

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

V Praze dne 28.7.2019

Č. VZ.: Z2019-010339
Sp. číslo: VZ-2019-000124

Navrhovatel: PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s. IČ: 25099019
se sídlem Juárezova 17, 160 00 Praha 6
zastoupena Pavlem Hanušem, předsedou představenstva

Zastoupen: Mgr. Martinou Slaninovou, advokátkou, ev. č. ČAK: 10325
se sídlem Na Rokytce 1081/8, 180 00 Praha 8

Zadavatel: Fakultní nemocnice Olomouc, IČ: 00098892
se sídlem I.P. Pavlova 185/6, 779 00 Olomouc
zastoupený prof. MUDr. Romanem Havlíkem, Ph.D., ředitelem
kontaktní osoba Ing. Pavel Dočkal, oddělení veřejných zakázek

NÁVRH NA PŘEZKOUMÁNÍ ÚKONŮ ZADAVATELE

v zadávacím řízení realizovaném k zadání veřejné zakázky s názvem
„Vyšetřovací a operační rukavice“

Přílohy: *Plná moc*
Dále dle textu

I.

Identifikace řízení

1. Fakultní nemocnice Olomouc, IČ: 00098892, se sídlem I.P. Pavlova 185/6, 779 00 Olomouc (dále jako „Zadavatel“) jakožto zástupce účastníků společného zadávání ve smyslu § 7 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jako „ZZVZ“) zadala nadlimitní veřejnou zakázku na dodávky podle § 14 odst. 1 ZZVZ, č. VZ: Z2019-010339 (dále jako „VZ“).
2. Účastníky společného zadávání jsou vedle Zadavatele dále:
 - i. Fakultní nemocnice Hradec Králové, se sídlem Sokolovská 581, 500 05, Hradec Králové – Nový Hradec;
 - ii. Nemocnice Na Bulovce, se sídlem Budínova 67/2, 180 00 Praha 8;
 - iii. Fakultní nemocnice Brno, se sídlem Jihlavská 20, 625 00 Brno;
 - iv. Fakultní nemocnice Plzeň, se sídlem Edvarda Beneše 1128/13, 305 99 Plzeň – Bory;
 - v. Fakultní nemocnice v Motole, se sídlem V Úvalu 84, 150 06 Praha 5;
 - vi. Thomayerova nemocnice, se sídlem Vídeňská 800, 140 59 Praha 4 – Krč

II.

Podání námitek Zadavateli a procesní podmínky

3. Podání námitek

Navrhovatel podal dne 4.7.2019 námitky proti zadávacím podmínkám VZ. Námitky byly dne 10.7.2019 doručeny zástupci společných zadavatelů.

Důkaz: *Doklad o doručení námitek zadavateli (doručenka)*

4. Obsah námitek

Navrhovatel v námitkách namítal porušení ustanovení ZZVZ ve formě rozporu zadávacích podmínek se zásadami zadávání veřejných zakázek, a to zejména tím, že Zadavatel sloučil účastníky společného zadávání (zadavatele), z nichž někteří představují pro Navrhovatele a další zájemce o VZ velké podnikatelské riziko, neboť nejsou dlouhodobě schopni dodržovat smluvní podmínky týkající se úhrady pravidelně přijímaných plnění. Zadavateli je vzhledem k prostředí, v němž působí, známo, že někteří účastníci společného zadávání evidují faktury dlouho po datu splatnosti. Zadavatel si je této skutečnosti vědom, jak ostatně konstatoval ve svém vyjádření, podle něhož není schopný garantovat dodržení úhrady jednotlivými zadavateli ve stanovené době splatnosti.

5. Vyřízení námitek Zadavatelem

Zadavatel svým rozhodnutím o námitkách proti zadávací dokumentaci ze dne 17.7.2019 podané námitky odmítnul. Toto rozhodnutí bylo Navrhovateli doručeno dne 18.7.2019.

6. Právní základ podání návrhu

Dle § 250 ZZVZ má Navrhovatel právo podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „Úřad“) proti všem úkonům i opomenutím zadavatele, které nejsou v souladu s ZZVZ a v jejichž důsledku vznikla nebo hrozí újma na právech Navrhovatele, a to ve lhůtě 10 dnů ode dne, v němž Navrhovatel obdržel rozhodnutí o odmítnutí námitek (§ 251 odst. 2 ZZVZ). Navrhovatel tímto využívá svého práva dle § 250 odst. 1 písm. a) ZZVZ a v zákonem stanovené lhůtě podává Úřadu tento návrh na přezkoumání úkonů Zadavatele.

7. Kauce

Navrhovatel v souladu s ust. § 255 odst. 1 ZZVZ složil dne 24.7.2019 na účet Úřadu kauci ve výši 100.000 Kč. Výše kauce je stanovena na částku 100.000,- Kč, neboť nabídkovou cenu nelze určit, jelikož Navrhovatel nepodal nabídku v zadávacím řízení

Důkaz: *Rozhodnutí o námitkách proti zadávací dokumentaci*
Doklad o složení kauce

III.**Odůvodnění návrhu**

8. Zadavatel realizuje VZ jako společné zadávání ve smyslu § 7 ZZVZ. Tento postup umožňuje více zadavatelům zadat určitou veřejnou zakázku společně. Účastníci společného zadávání VZ si vzájemným ujednáním upravili, že zástupcem účastníků společného zadávání bude Zadavatel specifikovaný v článku I.
9. Jak vyplývá ze zadávací dokumentace, Zadavatel stanovil obchodní podmínky pro plnění předmětu VZ formou závazných návrhů textu kupní smlouvy pro každého účastníka společného zadávání. Dodavatel je povinen obchodní podmínky, tj. text kupní smlouvy, akceptovat, neboť Zadavatel jeho změny neumožňuje.
10. Jak vyplývá z textu kupní smlouvy, konkrétně z čl. IV., splatnost faktury za jednotlivá plnění činí 60 dnů ode dne jejího prokazatelného doručení kupujícím. Ve smyslu směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/7/EU ze dne 16. února 2011 o postupu proti opožděným platbám v obchodních transakcích (dále jako „**Směrnice**“) mají členské státy možnost dobu splatnosti, jinak stanovenou na 30 dní, prodloužit až na 60 kalendářních dnů pro veřejné subjekty poskytující zdravotní péči, které jsou za tímto účelem řádně uznány. Doba splatnosti představující 60 dnů v tomto kontextu tedy představuje hraniční maximum.
11. Česká právní úprava v zákoně č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, konkrétně v jeho ustanovení § 1963 odst. 2 stanoví, že smluvní strany si mohou ujednat dobu splatnosti delší 60 dnů jen tehdy, pokud to není vůči věřiteli hrubě nespravedlivé. Je-li však obsahem závazku

podnikatele povinnost dodat zboží nebo službu veřejnoprávní korporaci, smluvní strany si mohou ujednat delší dobu splatnosti jen tehdy, pokud je to odůvodněno povahou závazku, přičemž **dobu splatnosti nesmí přesáhnout 60 dnů**. Dle odborné literatury k citovanému ustanovení s ohledem na jeho eurokonformní výklad je nutné chápat jako veřejnou korporaci každého veřejného zadavatele ve smyslu zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. V souladu se zmíněným je Zadavatel povinen dodržet zákonný limit doby splatnosti faktur, tj. 60 dnů. Komentář k citovanému ustanovení též zdůrazňuje, že *dlouhé lhůty splatnosti ze strany orgánů veřejné moci za zboží a služby znamenají pro podniky neopodstatněné náklady (srov. čl. 23 odůvodnění Směrnice)*.

12. Faktické prodloužení doby splatnosti v rozporu se zákonem

V textu návrhů kupních smluv je splatnost faktur stanovena na 60 dnů v souladu s českou i evropskou legislativou. Ustanovení čl. VI. kupní smlouvy však upravuje, že v případě prodlení kupujícího se zaplacením faktury za dodané zboží uhradí kupující prodávajícímu úrok z prodlení ve výši 0,01 % z celkové nezaplacené částky **za 91. a každý další den prodlení**. Tímto ustanovením tak Zadavatel uměle a v rozporu se zákonem fakticky prodlužuje dobu splatnosti, neboť v situaci, kdy kupující bude v prodlení se zaplacením faktury, nehrozí mu žádný postih až do 90. dne prodlení.

Takto nastavené podmínky představují nejen svévolné obcházení kogentních zákonných ustanovení, ale také nepřiměřeným způsobem zatěžují potenciální dodavatele, jimž nestandardně dlouhá doba splatnosti faktur přináší neopodstatněné náklady a velké podnikatelské riziko spočívající ve zpomalení peněžních toků při jejich podnikání. V důsledku nesankcionovaných opožděných úhrad ze strany zadavatelů tak může být podstatně ztížena či ohrožena schopnost dodavatelů plnit včas peněžité závazky vůči svým obchodním partnerům, což nepřiměřeně zvyšuje riziko vzniku platební neschopnosti na straně potenciálních dodavatelů.

Tento stav zcela jistě není žádoucí, neboť zadávací dokumentace k VZ ve své aktuální podobě v podstatě ohrožuje stabilitu plnění, jež má být na základě VZ poskytováno, což je vyústěním přinejmenším paradoxním.

13. Nedůvodné spojení zadavatelů jako porušení zásady přiměřenosti

Dle zadávací dokumentace je účastník povinen předložit ve své nabídce jako její nedílné součásti kupní smlouvy samostatně pro každou část veřejné zakázky a pro každého účastníka společného zadávání. **Navrhovatel takto stanovené podmínky považuje z důvodu výše zmíněného za nezákonné a v rozporu se zásadou přiměřenosti** obsaženou v § 6 odst. 1 ZZVZ, neboť vzhledem k předmětu VZ není důvodné spojovat všechny zmíněné účastníky společného zadávání z důvodu jejich značně rozdílného přístupu k plnění svých závazků,

reflektovaného zejména v jejich ochotě a schopnosti platit vystavené faktury v době splatnosti.

Tato praxe, kdy k úhradě faktur ze strany některých účastníků společného zadávání dochází až s několikaměsíčním prodlením, je Zadavateli známou realitou. Zadavatel sám v Rozhodnutí o námitkách konstatoval, že není schopný garantovat dodržení úhrady vystavené faktury v době splatnosti jednotlivými zadavateli. Z toho vyplývá, že Zadavatel si je vědom existence subjektů s problematickou platební morálkou a je zřejmé, že ani takto benevolentně nastavené podmínky nejsou někteří účastníci společného zadávání schopni dodržet. Navrhovatel je proto názoru, že povaha veřejné zakázky neodůvodňuje spojení zadavatelů, a že toto je sjednáno výhradně za účelem zajištění nepřiměřeně příznivých podmínek nespolehlivým zadavatelům.

14. Nemožnost sjednání odlišné smluvní úpravy s nespolehlivými zadavateli

V zadávací dokumentaci Zadavatel stanovil, že vybraný dodavatel je povinen uzavřít smlouvy se všemi účastníky společného zadávání. Tímto nutí potenciálního dodavatele k založení smluvní spolupráce i se subjekty, o nichž ví, že nejsou schopny dodržet stanovené smluvní podmínky. Jednotné podmínky zadané Zadavatelem ve společném zadávání tak dle názoru Navrhovatele zakládají hrubý nepoměr mezi povinnostmi dodavatelů a povahou jimi nárokovatelného protiplnění ze strany problematických zadavatelů.

Dodavatelé jsou tím nuceni brát na sebe nepřiměřené podnikatelské riziko, aniž by toto bylo kompenzováno adekvátní protihodnotou nebo by bylo možné takovou protihodnotu (například v podobě odlišných podmínek) smluvně sjednat. Nemá-li dodavatel možnost prokazatelně rizikové účastníky z kontrakčního procesu vyloučit, či alespoň ovlivnit pevně stanovený obsah kupních smluv vůči specifickým zadavatelům, je mu tím znemožněno preventivně uplatnit prostředky na ochranu svých podnikatelských zájmů a dosáhnout tak žádoucího standardu péče v obchodních vztazích. To je dle přesvědčení navrhovatele zásadním aspektem nepřiměřenosti zadávacích podmínek.

15. Vytváření bezdůvodných překážek hospodářské soutěže a porušení zákazu diskriminace

Nad rámec výše uvedeného jsou podmínky obsažené v zadávací dokumentaci v rámci zadávacího řízení objektivně akceptovatelné pouze velmi úzkým okruhem dodavatelů. Navrhovatel samozřejmě nerozporuje oprávnění Zadavatele stanovit takové zadávací podmínky, které na základě rozumných kritérií určitý okruh dodavatelů přímo či nepřímo vyloučí z možnosti ucházet se o veřejnou zakázku. Současně však poukazuje na skutečnost, že Zadavatel v takové situaci musí respektovat zákonem stanovené meze, které odrážejí rozsah a povahu veřejné zakázky.

Ačkoli je tedy Navrhovateli jasné, že zadávací podmínky nemohou mít stejný dopad pro všechny potenciální uchazeče, musejí být za všech okolností odůvodnitelné

oprávněnými potřebami Zadavatele, který musí v tomto ohledu unést důkazní břemeno, že nezakládají bezdůvodnou překážku v hospodářské soutěži dodavatelů. Z vyjádření Zadavatele k námitkám je evidentní, že tento nejenže takové důkazní břemeno neunesl, ale současně potvrdil, že spojení zadavatelů a faktické prodloužení doby splatnosti nemá oporu v jeho legitimních potřebách.

Zadavatel tak jednal v rozporu se zásadou zákazu diskriminace dle § 6 odst. 2 ZZVZ a zákazem vytváření bezdůvodných překážek hospodářské soutěže v zadávacích podmínkách dle § 36 odst. 1 ZZVZ, když bez legitimního důvodu podpořeného povahou předmětu veřejné zakázky znevýhodnil skupinu dodavatelů evidujících závazky dlouho po splatnosti vůči některým zadavatelům, tím, že je v zadávací dokumentaci zavázal k akceptaci jednotných podmínek, jež jsou ve vztahu k určitým zadavatelům značně nevýhodné. S ohledem na nejistotu ohledně termínu úhrady plnění ze strany zadavatelů navíc Navrhovatelé nejsou schopni zhodnotit veškeré náklady spojené s potenciální realizací VZ a tyto řádně zohlednit při kalkulaci cenové nabídky.

16. Újma na právech Navrhovatele a příčinná souvislost

V důsledku výše popsaného jednání Zadavatele v rozporu se ZZVZ, zejména jeho § 6 odst. 1 a 2 a § 36 odst. 1, a to vzhledem k jeho diskriminační povaze, vznikla Navrhovateli újma na jeho právu účastnit se zadávacího řízení o výběr nejlepší nabídky za srovnatelných podmínek s jinými uchazeči. I pokud by Navrhovatel uvedenou konkurenční výhodu překonal, v důsledku nezákonně nastavených podmínek splatnosti faktur ve spojení s rizikem vzniku několikaměsíčního prodlení nespolehlivých zadavatelů s úhradou faktur by mu hrozila újma ve formě škody představující neuhrazené peněžité plnění bez možnosti nárokovat příslušenství v podobě úroků z prodlení po dlouhý časový interval po době splatnosti.

V důsledku výše uvedené nemožnosti účastnit se zadávacího řízení vznikla Navrhovateli rovněž újma ve formě ušlého zisku vyplývajícího z nemožnosti VZ realizovat, ač za zákonných podmínek by její realizace schopen byl.

17. Shrnutí

Navrhovatel je z výše uvedených důvodů přesvědčen, že postup a forma zadávacího řízení je v rozporu s citovanými zákonnými ustanoveními, a zejména pak s fundamentálními principy zadávání veřejných zakázek, kdy zadávací dokumentace v předmětném případě popírá samotný účel zadávání veřejných zakázek, jímž je zajištění spravedlivé hospodářské soutěže.

V důsledku rozporu zadávací dokumentace s ust. § 6 odst. 1 a odst. 2 a § 36 odst. 1 ZZVZ vznikla Navrhovateli újma na právech specifikovaná v odst. 16 tohoto návrhu. Vzhledem k tomu, že se Navrhovatel domáhal nápravy škodlivého stavu již prostřednictvím námitek

podaných Zadavateli, přičemž tyto byly Zadavatelem odmítnuty, Navrhovatel navrhuje Úřadu, aby rozhodl tak, jak je uvedeno níže v čl. IV tohoto návrhu.

IV.

Návrh

18. Na základě shora uvedeného Navrhovatel navrhuje, aby Úřad uložil Zadavateli v souladu s § 263 odst. 3 ZZVZ

nápravné opatření

spočívající ve

zrušení zadávacího řízení

a současně Navrhovatel navrhuje, aby Úřad **zakázal** Zadavateli až do pravomocného skončení řízení **uzavřít v zadávacím řízení smlouvu**.

Navrhovatel zároveň Úřadu navrhuje, aby

- I. **uložil Zadavateli povinnost uhradit náklady řízení; a**
- II. **vrátil Navrhovateli složenou kauci ve výši 100.000,- Kč, a to do 1 měsíce ode dne nabytí právní moci rozhodnutí.**

Mgr. Martina Slaninová, advokátka