spotřebního materiálu, aby tito byli po celou dobu požadovanou zadavatelem dostupní na relevantním trhu, kdy z pohledu navrhovatele se jedná ve své podstatě o požadavek absurdní a nerealizovatelný, a to vzhledem k tomu, že výrobci spotřebního materiálu a jeho dodavatelé jsou vzájemně v konkurenčním prostředí (viz bod 11. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu Úřad uvádí následující.
99. Jak již Úřad uvedl shora, předmětem šetřené veřejné zakázky jsou dodávky, resp. postupná náhrada infuzní techniky za novou. Tato infuzní technika je pak tvořena infuzními pumpami a lineárními dávkovači, jež slouží k vpravení většího množství tekutiny do organismu a žil, tj. i k podávání léčiv, přičemž k tomuto zdravotnickému materiálu náleží i jeho spotřební materiál v podobě infuzních setů a injekčních stříkaček, kterým se aplikují jednotlivé příslušné infuze. Z právě řečeného je tedy zřejmé, že předmět veřejné zakázky, tj. infuzní technika, je úzce spjat s jeho spotřebním materiálem, tj. infuzními sety a injekčními stříkačkami, bez nichž by nebylo možné příslušné infuzní roztoky pacientům podávat. S ohledem na tento fakt je Úřad tudíž toho názoru, že požadavkem na zajištění kompatibility předmětu veřejné zakázky se spotřebním materiálem **od min. 4 výrobců** tohoto spotřebního materiálu si zadavatel míní zajistit kontinuitu plnění veřejné zakázky. Tím, že v šetřeném případě poptává zadavatel pouze samotné infuzní pumpy a lineární dávkovače bez příslušného spotřebního materiálu, čímž nicméně nijak nepostupuje v rozporu se zákonem, je požadavek zadavatele, jenž směřuje k zajištění dlouhodobé dostupnosti spotřebního materiálu kompatibilního s předmětem poptávaného plnění, opodstatněný. Pokud by zadavatel v průběhu používání infuzních pump a lineárních dávkovačů dodaných vybraným dodavatelem neměl spotřební materiál kompatibilní s těmito pumpami, potažmo dávkovači, k dispozici, nemohl by předmět veřejné zakázky prakticky vůbec používat, popř. by bylo jeho plnohodnotné používání minimálně značně limitováno. Pakliže zadavatel požaduje kompatibilitu se 4 druhy (výrobci) spotřebního materiálu, aby si „pojistil“, že na relevantním trhu bude spotřební materiál vhodný pro jím užívanou infuzní techniku dostupný, nelze toto označit za excesivní či nepřiměřené. Z pohledu Úřadu nelze mít sporu o tom, že kontinuita plnění veřejné zakázky bude o poznání více zaručena tím, že bude zajištěna kompatibilita se 4 „druhy“ spotřebního materiálu, oproti tomu, že by byla tato kompatibilita zaručena kupříkladu toliko se 2 „druhy“ spotřebního materiálu. Úřad je proto toho názoru, že daný požadavek zadavatele není v žádném případě bezúčelný, nýbrž je veden jeho legitimní úvahou, tj. má konkrétní ratio, kdy si prostřednictvím něj zadavatel chce zajistit, aby poptávaný předmět plnění posuzované veřejné zakázky vůbec splňoval funkce, k jejichž zajištění je určen, a aby tak zadavatel mohl dostat svému „poslání“, tj. záchraně zdraví a životů pacientů. Současně lze doplnit, že stanovením tohoto požadavku by zadavatel mohl mít do určité míry zajištěnu soutěž dodavatelů pro to, až bude poptávat samotný spotřební materiál, což lze z pohledu Úřadu vnímat pozitivně ve vztahu k existenci hospodářské soutěže.



100. Úřad na tomto místě opětovně poznamenává, že předmět veřejné zakázky tvoří, zjednodušeně řečeno, dodávky infuzních pump a lineárních dávkovačů bez souvisejícího spotřebního materiálu. Vzhledem ke skutečnosti, že samotný předmět plnění nelze bez příslušného spotřebního materiálu de facto používat, je oprávněným zájmem zadavatele pořídit takový předmět veřejné zakázky, který bude mít větší počet zástupného kompatibilního materiálu, a to především za účelem vyvarování se situacím, kdy by se příslušný spotřební materiál přestal na trh úplně dodávat, popř. by „pouze“ nebyl po určitou dobu dostupný. Zadavatel si tak tímto požadavkem hodlá zajistit zástupnost spotřebního materiálu použitelného pro poptávaný předmět veřejné zakázky po celou dobu životnosti infuzních pump a lineárních dávkovačů, resp. po dobu více než 10 let, jak dovodil navrhovatel v návrhu, čímž, Úřad opakuje, sleduje zajištění kontinuity užívání plnění veřejné zakázky. Fakt, že předmět veřejné zakázky bude mít na relevantním trhu „k dispozici“ spotřební materiál až od 4 různých výrobců, zajistí zadavateli rovněž konkurenční soutěž pro budoucí poptávku tohoto spotřebního materiálu. Lze mít totiž za to, že zadavatel při zadávání spotřebního materiálu nebude, z důvodu, že by v rámci šetřené veřejné zakázky poptával infuzní pumpy a lineární dávkovače, jež jsou kompatibilní pouze s jedním na trhu dostupným, a tudíž ve své podstatě „unikátním“ (nenahraditelným), spotřebním materiálem, muset akceptovat ceny za tento spotřební materiál pouze od jednoho výrobce, nýbrž v důsledku existence 4 výrobců, jejichž spotřební materiál je kompatibilní s infuzními pumpami a lineárními dávkovači, které budou dodány v rámci posuzované veřejné zakázky, bude zajištěna konkurence mezi dodavateli, v důsledku čehož může zadavatel pořídit onen spotřební materiál za ceny nižší, než kdyby žádná soutěž mezi dodavateli neproběhla, a tím bude dosaženo efektivního nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů. Z pohledu Úřadu tak zadavatel při vymezení předmětného požadavku opodstatněně zohlednil nezbytnost a provázanost předmětu šetřené veřejné zakázky se spotřebním materiálem, jakož i finanční hledisko, a zajistil si tak do budoucna nepřerušené užívání infuzních pump a lineárních dávkovačů. Dle názoru Úřadu je zcela logické, že má zadavatel oprávněný zájem na tom, aby od vybraného dodavatele obdržel plnění, jež bude umožňovat použití spotřebního materiálu od vícero výrobců, aby nedošlo k situaci, kdy by pro infuzní pumpy a lineární dávkovače nebylo na trhu žádného spotřebního materiálu či by jeho pořízení bylo příliš nákladné, popř. jinak komplikované. Právě proto v zadávacích podmínkách po vybraném dodavateli požaduje, aby předmět veřejné zakázky byl dodán s jistotou, resp. značnou mírou jistoty zástupnosti (nahraditelnosti) jeho spotřebního materiálu.
101. Nad rámec výše řečeného Úřad doplňuje, že skutečnost, že předmětný požadavek na kompatibilitu předmětu veřejné zakázky se spotřebním materiálem různých výrobců je běžně užíván, potažmo že předmětnou zadávací podmínku lze splnit, dokládá rovněž skutečnost, že jeden z účastníků zadávacího řízení – Ing. Aleš Závorka, IČO 41147341, se sídlem náměstí Interbrigády 640/8, 160 00 Praha 6 doložil kompatibilitu jím nabízeného plnění se spotřebním materiálem 5 různých výrobců, kdy zadavateli „postačovalo“ doložení této kompatibility alespoň od 4 výrobců. Úřad se tudíž neztotožňuje s názorem navrhovatele, že požadavek zadavatele na minimální počet výrobců je požadavkem nereálným (nesplnitelným). Úřad současně akcentuje, že zadavatel v zadávacích podmínkách nestanovil, že vybraný dodavatel má povinnost zajistit kompatibilitu předmětu plnění veřejné zakázky se spotřebním materiálem od minimálně 4 výrobců za všech okolností, resp. „nepřetržitě“ (bezvýjimečně). Z kontextu zadávacích podmínek je možné dovodit, že zadavatel požaduje,

tzn. je jím chtěný stav, aby po dobu více než 10 let vybraný dodavatel splňoval požadavek na kompatibilitu poptávaného předmětu plnění veřejné zakázky se spotřebním materiálem od minimálně 4 výrobců. Avšak zadavatel současně začlenil do zadávacích podmínek konkrétní mechanismy v podobě objektivních okolností, při jejichž nastání může být vybraný dodavatel od splnění této povinnosti (požadavku) „osvobozen“ (k tomu v podrobnostech viz níže).

102. Úřad v dalším podotýká, že na požadavky uvedené v zadávací dokumentaci, jež se vztahují k předmětu plnění veřejné zakázky, nelze nazírat izolovaně, nýbrž je nutné na ně nahlížet v celkovém kontextu **všech** zadávacích podmínek, tj. všech požadavků zadavatele a informací uvedených v zadávací dokumentaci a dalších dokumentech obsahujících vymezení poptávaného předmětu plnění konkrétní veřejné zakázky. Zadávací dokumentaci je tak nezbytné „číst“ jako ucelený soubor požadavků na předmět plnění veřejné zakázky, které na sebe vzájemně navazují, prolínají se a doplňují se. Vzhledem k právě řečenému tak Úřad upozorňuje, že na navrhovatelem namítanou kompatibilitu poptávaného plnění veřejné zakázky je nutné nahlížet v kontextu s **celým zněním** předmětné zadávací podmínky, v níž je obsažena. Z výkladu Technické specifikace je totiž zřejmé, že pro navrhovatelem namítanou zadávací podmínku je možné využít výjimku, a to za předpokladu, že „*v daném konkrétním čase účastník objektivně prokáže, že nikoli vlastní vinnou nebo vinnou výrobce neměl možnost zajistit naplnění této podmínky při vynaložení přiměřeného úsilí (...)*“, kterou je povinen zadavateli objektivně prokázat (viz bod 73. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Tato podmínka, tj. shora popsaná výjimka, která je z pohledu Úřadu podmínkou smluvní, což ostatně dokládá skutečnost, že ji zadavatel uvedl současně jak v návrhu kupní smlouvy, tak v návrhu servisní smlouvy, tudíž umožňuje vybranému dodavateli vyvinut se ze zadavatelem požadované zadávací podmínky, tj. zajištění kompatibility spotřebního materiálu s dodávaným předmětem plnění od alespoň 4 výrobců, za splnění určitých předem daných předpokladů. Jak sám zadavatel uvádí v Technické specifikaci, nemožnost naplnění předmětné podmínky (požadavku) může nastat nedostatečným počtem dotčeného druhu spotřebního materiálu na českém trhu od různých výrobců, což zadavatel rovněž potvrzuje ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 9, když uvádí, že „*[p]ouze v situacích, kdy např. na základě výsledku testování spotřebních materiálů jiných výrobců se prokáže nevhodnost použití tohoto materiálu v dané infuzní technice, výrobci spotřebního materiálu neposkytnou účastníkovi přiměřenou součinnost k provedení testování nebo na trhu nebude v daném čase žádný jiný spotřební materiál od jiného výrobce, který by mohl být v infuzní technice používán za podmínek stanovených pro český trh (...). Dtto se týká i injekčních stříkaček.*“ (viz bod 81. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel tudíž existencí možnosti vyvinut se z předmětné zadávací podmínky za splnění určitých předpokladů stanovil, že povinnost plnění daného požadavku může být vybranému dodavateli za určitých okolností, které nezapříčiní vlastní vinou, zadavatelem po určitou dobu, tj. např. po dobu, než bude na trh uveden „nový“ spotřební materiál, „odpuštěno“, a tudíž nemusí předmětný požadavek splňovat bez dalšího „za každou cenu“, čímž zadavatel předmětný požadavek uvedený v Technické specifikaci zmírnil, a nelze jej proto považovat za nereálný, jak tvrdí navrhovatel.
103. V kontextu celé zadávací dokumentace, včetně vysvětlení zadávací dokumentace č. 9, je totiž úvaha navrhovatele, že zadavatel požaduje po vybraném dodavateli, aby po dobu více než 10 let zadavateli garantoval, že na relevantním trhu bude k dispozici spotřební materiál

kompatibilní s předmětem veřejné zakázky alespoň od 4 různých výrobců, lichá a neplatí absolutně. Navrhovateli lze dát za pravdu, že zadavatel v Technické specifikaci de facto požaduje, aby na trhu se spotřebním materiálem existovali 4 výrobci tohoto materiálu, nicméně ze zadávací dokumentace a zejména pak i z vysvětlení zadávací dokumentace č. 9 vyplývá, že není povinností vybraného dodavatele po dobu více než 10 let zajistit dosažitelnost spotřebního materiálu minimálně od 4 výrobců tohoto materiálu, pakliže existují objektivní překážky, které dostání předmětnému požadavku brání. Úřad k uvedenému doplňuje, že zadavatel v rámci vysvětlení zadávací dokumentace č. 9 jasně sdělil, že požaduje, aby podmínka možnosti běžně a záměně používat infuzní sety s partikulárním filtrem 15 mikronů vhodné pro použití v infuzních pumpách, resp. injekční stříkačky LuerLock do lineárních dávkovačů, minimálně od 4 různých výrobců, jejichž sety, potažmo stříkačky, jsou na českém trhu nabízeny či obchodovány, byla splněna po celou dobu provádění záručního a pozáručního servisu, nicméně současně připustil, že „[p]okud například z důvodu ukončení výroby spotřebního materiálu (zdravotnického prostředku) dojde u nabízené infuzní techniky ke snížení počtu druhů infuzních setů pod takto stanovenou minimální úroveň, je účastník povinen naplnění této podmínky opětovně zajistit, a to např. prostřednictvím testování dalšího spotřebního materiálu od jiného výrobce. Pouze v situacích, kdy např. na základě výsledku testování spotřebních materiálů jiných výrobců se prokáže nevhodnost použití tohoto materiálu v dané infuzní technice, výrobci spotřebního materiálu neposkytnou účastníkovi přiměřenou součinnost k provedení testování nebo na trhu nebude v daném čase žádný jiný spotřební materiál od jiného výrobce, který by mohl být v infuzní technice používán za podmínek stanovených pro český trh, tzn. účastník nebude schopen v daném čase objektivně zajistit naplnění stanoveného požadavků z důvodu nedostupnosti odpovídajícího materiálu pro použití na českém trhu, je v tomto případě uchazeč oprávněn uplatnit zadavatelem stanovenou výjimku z plnění takto stanovené povinnosti, a to pouze do doby, než na trh bude uveden/dodán jiný spotřební materiál (do té doby netestovaný) splňující podmínky použití na českém trhu.“ (viz opětovně bod 81. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z výkladu výše specifikovaného ustanovení zadávací dokumentace a vysvětlení zadávací dokumentace č. 9 v jejich vzájemném kontextu tak lze dle Úřadu dospět k závěru, že každý potenciální dodavatel je bez dalšího povinen v době podání nabídky splnit a prokázat, že jím nabízené plnění je kompatibilní se spotřebním materiálem 4 výrobců tohoto materiálu, nicméně v průběhu plnění veřejné zakázky již tuto podmínku, jak zadavatel uvedl ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 9, splňovat v určitých případech, resp. bezvýhradně nemusí. Jak sám zadavatel sdělil v předmětném vysvětlení zadávací dokumentace, pro případ, že dojde ke změně okolností a klesne požadovaný počet výrobců kompatibilního spotřebního materiálu, prokazování splnění (ne)existence spotřebního materiálu kompatibilního s dodávaným plněním po celou zadavatelem požadovanou dobu je založeno na „neustálém“ testování spotřebního materiálu dostupného na relevantním trhu. Pokud tedy v průběhu plnění šetřené veřejné zakázky nastane to, že vybraný dodavatel nebude splňovat kompatibilitu spotřebního materiálu 4 výrobců, nýbrž např. jen 3 výrobců, z důvodu, že jeden z nich zanikl, provede testování dalších spotřebních materiálů dostupných na relevantním trhu, přičemž pokud nenalezne žádný další kompatibilní spotřební materiál či mu ze strany výrobce daného spotřebního materiálu nebude umožněno provést test kompatibility, dojde k aplikaci oné výjimky z předmětné zadávací podmínky. Z právě řečeného lze tudíž dovodit, že pokud v průběhu plnění veřejné

zakázky vybraný dodavatel přestane splňovat tuto mezi účastníky správního řízení spornou zadávací podmínku, přičemž prokáže, že vyvinul přiměřené úsilí za účelem jejího splnění, je mu nastavením zadávacích podmínek umožněno se z předmětné podmínky vyvinut (k tomu v podrobnostech viz níže). S odkazem na shora popsané skutečnosti tudíž s argumentem navrhovatele stran nepřiměřenosti dané zadávací podmínky nelze souhlasit, neboť předmětnou zadávací podmínku je nutné chápat v kontextu celé zadávací dokumentace jako důvodnou a přiměřenou.

104. Úřad se na tomto místě vypořádává s argumentem navrhovatele, že předmětný požadavek zadavatele fakticky dopadá na spotřební materiál, nikoliv na infuzní přístroje, neboť tyto není možno dodatečně přebudovávat, resp. měnit (viz bod 13. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jak již Úřad uvedl, předmět veřejné zakázky spočívá v dodávce infuzních pump a lineárních dávkovačů, které slouží k podávání infuzí, přičemž tyto se při aplikaci dané infuze „neobejdou“ bez spotřebního materiálu v podobě infuzních setů a injekčních stříkaček. V Technické specifikaci pak zadavatel stanovil požadavek, aby infuzní pumpy, resp. lineární dávkovače bylo možné používat se spotřebním materiálem od minimálně 4 výrobců tohoto materiálu. Z uvedeného tudíž vyplývá, že jsou to právě infuzní pumpy a lineární dávkovače, které mají umožnit použití spotřebního materiálu různých výrobců, a proto tak mají být i konstruovány, resp. tomuto uzpůsobeny. S ohledem na právě řečené lze tedy konstatovat, že požadavek na zajištění kompatibility předmětu veřejné zakázky se souvisejícím spotřebním materiálem se vztahuje k oněm pumpám a dávkovačům, nikoliv ke spotřebnímu materiálu, jak tvrdí navrhovatel. Předmětným požadavkem zadavatel vyjádřil potřebu zajistit možnost nepřetržitého užívání infuzních pump a lineárních dávkovačů, což lze „pojistit“ právě umožněním použití vícero druhů jeho spotřebního materiálu. Úřad je toho názoru, že stanovením dané kompatibility předmětu veřejné zakázky se zadavatel chtěl vyvarovat situaci, kdy by byl předmět veřejné zakázky použitelný pouze s jedním druhem spotřebního materiálu, čímž by se zadavatel v průběhu užívání předmětu veřejné zakázky stal na tomto výrobcu spotřebního materiálu prakticky závislý. Z uvedeného je tak zřejmé, že předmětnou zadávací podmínkou zadavatel v žádném případě nevznosl požadavky na spotřební materiál dostupný na relevantním trhu, nýbrž vyjádřil svůj požadavek, aby předmět plnění veřejné zakázky byl uzpůsoben tomu, aby jej bylo možno užívat se spotřebním materiálem 4 různých výrobců. Z výše uvedených příčin tudíž považuje Úřad daný argument navrhovatele za irelevantní. Stejně tak je irelevantní i tvrzení navrhovatele, jímž poukazuje na to, že vzhledem k tomu, že předmětem plnění šetřené veřejné zakázky jsou dodávky a nikoliv služby, nemůže vybraný dodavatel na to, že na relevantním trhu dojde v průběhu její realizace k poklesu počtu výrobců spotřebního materiálu, reagovat změnou nabídky v podobě změny konfigurace dodávaných přístrojů (viz bod 11. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad k tomu opětovně poznamenává, že zadavatel měl nastavením zadávacích podmínek zájem na tom, aby vybraný dodavatel splňoval požadavek, že jím nabízené, potažmo dodávané plnění je kompatibilní se spotřebním materiálem „pocházejícím“ alespoň od 4 výrobců. Současně však zadavatel v zadávacích podmínkách ošetřil, co nastane, resp. co bude následovat, pokud dodávané plnění bude (započne být) kompatibilní se spotřebním materiálem nižšího počtu výrobců (k tomu v podrobnostech viz shora). Skutečnost, že na trhu dojde k poklesu počtu výrobců kompatibilního spotřebního materiálu, rozhodně nemá rezultovat v to, že by vybraný dodavatel jako jediný možný způsob musel přistoupit

ke změně konfigurace jím dodávaného plnění, aby dostal předmětnému požadavku zadavatele, jak se snaží argumentovat navrhovatel.

105. K tvrzení navrhovatele, že proklamované finanční úspory mohl zadavatel dosáhnout tím, že by jako kritérium hodnocení formuloval náklady životního cyklu ve smyslu § 117 zákona, což je vhodné pro případy pořízování dlouhodobého majetku, s jehož provozem jsou spojeny další náklady (viz bod 13. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad sděluje, že lze souhlasit s názorem navrhovatele, že náklady životního cyklu umožňují zadavatelům reflektovat i náklady související s předmětem plnění, které vzniknou nebo mohou vzniknout v průběhu užívání daného předmětu plnění, tedy nikoliv jen náklady na jeho pořízení. K tomu Úřad nicméně poznamenává, že žádné ustanovení zákona zadavatelům neukládá povinnost, aby v případě, kdy jsou s předmětem veřejné zakázky spjaty „další“ náklady (plnění), jež je nutné vynaložit v průběhu užívání dodaného předmětu plnění, formulovali v rámci zadávacích podmínek kritérium hodnocení v podobě nákladů životního cyklu. Jak již bylo Úřadem uvedeno na několika místech odůvodnění tohoto rozhodnutí, předmětem posuzované veřejné zakázky je pouze dodávka infuzních pump a lineárních dávkovačů, nikoliv souvisejícího spotřebního materiálu, neboť ten bude zadavatel patrně poptávat v rámci samostatného zadávacího řízení v budoucnu. Úřad konstatuje, že je věcí zadavatele, jak následně spotřební materiál nakoupí, resp. jaký způsob si pro jeho opatření zvolí. Skutečnost, že s provozováním předmětu veřejné zakázky jsou spojeny další náklady ve formě spotřebního materiálu nezbytného pro jeho provozování, však bez dalšího nemůže vést k tomu, že by je byl zadavatel povinen zohlednit již v rámci zadávacích podmínek daného předmětu plnění, a to právě v podobě kritéria hodnocení. Tato provázanost mezi předmětem plnění a jeho spotřebním materiálem tedy nevede k tomu, že by zadavatel v konkrétním případě nebyl oprávněn dodávku spotřebního materiálu zadávat jako samostatnou veřejnou zakázku, tj. fakticky zcela nezávisle na veřejné zakázce na dodávku infuzních pump a lineárních dávkovačů. Lze tedy shrnout, že tato provázanost obou předmětů neimplikuje, že by zadavatel musel formulovat náklady na spotřební materiál jako náklady životního cyklu v rámci kritérií hodnocení. S ohledem na právě řečené proto Úřad sděluje, že se zadavatel v šetřeném případě nedopustil porušení zákona, když spotřební materiál, jenž bude poptávat v budoucnu, neformuloval jako náklady životního cyklu předmětu veřejné zakázky.
106. Ve světle všech shora popsaných skutečností proto Úřad tuto část odůvodnění uzavírá s konstatováním, že neshledal, že by se zadavatel nastavením požadavku na *„možnost běžně a záměně používat infuzní sety s partikulárním filtrem 15 mikronů vhodné pro použití v infuzních pumpách“*, resp. *„injekční stříkačky LuerLock do lineárních dávkovačů“*, a to *„minimálně od 4 různých výrobců, jejichž sety jsou na českém trhu nabízeny/obchodovány“*, a to *„po celou dobu provádění záručního a pozáručního servisu dodané infuzní techniky.“*, dopustil porušení zákona, a tudíž neshledal důvody pro uložení nápravného opatření.

*K údajně nepřiměřené a netransparentní smluvní sankci*

107. Navrhovatel v návrhu dále brojí proti údajně nepřiměřeně vysoké smluvní pokutě ve výši 5 000,- Kč za každý započatý kalendářní den a případ zvláště, kterou je vybraný dodavatel povinen uhradit v případě nesplnění navrhovatelem shora namítaného požadavku zadavatele na zajištění kompatibility předmětu posuzované veřejné zakázky se spotřebním materiálem od min. 4 výrobců tohoto materiálu (viz bod 15. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

108. Výši sankce za nesplnění výše „rozebírané“ smluvní podmínky (požadavku) vymezil zadavatel v článku 6. „Smluvní sankce“ návrhu kupní smlouvy, a článku 4. „Doba plnění a ostatní ujednání“, konkrétně v bodu 4.6. „Smluvní sankce“, návrhu servisní smlouvy, kde shodně uvedl, že „[v]případě prodlení (...) při plnění svého závazku kompatibility (...) zboží na základě této smlouvy s identickým spotřebním materiálem minimálně od 4 různých výrobců, které budou v dané době na českém trhu nabízeny/obchodovány (...), je kupující (zadavatel, pozn. Úřadu) oprávněn účtovat prodávající smluvní pokutu ve výši 5 000 Kč za každý i započatý kalendářní den a případ zvláště.“ (viz body 76. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
109. Úřad nejprve konstatuje, že předmětná námitka navrhovatele směřuje do smluvních podmínek. Úřad k uvedenému sděluje, že jeho kompetence jsou vytyčeny ustanovením § 248 zákona, kdy podle § 248 odst. 1 písm. a) zákona Úřad vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, při kterém rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, popř. podle § 248 odst. 1 písm. b) zákona rozhoduje o tom, zda postup zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, je v souladu se zákonem, popř. podle § 248 odst. 1 písm. c) zákona ukládá nápravná opatření (§ 263 a 264 zákona). Je třeba konstatovat, že možnost Úřadu vyjadřovat se ke smluvním, resp. obchodním podmínkám, stanovených zadavatelem je omezená, nicméně ne zcela vyloučená. Právě řečené nachází oporu např. v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013, v němž je uvedeno, že není na Úřadu, aby „hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem, nejedná-li se o zjevný exces vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky a nejde-li o pravidlo pro posuzování kvalifikace a samotného hodnocení nabídek, jež by muselo být předmětem posouzení z pohledu ZVZ.“. Úřad k tomu sděluje, že byť se citovaný rozsudek týkal předchozí právní úpravy, tj. zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jsou závěry v něm vyjádřené plně aplikovatelné i na současnou právní úpravu, tj. na zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, neboť pravomoc Úřadu se v této oblasti nijak nezměnila (k tomu viz § 112 odst. 1 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, podle kterého Úřad vykonává dohled nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, při kterém rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky a soutěži o návrh postupoval v souladu s tímto zákonem). Ze shora citovaného rozsudku tak lze dovodit, že do kompetence Úřadu spadá posouzení toho, zda smluvní, resp. obchodní podmínky jsou skutečně přiměřené požadovanému cíli a nepředstavují exces či neúnosné narušení některého ze základních principů (zásad) vymezených v § 6 zákona. Jinak řečeno, jestliže konkrétní soukromoprávní podmínka vymezená zadavatelem nepředstavuje zjevný exces, jenž by atakoval faktickou nemožnost plnění veřejné zakázky, a současně taková podmínka ani není pravidlem pro posuzování kvalifikace či pro hodnocení nabídek, pak Úřad není příslušný k posuzování její vhodnosti, resp. přiměřenosti.
110. Úřad dále považuje za nutné uvést, že smluvní pokuta patří dle systematiky zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, mezi zajišťovací a utvrzovací instituty, přičemž je třeba říci, že plní celou řadu funkcí. Právní věda, ale i rozhodovací praxe soudů označily v minulosti některé základní funkce smluvní pokuty, a to např. preventivní, uhrazovací, ale i sankční. Utvrzovací funkcí smluvní pokuty se pak rozumí zvyšování právní jistoty věřitele, že smluvená povinnost bude splněna [neboť dlužník je

hrozbou další povinnosti (povinnosti k sankčnímu plnění) více motivován k splnění prvotní povinnosti], a tedy posiluje postavení věřitele vůči dlužníkovi.

111. Smluvní pokuta a její přiměřenost musí být zadavatelem stanovena tak, aby plnila zadavatelem požadovanou funkci (funkce) a přitom nepředstavovala excesivní, tj. diskriminační překážku řádnému soutěžnímu prostředí. Není-li (a logicky nemůže být, poněvadž výše musí být přiměřená ve vztahu ke každé utvrzované povinnosti) stanoven limit absolutní výše smluvní pokuty, musí si strany samotnou výši smluvní pokuty sjednat tak, aby nebyla v rozporu mj. se zákonem o zadávání veřejných zakázek.
112. Úřad předesílá, že posouzení otázky ne/přiměřenosti smluvní pokuty závisí na okolnostech konkrétního případu. Vždy musí zadavatel a následně i Úřad postupovat tak, že každý individuální případ bude posuzován podle jeho konkrétních okolností (zadavatel samozřejmě v tom, jak smluvní pokutu nastaví, a Úřad při hodnocení, zda tato smluvní pokuta vyhovuje požadavkům uvedeným v zákoně a související judikatuře). Velmi trefně toto vyjádřil Nejvyšší soud ČR již ve svém letitém rozhodnutí ze dne 24. 2. 2009, sp. zn. 23 Cdo 4784/2008, v němž ve vztahu k přiměřenosti (Úřad přitom má řešit jen excesivní nepřiměřenost s dosahem na férové soutěžní prostředí) konstatoval, že *„[p]řiměřenost výše smluvní pokuty je třeba posoudit v každém případě individuálně s ohledem na všechny zvláštnosti daného případu; závěry o přiměřenosti či nepřiměřenosti výše smluvní pokuty lze jen velmi obtížně zobecnit.“*
113. Ve světle výše učiněných závěrů, tedy že smluvní podmínky mohou být za nezákonné považovány fakticky pouze tehdy, jsou-li zjevně excesivní, přistoupil Úřad k posouzení toho, zda smluvní podmínka, jež vybranému dodavateli ukládá povinnost hradit pokutu ve výši 5 000,- Kč za každý i započatý kalendářní den a případ zvláště, a to za nesplnění požadavku stanoveného v Technické specifikaci, byla stanovena natolik excesivně, že jejím následkem (průvodním jevem) bylo zabránění účasti potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení, popř. že by jiným způsobem negativně zasáhla do procesu zadávání předmětné veřejné zakázky. Úřad opětovně poznamenává, že posouzení toho, zda konkrétní smluvní podmínka formulovaná zadavatelem je ještě souladná se zákonem, či zda již naopak vykazuje zjevnou nepřiměřenost, je vždy odvislé od skutkových okolností příslušného případu (zadávacího řízení). Úřad pečlivě přezkoumal předmětnou navrhovatelem zpochybňovanou smluvní podmínku, přičemž dospěl k závěru, že ji nelze považovat za smluvní podmínku zjevně excesivní, tzn. za takovou, která by odporovala základním zásadám zadávacího řízení podle § 6 zákona. K tomu Úřad uvádí následující.
114. Úřad při posouzení věci vzal do úvahy mj. především tu skutečnost, že ačkoliv předmětná smluvní pokuta je stanovena paušální částkou za každý den neplnění předmětné zadávací podmínky, tj. požadavku na kompatibilitu předmětu plnění se spotřebním materiálem od alespoň 4 výrobců tohoto spotřebního materiálu, její uplatnění nenastává bezprostředně po vzniku situace, kdy vybraný dodavatel přestane předmětnou zadávací podmínku splňovat. Jak totiž vyplývá z článku 5. „Odpovědnost za vady zboží“ návrhu kupní smlouvy, potažmo článku 4. „Doba plnění a ostatní ujednání“, konkrétně z bodu 4.2. „Realizace servisu“, návrhu servisní smlouvy, *„[v] případě, že takto dodané a servisované zboží v průběhu záruční lhůty (stejně tak i v průběhu pozáručního servisu, pozn. Úřadu) přestane z jakéhokoli důvodu splňovat takto stanovenou podmínku a nebude existovat žádný objektivní důvod pro uplatnění níže specifikované výjimky z takto stanovené povinnosti, je prodávající povinen zajistit splnění tohoto požadavku nejpozději do 3 měsíců ode dne, kdy bude prodávajícímu*

*doručeno ze strany kupujícího písemné upozornění na neplnění této povinnosti, nedohodnou-li se smluvní strany jinak.“ (viz body 75. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z uvedeného je tudíž zřejmé, že pokud vybraný dodavatel přestane výše uvedenou zadávací podmínku splňovat, bude zadavatelem vyzván k nápravě vzniklého stavu ve lhůtě 3 měsíců od písemného upozornění ze strany zadavatele. K právě řečenému Úřad doplňuje, že z předmětných článků návrhů kupní smlouvy a servisní smlouvy současně vyplývá, že pokud za určitých okolností vybraný dodavatel ve stanovené lhůtě zadavateli prokáže, že nemá možnost předmětnou zadávací podmínku splnit, je nesplnění dané podmínky vyloučeno ze sankčních ujednání (k tomu v podrobnostech viz níže). Je tudíž zřejmé, že samotné smluvní pokutě, resp. možnosti jejího uplatnění, předchází (bude předcházet) písemná výzva zadavatele k odstranění nežádoucího stavu, tedy neexistence kompatibility předmětu plnění veřejné zakázky se spotřebním materiálem 4 výrobců spotřebního materiálu, uplynutí lhůty 3 měsíců stanovených ke „znovu zajištění“ splnění předmětné zadávací podmínky a současně objektivní posouzení, zda vzniklá situace, za níž nelze smluvní podmínku ze strany vybraného dodavatele splnit, nespadá do zadavatelem upravené „výjimky“, při níž by byl vybraný dodavatel po nezbytně nutnou dobu ze splňování dané podmínky vyviněn, čímž by byl samozřejmě i „osvobozen“ od povinnosti hradit tuto smluvní pokutu. Ostatně tuto skutečnost potvrzuje i zadavatel ve vyjádření k návrhu ze dne 26. 2. 2018, když uvádí, že „pro uplatnění sankčního ujednání není rozhodné, v jakém rozsahu tuto povinnost dodavatel neplní, ale zda v návaznosti na obdržené písemné upozornění tuto povinnost splnil (resp. v této době prokázal v souladu se smlouvou objektivní nemožnost naplnění této povinnosti).“.*

115. Jak již Úřad uvedl na jiném místě odůvodnění tohoto rozhodnutí, na zadávací podmínky je zapotřebí nahlížet v kontextu celé zadávací dokumentace, čili nikoliv izolovaně. Smluvní pokutu uvedenou v článku 6. „Smluvní sankce“ návrhu kupní smlouvy, a článku 4. „Doba plnění a ostatní ujednání“, konkrétně v bodu 4.6. „Smluvní sankce“, návrhu servisní smlouvy nelze bez dalšího považovat za nepřiměřenou, nýbrž je třeba ji vyložit v souvislosti s dalšími ustanoveními předmětných smluv, které danou sankci za neplnění zadavatelem stanovených podmínek do jisté míry „změkčují“, a to v tom smyslu, že její uplatnění ze strany zadavatele od okamžiku, kdy vybraný dodavatel přestane splňovat požadavek na zajištění kompatibility předmětu veřejné zakázky se spotřebním materiálem minimálně 4 výrobců spotřebního materiálu, mu je dán prostor pro sjednání nápravy či prokázání okolností vedoucích k uplatnění shora popsané výjimky. Až teprve poté je zadavatel oprávněn úhradu smluvní pokuty ve výši 5 000,- Kč za každý den po vybraném dodavateli požadovat. Uplatnění smluvní pokuty zadavatelem tudíž nenastává automaticky již v důsledku toho, že počet výrobců kompatibilního spotřebního materiálu klesne pod 4, nýbrž je možné až po „vyčerpání“ konkrétních a zadavatelem předem formulovaných podmínek (předpokladů), a to těch, že vybraný dodavatel ve lhůtě 3 měsíců od upozornění zadavatelem, zjednodušeně řečeno, „nenajde“ jiného (nového) výrobce kompatibilního spotřebního materiálu, a současně neprokáže, že „nalezení“ tohoto jiného výrobce nebylo z objektivních příčin možné. Je tedy zřejmé, že vybraný dodavatel není povinen hradit zadavateli smluvní pokutu bez dalšího ihned poté, kdy mu z určitých důvodů „vypadne“ příslušný výrobce kompatibilního spotřebního materiálu a nebude tedy splňovat požadavek zadavatele na kompatibilitu dodávaného předmětu plnění se spotřebním materiálem od alespoň 4 výrobců. Nelze mít ani za to, že zadavatel míní sankcionovat vybraného dodavatele za jednání třetích stran, které



vybraný dodavatel nemůže ovlivnit, jak tvrdí navrhovatel (viz bod 15. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad opětovně akcentuje, že zadavatel v zadávacích podmínkách (v návrhu kupní smlouvy a v návrhu servisní smlouvy) stanovil, že pokud vybraný dodavatel objektivně prokáže, že mj. vinou výrobce, čili právě vinou třetí strany, neměl možnost zajistit naplnění požadavku zadavatele na kompatibilitu spotřebního materiálu, je tato situace vyloučena ze sankčních ujednání (viz body 75. a 78. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Je tedy zřejmé, že pokud příslušný výrobce v průběhu realizace veřejné zakázky s vybraným dodavatelem odmítne (přestane) „spolupracovat“, popř. odejde z trhu, bude mít tato skutečnost za následek (pokud ji vybraný dodavatel prokáže), že zadavatel nebude oprávněn vůči vybranému dodavateli uplatňovat smluvní pokutu. S ohledem na právě řečené lze uvést, že zadavatel smluvní pokutou a priori nebude sankcionovat vybraného dodavatele za jednání třetích stran (výrobců), neboť v zadávací dokumentaci upravil mechanismy, jak bude v těchto případech postupováno. Na základě shora popsanych skutečností tedy není dle přesvědčení Úřadu možné na smluvní pokutu nazírat jako na smluvní podmínku nepřiměřenou, resp. excesivní.

116. Co se týče samotné výše pokuty, tj. 5 000,- Kč za každý den, pak Úřad sděluje, že při posouzení přiměřenosti této výše vycházel i z vyhlášky č. 232/2012 Sb., o podrobnostech rozsahu odůvodnění účelnosti veřejné zakázky a odůvodnění veřejné zakázky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška č. 232/2012 Sb.“), která byla prováděcí vyhláškou k zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. Úřad k tomu sděluje, že byť se citovaná vyhláška týkala předchozí právní úpravy, a tudíž po zrušení zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, byla tato rovněž zrušena, lze ustanovení týkající se výše smluvní pokuty v ní vyjádřené plně aplikovat i na současnou právní úpravu, tj. na zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, neboť podstata smluvní sankce se dle názoru Úřadu nezměnila.
117. Podle § 4 písm. e) vyhlášky č. 232/2012 Sb. veřejný zadavatel odůvodní vymezení obchodních podmínek veřejné zakázky na dodávky a veřejné zakázky na služby ve vztahu ke svým potřebám a k rizikům souvisejícím s plněním veřejné zakázky, pokud stanoví smluvní pokutu za prodlení dodavatele vyšší než 0,2 % z předpokládané hodnoty veřejné zakázky za každý den prodlení.
118. Ze shora uvedeného tak vyplývá, že vyhláška č. 232/2012 Sb. stanovila jakousi pomyslnou hranici pro určení „přiměřené“ výše sankce za nesplnění smluvních podmínek. Z předmětné vyhlášky lze dovodit, že sankce do výše 0,2 % z předpokládané hodnoty veřejné zakázky za každý den je považována za standardní výši, přičemž výše pokuty přesahující uvedenou hranici neznamena bezpodmínečně excesivní hodnotu, nýbrž opravňuje ke zdůvodnění takto určené výše. S ohledem na právě uvedené tak Úřad přistoupil k výpočtu podílu výše sankce (smluvní pokuty) k předpokládané hodnotě veřejné zakázky, přičemž dospěl k následujícímu „výsledku“.
119. Jak vyplývá z bodu II.2.6) oznámení o zahájení zadávacího řízení, činí předpokládaná hodnota části 1 veřejné zakázky částku 3 871 870,- Kč bez DPH a předpokládaná hodnota části 2 veřejné zakázky částku 28 640 600,- Kč bez DPH. Výše smluvní pokuty za neplnění zadavatelem stanovené podmínky kompatibility ve výši 5 000,- Kč pak představuje 0,13 % z předpokládané hodnoty části 1 šetřené veřejné zakázky a 0,02 % z předpokládané hodnoty části 2 šetřené veřejné zakázky. S ohledem na výše uvedený procentní podíl smluvní pokuty

ve vztahu k předpokládaným hodnotám obou částí veřejné zakázky za každý den uvedený ve vyhlášce č. 232/2012 Sb., jenž činí 0,2 %, a který, dle názoru Úřadu, představuje přípustnou výši této smluvní pokuty, lze smluvní pokutu ve výši 5 000,- za každý den, jež zadavatel stanovil a jejíž procentní podíl k předpokládaným hodnotám části 1 a části 2 veřejné zakázky Úřad vypočetl na 0,13 %, resp. na 0,02 %, pokládat ve zde projednávané věci za přiměřenou. Byť si je tedy Úřad vědom toho, že shora citovaná vyhláška byla v souvislosti s přijetím zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, zneplatněna, má Úřad za to, že úprava smluvní pokuty v ní obsažená je využitelná při úvahách o zákonnosti smluvní pokuty v šetřeném případě, kdy posiluje závěr, že ve zde projednávané věci zadavatel při stanovení smluvní pokuty nepostupoval v rozporu se zákonem.

120. K výše uvedenému Úřad dodává, že předmětná smluvní pokuta je sjednána určitě, neboť je zřetelně označeno porušení povinnosti, tj. „[v] *případě prodlení prodávajícího při plnění svého závazku kompatibility dodaného a servisovaného zboží na základě této smlouvy s identickým spotřebním materiálem minimálně od 4 různých výrobců, které budou v dané době na českém trhu nabízeny/obchodovány (...)*.“ a určitě je sjednán i způsob stanovení výše smluvní pokuty, tj. „*ve výši 5 000 Kč za každý i započatý kalendářní den a případ zvláště.*“.
121. Nad rámec shora řečeného Úřad dodává, že předmětnou smluvní pokutou zadavatel v posuzovaném případě míří na dosažení předcházení takového stavu, kdy by dodavatelé nebyli motivováni k tomu, aby v průběhu plnění šetřené veřejné zakázky prokazovali splnění požadavku zadavatele na kompatibilitu spotřebního materiálu, neboť jeho splnění již prokázali ve svých nabídkách. Neměla by tak nastat situace, že pokud v průběhu plnění veřejné zakázky klesne počet výrobců kompatibilního spotřebního materiálu pod minimální zadavatelem žádoucí počet (pod čtyři), nebude mít již vybraný dodavatel snahu provést testování dalšího spotřebního materiálu dostupného na relevantním trhu za účelem nalezení dalšího kompatibilního spotřebního materiálu tak, aby ve výsledku vždy počet kompatibilního spotřebního materiálu na trhu dosahoval alespoň 4. Lze tak uvést, že daná smluvní pokuta má plnit její utvrzovací a preventivní funkci. Současně je možno říci, že všichni potenciální dodavatelé o tom, že po nich zadavatel bude případně uhrazení smluvní pokuty požadovat, věděli předem, tzn. věděli o tom, že v jejich zájmu bude, aby se snažili o to, aby měli v rámci celého průběhu plnění veřejné zakázky zajištěnu kompatibilitu spotřebního materiálu od alespoň 4 jeho výrobců. Ostatně lze v tomto odkázat i na argumentaci zadavatele, že smluvní pokutu stanovil vzhledem k tomu, že je pro něj patřičná dostupnost kompatibilního materiálu významným faktorem (viz bod 41. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad tedy uvádí, že požadavek zadavatele na smluvní pokutu vychází z konkrétní legitimní úvahy zadavatele, a sice zvýšit jistotu nepřetržitého plnohodnotného využívání předmětu plnění veřejné zakázky, a nejde tak rozhodně o požadavek bezúčelný, jehož smyslem by bylo pouze nezákonné omezení hospodářské soutěže.
122. K tvrzení navrhovatele, že z vymezení okolností vzniku nároku na smluvní pokutu není zřejmé, kdy přesně budou splněny podmínky pro uplatnění smluvní pokuty (viz bod 16. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad opětovně odkazuje na obsah článku 6. „Smluvní sankce“ návrhu kupní smlouvy, a článku 4. „Doba plnění a ostatní ujednání“, konkrétně bodů 4.2. „Realizace servisu“ a 4.6. „Smluvní sankce“, návrhu servisní smlouvy, z nichž dle názoru Úřadu jednoznačně vyplývá, že uplatnění smluvní pokuty ze strany zadavatele v případě, kdy vybraný dodavatel přestane splňovat podmínku kompatibility jím dodávaného plnění se

spotřebním materiálem min. 4 výrobců spotřebního materiálu, nastává až po uplynutí lhůty 3 měsíců ode dne doručení písemné výzvy zadavatelem k odstranění tohoto nežádoucího stavu, pokud nebyl tento nežádoucí stav odstraněn (napraven), a současně po vyloučení objektivních okolností vedoucích k případnému vyvinění. Z právě řečeného je tudíž zřejmé, že vybraný dodavatel bude o okamžiku, kdy přestane splňovat předmětný požadavek zadavatele, za jehož neplnění mu hrozí smluvní sankce, písemně zadavatelem upozorněn, přičemž ode dne, kdy mu předmětné písemné upozornění bude doručeno, je povinen nejpozději ve lhůtě 3 měsíců sjednat nápravu či objektivně prokázat, že naplňuje zadavatelem stanovené podmínky pro vyvinění se z předmětného požadavku. Pouze tehdy, pokud ve lhůtě 3 měsíců ode dne doručení písemného upozornění zadavatelem vybraný dodavatel opětovně nesplní podmínku na zajištění kompatibility či neprokáže, že naplňuje předpoklady pro uplatnění „výjimky“ z této povinnosti dostát danému požadavku, nastává oprávnění zadavatele na aplikaci sankčního ujednání. Navrhovatelem tvrzená nejasnost o počátku uplatnění smluvní pokuty zadavatelem je tak z pohledu Úřadu námitkou ryze účelovou.

123. K pochybnostem navrhovatele, kdy bude zadavatel oprávněn předmětnou výzvu zaslat, zda i když počet výrobců spotřebního materiálu, jejichž spotřební materiál je kompatibilní s předmětem dodávaného plnění, klesne ze 3 na 2, či zda je tato eventualita součástí již započatého případu, tedy nastání situace, kdy počet výrobců spotřebního materiálu klesl ze 4 na 3 (viz bod 16. odůvodnění tohoto rozhodnutí), konstatuje Úřad následující. Z textace námítky navrhovatele Úřad usuzuje, že navrhovatel rozporuje dovětek ke smluvní pokutě uvedený v článku 6. „Smluvní sankce“ návrhu kupní smlouvy, potažmo v článku 4. „Doba plnění a ostatní ujednání“, konkrétně v bodu 4.6. „Smluvní sankce“, návrhu servisní smlouvy, a sice že pokutu ve výši 5 000,- Kč za nesplnění požadavku zadavatele na zajištění kompatibility je vybraný dodavatel povinen uhradit za každý den a **případ zvláště**. Úřad je toho názoru, že v kontextu všech zadávacích podmínek lze z logiky věci dovodit, že oním „případem zvláště“ není myšlena situace (stav), kdy počet výrobců spotřebního materiálu kompatibilního s předmětem veřejné zakázky klesne z „povinných“ 4 na 3 (a vybraný dodavatel neprokáže přiměřené úsilí vynaložené na opětovné splnění předmětného požadavku), v důsledku čehož bude povinen hradit smluvní pokutu ve výši 5 000,- Kč za každý den, přičemž v průběhu tohoto dále klesne počet výrobců ze 3 na 2 (a vybraný dodavatel neprokáže přiměřené úsilí vynaložené na opětovné splnění předmětného požadavku, resp. návratu do stavu, kdy počet výrobců spotřebního materiálu byl 3), že tímto nastane „nový případ“, a tudíž vybraný dodavatel bude povinen hradit smluvní pokutu ve výši dalších 5 000,- Kč za každý den, jak se domnívá navrhovatel. V konečném důsledku by to pak znamenalo, že by vybraný dodavatel musel, v případě, že by k určitému datu měl doloženy např. pouze dva výrobce spotřebního materiálu kompatibilního s předmětem veřejné zakázky, za naplnění určitých podmínek, hradit smluvní sankci (pokutu) v celkové výši 10 000,- Kč denně, přičemž za situace, kdy počet výrobců spotřebního materiálu ještě klesne na jednoho jediného, měl by povinnost hradit tuto smluvní pokutu již ve výsledné výši 15 000,- Kč za den.
124. Úřad se domnívá, že výše uvedený postup ve vymezení předmětných ustanovení návrhů kupní smlouvy a servisní smlouvy zadavatel neměl na mysli, nýbrž „každý případ“ nastane vždy tehdy (a pouze tehdy), pokud vybraný dodavatel přestane požadavek na zajištění kompatibility splňovat, resp. když počet výrobců kompatibilního spotřebního materiálu

klesne pod minimální úroveň (pod čtyři). Jestliže tedy počet výrobců spotřebního materiálu, jež vybraný dodavatel uvedl ve své nabídce ke splnění předmětného požadavku zadavatele, v průběhu realizace šetřené veřejné zakázky již nebude čítat 4 výrobce, nýbrž se bude jednat o počet nižší, a vybraný dodavatel neprokáže či nevyvine přiměřené úsilí k tomu, aby opětovně prokázal, že na relevantním trhu existují minimálně 4 výrobci kompatibilního spotřebního materiálu, bude povinen hradit smluvní pokutu ve výši 5 000,- Kč za každý den, a to bez ohledu na to, zda počet výrobců spotřebního materiálu dále klesl na 3 či na 2, popř. zde již dokonce nebude výrobce žádný, neboť daný požadavek vybraný dodavatel přestane splňovat od okamžiku, kdy počet výrobců, jejichž spotřební materiál je kompatibilní s předmětem veřejné zakázky, bude nižší než 4. Pod oním „případem zvláště“ si lze, dle názoru Úřadu, představit situaci, kdy vybraný dodavatel v průběhu plnění šetřené veřejné zakázky nedodržel požadavek zadavatele na kompatibilitu, pročež byl povinen hradit výše uvedenou smluvní pokutu, kdy posléze opět prokázal, že předmětný požadavek zadavatele splňuje, a tudíž povinnost hradit smluvní pokutu zanikla. Jestliže následně např. o několik měsíců později opět klesne počet výrobců kompatibilního spotřebního materiálu pod minimální zadavatelem stanovenou hranici, je vybraný dodavatel, pokud neprokáže ve lhůtě 3 měsíců ode dne doručení písemného upozornění na vzniklou situaci, že na relevantním trhu existují 4 výrobci kompatibilního spotřebního materiálu, anebo že vynaložil přiměřené úsilí k tomuto prokázání, znovu povinen hradit zadavateli smluvní pokutu. Z uvedeného je tudíž zřejmé, že „každým případem zvláště“ je myšlen opětovný pokles počtu výrobců kompatibilního spotřebního materiálu pod stanovenou minimální úroveň, ačkoliv v minulosti za vzniklou situaci byl již vybraný dodavatel penalizován. Není tím tedy myšleno to, že by měl vybraný dodavatel zadavateli platit „nových“ 5 000,- Kč vždy tehdy, jestliže počet výrobců kompatibilního spotřebního materiálu znovu poklesne, ačkoliv již ani tento „předchozí“ počet nedosahoval zadavatelem stanovené minimální úrovně (tj. např. pokles ze tří výrobců na dva). S odkazem na shora řečené tudíž Úřad výše uvedené domněnky (pochybnosti) navrhovatele odmítá.

125. Na základě všech výše uvedených skutečností proto Úřad tuto část odůvodnění uzavírá s konstatováním, že zadavatelem stanovená smluvní pokuta za nedodržení požadavku na zajištění kompatibility předmětu veřejné zakázky se spotřebním materiálem od minimálně 4 výrobců nepředstavuje nepřípustnou excesivní smluvní podmínku, a tedy není rozporná se zákonem, pročež zde nejsou dány důvody pro uložení nápravného opatření.

*K údajně netransparentnímu vymezení možnosti vyvinut se ze splnění zadavatelem stanovené podmínky týkající se smluvní pokuty*

126. Navrhovatel v návrhu konečně napadá i Úřadem již zmiňovanou možnost vyvinut se z požadavku zadavatele na zajištění kompatibility předmětu veřejné zakázky se spotřebním materiálem alespoň 4 výrobců tohoto materiálu. Navrhovatel je přesvědčen, že je zcela netransparentní a nepřípustné, aby zadavatel trval na zadávací podmínce a následně vybranému dodavateli její splnění (dodržení) svévolně odpustil (viz body 17. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu Úřad uvádí následující.
127. Jak vyplývá z dokumentace o zadávacím řízení, zadavatel stanovil v Technické specifikaci požadavek na „možnost běžně a záměně používat infuzní sety s partikulárním filtrem 15 mikronů vhodné pro použití v infuzních pumpách“, resp. „injekční stříkačky LuerLock do lineárních dávkovačů“, a to „minimálně od 4 různých výrobců, jejichž sety jsou na českém

*trhu nabízeny/obchodovány“, a to „po celou dobu provádění záručního a pozáručního servisu dodané infuzní techniky.“, přičemž současně umožnil využít z tohoto požadavku výjimku, a to za předpokladu, že „v daném konkrétním čase účastník objektivně prokáže, že nikoli vlastní vinnou nebo vinnou výrobce neměl možnost zajistit naplnění této podmínky při vynaložení přiměřeného úsilí (...)“, kdy toto je povinen vybraný dodavatel zadavateli objektivně prokázat (viz bod 73. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K uvedenému Úřad sděluje, že tato možnost vyvinění se, resp. její úprava, je, jak již Úřad dovodil shora, podmínkou smluvní, což ostatně dokládá skutečnost, že ji zadavatel uvedl shodně jak v článku 5. „Odpovědnost za vady zboží“ návrhu kupní smlouvy, tak i v článku 4. „Doba plnění a ostatní ujednání“, konkrétně v bodu 4.2. „Realizace servisu“, návrhu servisní smlouvy; skutečnost, že se jedná o smluvní podmínku, v dalším potvrzuje i fakt, že tato nijak nevymezuje technické požadavky poptávaného předmětu plnění veřejné zakázky.*

128. Ve vztahu ke smluvním podmínkám Úřad předně odkazuje na bod 109. odůvodnění tohoto rozhodnutí, z něhož vyplývá, že možnost Úřadu vyjadřovat se ke smluvním, resp. obchodním podmínkám je omezená, avšak nikoliv zcela vyloučená. V kompetenci Úřadu je tak posoudit, zda smluvní, resp. obchodní podmínky jsou skutečně přiměřené požadovanému cíli a nepředstavují exces či neúnosné narušení některého ze základních principů (zásad) zákona vymezených v § 6 zákona.
129. Úřad dále konstatuje, že zákon konkrétně nestanoví, jaké smluvní podmínky mají být obsaženy ve smlouvě, která bude uzavřena na realizaci předmětu plnění veřejné zakázky. Vymezení smluvních podmínek tudíž zákon ponechává na uvážení zadavatele, neboť právě ten má nejlepší povědomí o tom, co a za jakých podmínek potřebuje. Záleží tak na zadavateli, jaké požadavky, které nejsou povinné podle zákona, uvede či neuvede v zadávací dokumentaci a jakým způsobem si stanoví rozsah smluvních podmínek. Tento volný prostor, jak již bylo ostatně zdůrazněno výše, však není neomezený a libovolný, neboť zadavatel je při tomto povinen dbát zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, popř. dalších výslovných omezení stanovených zákonem.
130. Ve světle shora řečeného, tedy že smluvní podmínky mohou být za nezákonné považovány fakticky pouze tehdy, jsou-li zjevně excesivní, přistoupil Úřad k posouzení toho, zda smluvní podmínka, jež umožňuje vybranému dodavateli vyvinut se z požadavku na zajištění kompatibility, byla stanovena natolik excesivně, že jejím následkem (průvodním jevem) bylo zabránění účasti potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení, popř. že by jiným způsobem negativně zasáhla do procesu zadávání předmětné veřejné zakázky. Tu Úřad znovu poznamenává, že posouzení toho, zda konkrétní smluvní podmínka formulovaná zadavatelem je ještě souladná se zákonem, či zda již naopak vykazuje zjevnou nepřiměřenost, je vždy odvislé od skutkových okolností příslušného případu (zadávacího řízení). Úřad pečlivě přezkoumal předmětnou navrhovatelem zpochybňovanou smluvní podmínku, přičemž dospěl k závěru, že ji nelze považovat za smluvní podmínku zjevně excesivní, tzn. za takovou, která by odporovala základním zásadám zadávacího řízení podle § 6 zákona, nýbrž se dle názoru Úřadu jedná o zcela standardní smluvní podmínku zadavateli běžně užívanou. Současně Úřad přistoupil i k posouzení toho, zda je daná smluvní podmínka srozumitelná, tzn. zda byli dodavatelé dostatečně srozuměni s podmínkami následného plnění, kdy i v tomto ohledu má Úřad za to, že tato smluvní podmínka, resp. její formulace odpovídá požadavkům zákona. K tomu Úřad uvádí následující.

131. Úřad na tomto místě opakuje, že na požadavky zadavatele uvedené v zadávací dokumentaci, jež se vztahují k předmětu plnění veřejné zakázky, tedy i ke smluvním podmínkám, nelze nazírat izolovaně, nýbrž je nutné na ně nahlížet v celkovém kontextu všech zadávacích podmínek, tj. všech požadavků zadavatele a informací uvedených v zadávací dokumentaci a dalších dokumentech obsahujících vymezení poptávaného předmětu plnění konkrétní veřejné zakázky. Zadávací dokumentaci je tak nutné „vykládat“ jako ucelený soubor požadavků na předmět plnění veřejné zakázky, které na sebe vzájemně navazují, prolínají se a doplňují se. Z výkladu jak Technické specifikace, tak i dotčených článků návrhů kupní a servisní smlouvy lze dovodit, že zadavatel požaduje, aby nejen v době podání nabídek, potažmo rozhodování zadavatele o výběru dodavatele, ale i v průběhu plnění samotné veřejné zakázky, tedy i v době provádění záručního a pozáručního servisu, vybraný dodavatel prokazoval, že jím nabízený (dodávaný) předmět plnění umožňuje kompatibilitu se spotřebním materiálem minimálně od 4 různých výrobců, jejichž spotřební materiál je na trhu nabízen. Zadavatel přitom v zadávací dokumentaci výslovně uvedl, že pokud předmětný požadavek v průběhu plnění veřejné zakázky vybraný dodavatel přestane splňovat, má 3 měsíce, od dne, kdy bude na tuto skutečnost zadavatelem upozorněn, na opětovné prokázání tohoto požadavku. Zadavatel však současně připustil, že tento požadavek není závazný (a nebude tedy na základě něj uplatňována smluvní pokuta) v případě, že v daném konkrétním čase vybraný dodavatel prokáže, že ne vlastní vinou nebo vinou výrobce nemůže předmětný požadavek splnit, a současně, že k jeho splnění vynaložil přiměřené úsilí. Jako typický příklad této situace pak zadavatel uvedl nedostatečný počet dotčeného druhu spotřebního materiálu na českém trhu od různých výrobců, v důsledku čehož nemůže vybraný dodavatel prokázat, že jím dodávaný předmět plnění je kompatibilní se 4 druhy spotřebního materiálu nabízeného na relevantním trhu (viz body 75. a 78. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Tuto skutečnost ostatně zadavatel následně potvrdil rovněž ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 9, v níž explicitně sdělil, že „[p]okud například z důvodu ukončení výroby spotřebního materiálu (...) dojde (...) ke snížení počtu druhů infuzních setů pod takto stanovenou minimální úroveň, je účastník povinen naplnění této podmínky opětovně zajistit, a to např. prostřednictvím testování dalšího spotřebního materiálu od jiného výrobce“, přičemž vyvinutí se z tohoto požadavku lze „[p]ouze v situacích, kdy např. na základě výsledku testování spotřebních materiálů jiných výrobců se prokáže nevhodnost použití tohoto materiálu v dané infuzní technice, výrobci spotřebního materiálu neposkytnou účastníkovi přiměřenou součinnost k provedení testování nebo na trhu nebude v daném čase žádný jiný spotřební materiál od jiného výrobce, který by mohl být v infuzní technice používán za podmínek stanovených pro český trh, tzn. účastník nebude schopen v daném čase objektivně zajistit naplnění stanoveného požadavku z důvodu nedostupnosti odpovídajícího materiálu pro použití na českém trhu (...).“, avšak tato výjimka platí „pouze do doby, než na trh bude uveden/dodán jiný spotřební materiál (do té doby netestovaný) splňující podmínky použití na českém trhu.“ (viz bod 81. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
132. Z výše uvedeného tudíž z pohledu Úřadu nelze dovozovat, že vyvinutí se, resp. dočasné „odpuštění“ povinnosti požadavek na kompatibilitu splňovat, závisí na libovůli zadavatele, jak tvrdí navrhovatel. Úřad není toho názoru, že by si zadavatel začleněním předmětné výjimky do zadávací dokumentace vytvořil prostor pro svévolné rozhodování, kdo a kdy je požadavek na zajištění kompatibility předmětu veřejné zakázky se spotřebním materiálem alespoň 4 výrobců povinen splňovat pod hrozbou sankce za její nesplnění. Lze si stěžít

představit, že v důsledku formulace výjimky ze splnění předmětného požadavku v zadávací dokumentaci by si zadavatel mohl jen dle vlastního uvážení rozhodovat, kterému z dodavatelů, který se stane vybraným dodavatelem, „odpustí“ povinnost předmětný požadavek splňovat, a kterému nikoliv. Naopak, v kontextu všech zadávacích podmínek je zřejmé, že připuštění této výjimky je možné pouze při nastání určitých a předem daných situací. Skutečnost, že zadavatel při formulaci předmětné výjimky neuvedl v zadávacích podmínkách taxativní výčet těchto situací, nelze považovat za netransparentní, neboť dle Úřadu není v silách zadavatele předjímat veškeré možné eventuality, jež mohou při snaze o opětovné prokázání splnění požadavku na zajištění kompatibility ze strany vybraného dodavatele nastat, a které opravňují k aplikaci této výjimky. Zadavatel v zadávacích podmínkách uvedl několik příkladů, při jejichž nastání bude vybranému dodavateli umožněno vyvinut se z povinnosti splňovat požadavek zadavatele na kompatibilitu dodávaného předmětu veřejné zakázky se spotřebním materiálem od alespoň 4 výrobců tohoto materiálu, a to po dobu nezbytně nutnou, tedy např. než na relevantní trh bude uveden nový spotřební materiál, které potenciálním dodavatelům poskytují, dle přesvědčení Úřadu, dostatečnou představu, za jakých situací nebude vybraný dodavatel povinen smluvní pokutu hradit. Zadávací podmínky tak poskytují potenciálním dodavatelům jasnou informaci o tom, že zadavatel zásadně požaduje splnění předmětného požadavku na zajištění kompatibility po celou dobu plnění veřejné zakázky, přičemž pouze ve výjimečných případech, jež vybraný dodavatel nemůže ovlivnit, mu je umožněno se z tohoto požadavku (povinnosti) vyvinut. Argument navrhovatele o netransparentnosti předmětné výjimky a o svévoli zadavatele při jejím uplatňování je tak z pohledu Úřadu zcela irelevantní. Nad rámec výše uvedeného Úřad dodává, že předmětná výjimka byla pro všechny potenciální dodavatele v zadávacích podmínkách stanovena shodně. Lze současně uvést, že v praxi by mohl být v podstatě každý zadavatel nařčen, pokud do zadávacích podmínek zakotví určitou výjimku, z toho, že tuto výjimku bude uplatňovat selektivně. Úřad nemá za to, že by měl ve zde projednávané věci zadavatel zájem shora specifikovanou výjimku aplikovat pouze ve vztahu k „nějak“ privilegovanému vybranému dodavateli, a to i s přihlédnutím k tomu, že zadavatel chce mít zajištěnu kontinuálnost plnohodnotného využívání předmětu veřejné zakázky, k čemuž je zapotřebí kompatibilní spotřební materiál, jak zadavatel ostatně opakovaně upozornil, kdy „svévolné“ uplatňování této výjimky by tuto potřebu zadavatele ve své podstatě popíralo. Úřad tudíž daný argument navrhovatele jako spekulativní odmítá.

133. Současně ani námitku navrhovatele, že dodavatel nikdy nemůže mít jistotu, zda jím vynaložené úsilí na zajištění požadavku na kompatibilitu spotřebního materiálu bude zadavatelem vyhodnoceno jako „přiměřené“ (viz bod 18. odůvodnění tohoto rozhodnutí), nepovažuje Úřad za opodstatněnou. Úřad připouští, že byť pojem „přiměřené“ je do jisté míry pojmem neurčitým, jedná se z pohledu Úřadu o standardně používanou formulaci v právní terminologii. Kupříkladu v § 966 odst. 2 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, je uvedeno „*Pěstoun při výchově dítěte vykonává **přiměřeně** povinnosti a práva rodičů.*“, či podle § 1353, věty druhé, citovaného zákona „*Stane-li se činem zástavního dlužníka dostatečná jistota zástavního věřitele nedostatečnou nebo sníží-li se nedostatečná jistota, zástavní dlužník ji **přiměřeně** doplní.*“. Jako další příklad Úřad uvádí § 60 odst. 3 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů, v němž se uvádí, že „*Škola nebo školské či vzdělávací zařízení jsou oprávněny požadovat, aby*

*jim autor školního díla z výtvarného díla jím dosaženého v souvislosti s užitím díla či poskytnutím licence podle odstavce 2 **přiměřeně** přispěl na úhradu nákladů, které na vytvoření díla vynaložily (...)*. Tento pojem je přitom často využíván i v ustanoveních samotného zákona, tj. zákona o zadávání veřejných zakázek, kdy např. v § 40 odst. 1, větě třetí, zákona se uvádí „Zadávací lhůta musí být stanovena **přiměřeně** s ohledem na druh zadávacího řízení a na předmět veřejné zakázky.“, či v § 73 odst. 6 zákona se uvádí „Pokud zadavatel požaduje prokázání ekonomické nebo technické kvalifikace, musí v zadávací dokumentaci **přiměřeně** vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky stanovit a) která kritéria ekonomické nebo technické kvalifikace požaduje a b) minimální úroveň pro jejich splnění.“. Z právě uvedeného je tudíž zřejmé, že formulace povinností pomocí pojmu „přiměřeně“ není v českém právním řádu ničím neobvyklým, zákon o zadávání veřejných zakázek nevyjímá. Pakliže tedy zadavatel v šetřeném případě požadoval (stanovil), aby vybraný dodavatel v případě, kdy přestane splňovat podmínku, aby jím nabízený předmět plnění byl kompatibilní se spotřebním materiálem alespoň 4 výrobců tohoto materiálu, vynaložil „přiměřené úsilí“ k opětovnému splnění této podmínky, nelze uvedenou formulaci považovat za nejasný a nerovný přístup k potenciálním dodavatelům, jak argumentuje navrhovatel. Pokud by Úřad připustil, že formulace „přiměřené úsilí“ vyvolává nerovnost a libovůli v jednání zadavatele, musel by rovněž konstatovat, že i samotný zákon ve výše citovaných ustanoveních dává prostor k nerovnému přístupu orgánu dohledu, čili Úřadu, k jednotlivým zadavatelům, což je zcela absurdní. Sousedství „přiměřené úsilí“ užití zadavatelem tak v žádném případě nezpůsobuje netransparentnost a tím i nezákonnost posuzovaného zadávacího řízení.

134. Nadto Úřad opětovně sděluje, že zadavatel jak v Technické specifikaci, tak v návrzích kupní a servisní smlouvy, stejně tak i ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 9, vytvořil pro potenciální dodavatele uvedením konkrétních příkladů představu o tom, co bude pokládat za přiměřené úsilí vynaložené ke splnění jeho požadavku na zajištění kompatibility, resp. jakým způsobem bude vybraný dodavatel ono přiměřené úsilí prokazovat, když v Technické specifikaci uvedl, že nemožnost splnění předmětného požadavku bude vybraný dodavatel prokazovat např. výsledkem provedených testů spotřebního materiálu od jiných výrobců, přičemž v návrhu kupní, resp. servisní smlouvy pak uvedl, že tato výjimka přestává být platnou, pokud na relevantním trhu dojde ke změně podmínek tak, aby tento požadavek mohl být splněn, což objasnil ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 9, kde sdělil, že vybraný dodavatel bude po celou dobu realizace předmětné veřejné zakázky povinen za účelem splnění stanoveného požadavku provádět testování spotřebního materiálu jiných výrobců. Z uvedeného lze tudíž dovodit, že vynaložení „přiměřeného úsilí“ ke splnění požadavku na zajištění kompatibility bude vybraný dodavatel prokazovat především výsledky testování spotřebního materiálu, jež bude zadavateli předkládat vždy, když požadavek na zajištění kompatibility přestane splňovat. Z pohledu Úřadu si lze jen stěží představit situaci, kdy vybraný dodavatel za účelem zajištění splnění předmětného požadavku provede testování všech na trhu dostupných spotřebních materiálů, avšak žádný kompatibilní spotřební materiál nenalezne, přičemž mu zadavatel naúčtuje sankci za neplnění jeho závazku kompatibility s odkazem na to, že nevynaložil přiměřené úsilí. Samozřejmě za předpokladu, že na relevantním trhu nebude žádný spotřební materiál k testování dostupný, nebo výrobce spotřebního materiálu neposkytne součinnost k provedení testování kompatibility jeho výrobků, nebude vybraný dodavatel předkládat výsledky testů, nýbrž prokáže neexistenci



spotřebního materiálu či neposkytnutí předmětné součinnosti ze strany výrobce spotřebního materiálu. Úřad má za to, že dodavatel, jenž se na relevantním trhu v této oblasti pohybuje, bude schopen z kontextu zadávací dokumentace dovodit a utvořit si představu, jakým způsobem bude přiměřené úsilí ke splnění požadavku na zajištění kompatibility v průběhu plnění šetřené veřejné zakázky prokazovat. Vycházeje z výše uvedených zjištění tedy Úřad nemůže souhlasit s argumentem navrhovatele stran libovůle zadavatele při posuzování přiměřenosti vynaloženého úsilí na opětovné prokázání splnění požadavku na zajištění kompatibility předmětu veřejné zakázky se spotřebním materiálem alespoň 4 výrobců tohoto materiálu z důvodu neurčitosti tohoto pojmu.

135. Ve vztahu k argumentaci navrhovatele, že pro aplikaci možného vyvinění se ze splnění předmětného požadavku zadavatele není zřejmé, zda se má (může jednat) o vinu na straně výrobce infuzní techniky, nebo na straně výrobce spotřebního materiálu, přičemž zadavatel tuto nejasnost neosvětlil ani v rozhodnutí o námitkách (viz bod 19. odůvodnění tohoto rozhodnutí), sděluje Úřad následující. Ze zadávací dokumentace je zřejmé, že požadavek na zajištění kompatibility předmětu plnění veřejné zakázky, tj. infuzní techniky, není závazný, pokud „*v daném konkrétním čase účastník objektivně prokáže, že nikoli vlastní vinnou nebo vinnou výrobce neměl možnost zajistit naplnění této podmínky při vynaložení přiměřeného úsilí (např.: nedostatečný počet dotčeného druhu spotřebního materiálu na českém trhu od různých výrobců, který by umožňoval naplnění této podmínky).*“ (viz bod 73. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jak již Úřad uvedl na několika místech odůvodnění tohoto rozhodnutí, na požadavek na zajištění kompatibility, stejně tak i na podmínky upravující předpoklady pro vyvinění se z daného požadavku, je nutné nahlížet jako na jednotný celek, čili jako na „sumu“ informací, jež jsou vzájemně provázány, a které proto nelze interpretovat izolovaně. K otázce (pochybnostem) navrhovatele, zda pro aplikaci výjimky ze splnění požadavku na zajištění kompatibility se má (může) jednat o vinu na straně výrobce infuzní techniky, či o vinu na straně výrobce spotřebního materiálu, Úřad konstatuje, že z Technické specifikace, jakož i z návrhů kupní a servisní smlouvy, je zřejmé, že vybranému dodavateli bude plnění předmětného požadavku „odpuštěno“, pokud vznikne překážka na straně výrobce spotřebního materiálu, kterou vybraný dodavatel nemůže nikterak ovlivnit. V souvislosti s právě řečeným Úřad odkazuje na to, že zadavatel v předmětných pasážích zadávací dokumentace výslovně uvedl příklad: „*nedostatečný počet dotčeného druhu spotřebního materiálu na českém trhu od různých výrobců, který by umožňoval naplnění této podmínky (...).*“. Výše učiněný závěr Úřadu, a sice že k případné aktivaci „vyvinění“ vybraného dodavatele z požadavku zadavatele na zajištění kompatibility zde musí existovat (být dána) vina na straně výrobce spotřebního materiálu, pak zadavatel fakticky potvrdil i ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 9, v níž mj. výslovně uvedl, že „*na základě výsledku testování spotřebních materiálů jiných výrobců se prokáže nevhodnost použití tohoto materiálu v dané infuzní technice, výrobci spotřebního materiálu neposkytnou účastníkovi přiměřenou součinnost k provedení testování nebo na trhu nebude v daném čase žádný jiný spotřební materiál od jiného výrobce, který by mohl být v infuzní technice používán za podmínek stanovených pro český trh, tzn. účastník nebude schopen v daném čase objektivně zajistit naplnění stanoveného požadavků z důvodu nedostupnosti odpovídajícího materiálu pro použití na českém trhu (...).*“. Všechny shora uvedené příklady tak z pohledu Úřadu zřetelně osvětlují tvrzené nejasnosti navrhovatele, a to v tom smyslu, že vyvinět se z požadavku zadavatele na zajištění kompatibility je možné i za předpokladu, že v průběhu

realizace veřejné zakázky vyvstanou překážky na straně výrobců spotřebního materiálu, které, z logiky věci, dodavatel infuzní techniky ovlivnit nemůže.

136. Pokud jde o vinu na straně „výrobce infuzní techniky“, kterou zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 26. 2. 2018 zmínil (viz bod 46. odůvodnění tohoto rozhodnutí), pak Úřad sděluje následující. Úřad na tomto místě opakuje, že předmět veřejné zakázky zahrnuje jednak samotnou dodávku, resp. postupnou výměnu infuzních pump a lineárních dávkovačů za nové, a dále i poskytování záručního a pozáručního servisu. Z předmětného vyjádření zadavatele vyplývá, že dodavatelem předmětu plnění veřejné zakázky může být jak výrobce infuzní techniky, tak i „pouhý“ distributor této techniky. Ačkoliv navrhovatel v podaném návrhu tvrdí, že tímto dodavatelem může být pouze distributor, který je patrně častějším účastníkem obdobných zadávacích řízení, Úřad vyjadřuje souhlas se zadavatelem, neboť na žádném místě zadávací dokumentace, ani jinde, není uvedeno, že by se zadávacího řízení nemohl účastnit samotný výrobce předmětu plnění veřejné zakázky, tj. výrobce infuzní techniky. Nadto navrhovatel tento svůj argument ani nijak nepodložil. Úřad nicméně konstatuje, že v případě, že infuzní techniku bude dodávat distributor, tj. pokud veřejnou zakázku bude realizovat osoba odlišná od výrobce infuzní techniky, lze důvodně očekávat, že obchodní vztah mezi distributorem a výrobcem předmětu plnění (infuzní techniky) bude patřičně zasmluvněn. Toto „očekávání“ pak dle názoru Úřadu zakomponoval zadavatel do formulace předmětné podmínky týkající se vyvinění. Byť podmínka upravující vyvinění se z předmětného požadavku je jako celek primárně zaměřena na zavinění výrobce (výrobců) spotřebního materiálu, ať už v důsledku jejich neexistence na trhu či neposkytnutím součinnosti pro provedení testování kompatibility jimi nabízeného spotřebního materiálu s dodávaným předmětem plnění veřejné zakázky, zadavatel formulací dané podmínky současně vyjádřil zájem na tom, aby vybraný dodavatel v pozici distributora, pokud při plnění předmětu veřejné zakázky bude „figurovat“ i třetí osoba, tedy kromě zadavatele a vybraného dodavatele i samotný výrobce předmětu veřejné zakázky, obchodní vztah s výrobcem infuzní techniky ošetřil a vyvaroval se tak případným budoucím komplikacím v průběhu plnění veřejné zakázky z důvodu neposkytnutí součinnosti ze strany daného výrobce. Jak uvedl zadavatel ve svém vyjádření k návrhu, výrobce infuzní techniky je ten, kdo je oprávněn určit, jaký spotřební materiál je možné pro jím vyráběnou infuzní techniku používat, a tudíž za účelem zajištění splnění zadavatelem stanoveného požadavku je nezbytná součinnost výrobce infuzní techniky (viz opětovně bod 46. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z uvedeného lze tudíž dovodit, že zadavatel, coby odběratel infuzní techniky a v budoucnu patrně i příslušného spotřebního materiálu, má zájem na tom, aby vybraný dodavatel, který bude „pouhým“ distributorem předmětu plnění veřejné zakázky (tj. infuzní techniky), vyvinul snahu o zajištění poskytování součinnosti ze strany výrobce této infuzní techniky ještě před podáním nabídky, tedy, zjednodušeně řečeno, před nabídnutím výrobků tohoto výrobce k distribuci, kdy tuto součinnost si může kupříkladu zasmluvnit, zatímco „obstarat“, tj. zasmluvnit, existenci spotřebního materiálu na relevantním trhu u 4 výrobců po celou dobu plnění záručního a pozáručního servisu s tím, že jej zadavatel v budoucnu „možná“ bude nakupovat, není jistě pro žádnou ze smluvních stran výhodné. Jak navrhovatel dovodil ze smluvních podmínek, minimální doba, po níž by měl vybraný dodavatel plnit závazek na zajištění kompatibility, činí, s ohledem na možnost ukončení servisní smlouvy, více než 10 let. Pokud by zadavatel požadoval, aby si vybraný dodavatel požadavek na zajištění kompatibility předmětu veřejné zakázky se spotřebním materiálem alespoň 4

výrobců tohoto spotřebního materiálu zasmluvnil, musel by vybraný dodavatel zajistit, že minimálně 4 výrobci spotřebního materiálu budou po celou dobu trvání servisní smlouvy, tj. po dobu delší než 10 let, dodávat na relevantní trh své výrobky, které budou kompatibilní s předmětem šetřené veřejné zakázky. Pro vybraného dodavatele by to, z logiky věci, představovalo vynaložení dodatečných nákladů na zajištění tohoto požadavku, jež by musel výrobci spotřebního materiálu uhradit jako protislužbu za garanci dodávání jeho výrobků, tj. spotřebního materiálu, na relevantní trh po dobu více než 10 let. Tyto náklady jsou pak umocňovány počtem výrobců spotřebního materiálu, který činí dle zadávacích podmínek alespoň 4. Z pohledu výrobce spotřebního materiálu pak uzavření smlouvy na garanci dodávek jeho výrobků na relevantní trh po určitou dobu znamená závazek, že za určitou úplatu je povinen garantovat, že jeho výrobky budou na trh dodávány po dobu více než 10 let. Vzhledem ke skutečnosti, že již samotné podnikání je rizikovou oblastí, jež závisí na různých vnějších faktorech, kupříkladu na ekonomických či technologických faktorech, na existenci nově vstupující konkurence na trh, na existenci substitučních výrobků apod., nelze rozumně deklarovat (zaručit), že příslušný výrobce spotřebního materiálu bude po tak dlouhou dobu dodávat určité „jedny a ty samé“ výrobky na trh, aniž by zde neexistovalo značné riziko, že neukončí svoji činnost, neobmění portfolio svých výrobků apod. Pro výrobce spotřebního materiálu by tudíž dodržení tohoto závazku znamenalo podstupovat po celou dobu trvání dané smluvní podmínky enormní míru rizika. Existence rizika, že nebude dodržena garance dodávky spotřebního materiálu na trh po vymezenou dobu, je přitom naopak z pohledu vybraného dodavatele umocňována počtem výrobců, které by byl vybraný dodavatel povinen zasmluvnit, neboť pravděpodobnost nedodržení smluvního závazku se s počtem subjektů, jež mají předmětný závazek společně dodržet, zvyšuje. S ohledem na výše uvedené lze proto konstatovat, že zajištění poskytování součinnosti při plnění zadavatelem stanovené smluvní podmínky na kompatibilitu předmětu veřejné zakázky se spotřebním materiálem alespoň 4 výrobců je vhodné „ošetřit“ s výrobcem této infuzní techniky a nikoliv s výrobcem spotřebního materiálu, neboť zasmluvnění s výrobcem spotřebního materiálu by bylo pro obě strany, tj. jak pro vybraného dodavatele, tak i pro výrobce spotřebního materiálu, přinejmenším neekonomické. Nadto Úřad dodává, že zadavatel toto ani v zadávacích podmínkách po dodavatelích veřejné zakázky nepožadoval.

137. Na základě všech výše uvedených skutečností proto Úřad konstatuje, že ani v případě vymezení možnosti vyvinut se ze splnění zadavatelem stanovené podmínky týkající se smluvní pokuty za neplnění požadavku na kompatibilitu dodávaného předmětu plnění se spotřebním materiálem alespoň 4 výrobců zadavatel zákon neporušil.
138. Úřad pro úplnost doplňuje, že nepřistoupil k provedení navrhovatelem navržených důkazů (viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a to vzhledem k tomu, že návrh na jejich provedení byl ze strany navrhovatele předložen až po uplynutí k tomu zákonem stanovené lhůty (viz § 251 odst. 1 ve spojení s § 251 odst. 4 a 5 zákona), přičemž se nadto nejednalo ani o návrh důkazů, jimiž by měla být zpochybněna věrohodnost podkladů pro vydání rozhodnutí, a proto Úřad nepovažoval za potřebné tyto navrhovatelem navržené důkazy provést.
139. Ve světle všech shora uvedených skutečností a v souvislosti se všemi zjištěnými poznatky tudíž Úřad uzavírá, že v šetřeném případě neshledal u postupů zadavatele namítaných

navrhovatelem důvody pro uložení nápravného opatření, a proto podle § 265 písm. a) zákona rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí a návrh navrhovatele zamítl.

#### **K výroku II. tohoto rozhodnutí**

140. Navrhovatel v návrhu dále mj. uvádí, že zadavatel v čl. 5. „Odpovědnost za vady zboží“ návrhu kupní smlouvy a dále v čl. 4.2. „Realizace servisu“ návrhu servisní smlouvy stanovil, že *„(...) je poskytovatel povinen zajistit splnění tohoto požadavku (požadavku na kompatibilitu spotřebního materiálu, pozn. Úřadu) nejpozději do 3 měsíců ode dne, kdy bude poskytovateli doručeno ze strany objednatele písemné upozornění na neplnění této povinnosti, nedohodnou-li se smluvní strany jinak (...)“*. Navrhovatel má za to, že formulace *„nedohodnou-li se smluvní strany jinak“* vytváří prostor pro zvůli zadavatele, neboť zadavatel se může s vybraným dodavatelem např. dohodnout tak, že tento nebude povinen předmětný požadavek vůbec splnit, v důsledku čehož zadávací podmínky trpí nezákonností (viz bod 21. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu Úřad uvádí následující.
141. Podle § 241 odst. 1 zákona může podat námitky dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma.
142. Podle § 241 odst. 2 zákona se námitky podle odstavce 1 podávají písemně a lze je podat proti
  - a) všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek,
  - b) volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, nebo
  - c) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.
143. Podle § 242 odst. 1 zákona není-li dále uvedeno jinak, musí být námitky doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem; námitky nelze podat po uzavření smlouvy nebo poté, co se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
144. Podle § 242 odst. 2 zákona námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.
145. Podle § 251 odst. 4 zákona náležitosti návrhu podle odstavce 1 věty první a druhé nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány s výjimkou odstranění nedostatků návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem; Úřad k takovým změnám a doplněním nepřihlíží. K novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách podaných zadavateli přihlédne Úřad jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli; navrhovatel je povinen prokázat, že jde o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli.
146. Úřad podle ustanovení § 257 písm. h) zákona zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.

147. Úřad po posouzení obsahu námitek navrhovatele ze dne 22. 1. 2018 dospěl k závěru, že v nich není uvedena námitka týkající se toho, že vybraný dodavatel je povinen zajistit splnění požadavku zadavatele na to, aby veškeré servisované zboží dodávané na základě smlouvy na veřejnou zakázku bylo kompatibilní s identickým spotřebním materiálem minimálně od 4 různých výrobců, které budou v dané době na českém trhu nabízeny/obchodovány, nejpozději do 3 měsíců ode dne, kdy mu bude zadavatelem doručeno písemné upozornění na neplnění této povinnosti, „*nedohodnou-li se smluvní strany jinak*“, jež zadavatel stanovil v čl. 5. „Odpovědnost za vady zboží“ návrhu kupní smlouvy a v čl. 4. „Doba plnění a ostatní ujednání“, konkrétně v bodě 4.2. „Realizace servisu“ návrhu servisní smlouvy. Úřad konstatuje, že předmětnými námitkami navrhovatel mj. brojil i proti úpravě možného vyvinění se vybraného dodavatele ze splnění požadavku zadavatele na zajištění kompatibility dodávaného předmětu plnění se spotřebním materiálem od alespoň 4 výrobců (k tomu v podrobnostech viz závěry Úřadu ve vztahu k odůvodnění výroku I. tohoto rozhodnutí). Avšak námitku ohledně formulace zadavatele „*nedohodnou-li se smluvní strany jinak*“ uvádí navrhovatel až ve svém návrhu doručeném Úřadu dne 16. 2. 2018.
148. Jelikož je z jazykového výkladu ustanovení § 257 písm. h) zákona podání řádných a včasných námitek podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele v téže věci, je Úřadu zřejmé, že navrhovatel nesplnil zákonnou podmínku pro podání návrhu. Z uvedeného důvodu rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí, a řízení v části návrhu ze dne 16. 2. 2018 týkající se formulace zadavatele „*nedohodnou-li se smluvní strany jinak*“ uvedené v čl. 5. „Odpovědnost za vady zboží“ návrhu kupní smlouvy a v čl. 4. „Doba plnění a ostatní ujednání“, konkrétně v bodě 4.2. „Realizace servisu“ návrhu servisní smlouvy, zastavil, neboť návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.
149. K tvrzení navrhovatele, že jeho argumentace týkající se údajné netransparentní formulace zadavatele „*nedohodnou-li se smluvní strany jinak*“ nepředstavuje ani novou skutečnost ve smyslu § 251 odst. 4 zákona, nýbrž se jedná pouze o reakci na vyjádření zadavatele k námitce ad 3) na straně č. 9 rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 7. 2. 2018 (viz bod 62. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad pouze ve stručnosti uvádí, že shora uvedená formulace představuje samostatnou zadávací resp. smluvní podmínku, a proto vůči ní měl navrhovatel, pokud ji pokládá za rozpornou se zákonem, brojit samostatnými námitkami. Fakt, že takto navrhovatel nepostupoval, nelze zhojit (překlenout) tvrzením, že se jednalo o „pouhou“ reakci na argumentaci zadavatele obsaženou v jeho rozhodnutí o námitkách. Nelze tedy konstatovat jinak, než že předmětné části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, tj. tato část návrhu nespĺňuje požadavky zákona týkající se uplatnění námitek.
150. Vzhledem k výše uvedenému tedy Úřad uzavírá, že správní řízení ve věci části návrhu navrhovatele ze dne 16. 2. 2018 týkající se formulace zadavatele „*nedohodnou-li se smluvní strany jinak*“, užitě zadavatelem v čl. 5. „Odpovědnost za vady zboží“ návrhu kupní smlouvy a v čl. 4. „Doba plnění a ostatní ujednání“, konkrétně v bodě 4.2. „Realizace servisu“ návrhu servisní smlouvy, podle ustanovení § 257 písm. h) zákona zastavil tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

## POUČENÍ

Proti výroku I. tohoto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

Proti výroku II. tohoto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Rozklad nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu odkladný účinek.

Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

### 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