



UOHSX00CWMJL

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0195/2019/VZ-00831/2020/323/VVá

Brno: 9. ledna 2020

V řízení o rozkladu ze dne 24. 10. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal navrhovatel –

- **PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s.**, IČO 25099019, se sídlem Juarézova 1071/17, 160 00 Praha 6, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 24. 7. 2019 Mgr. Martinou Slaninovou, advokátkou, ev. č. ČAK 10325, se sídlem Na Rokytce 1081/8, 180 00 Praha 8 – Libeň,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0290/2019/VZ-27631/2019/513/JLÍ ze dne 9. 10. 2019 vydanému ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatelů –

- **Fakultní nemocnice Olomouc**, IČO 00098892, se sídlem I. P. Pavlova 6, 775 20 Olomouc,
- **Fakultní nemocnice Hradec Králové**, IČO 00179906, se sídlem Sokolská 581, 500 05 Hradec Králové,
- **Nemocnice Na Bulovce**, IČO 00064211, se sídlem Budínova 67/2, 180 00 Praha 8,
- **Fakultní nemocnice Brno**, IČO 65269705, se sídlem Jihlavská 340/20, 625 00 Brno – Bohunice,
- **Fakultní nemocnice Plzeň**, IČO 00669806, se sídlem Edvarda Beneše 1128/13, 301 00 Plzeň – Jižní Předměstí,
- **Fakultní nemocnice v Motole**, IČO 00064203, se sídlem V Úvalu 84/1, 150 00 Praha 5 – Motol,

- **Thomayerova nemocnice**, IČO 00064190, se sídlem Vídeňská 800, 140 00 Praha 4 – Krč, ve správním řízení zastoupených Fakultní nemocnicí Olomouc, IČO 00098892, se sídlem I. P. Pavlova 6, 775 20 Olomouc, na základě Smlouvy o společném zadávání uzavřené dne 5. 2. 2019,

učiněných při zadávání části I., části II., části III., části IV., části V., části VI. a části VII. veřejné zakázky s názvem „**Vyšetřovací a operační rukavice**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 29. 3. 2019 a uveřejněno dne 1. 4. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-010339, ve znění oprav uveřejněných dne 15. 4. 2019, 13. 5. 2019, 20. 5. 2019, 30. 5. 2019 a 6. 6. 2019, do Úředního věstníku Evropské unie bylo oznámení odesláno dne 29. 3. 2019 a uveřejněno pod č. 2019/S 066-153636, ve znění opravy odeslané dne 12. 4. 2019 a uveřejněné pod č. 2019/S 076-180790, dne 9. 5. 2019 a uveřejněné pod č. 2019/S 092-222246, dne 16. 5. 2019 a uveřejněné pod č. 2019/S 097-234531, dne 27. 5. 2019 a uveřejněné pod č. 2019/S 104-252278 a dne 3. 6. 2019 a uveřejněné pod č. 2019/S 108-263051,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0290/2019/VZ-27631/2019/513/JLÍ ze dne 9. 10. 2019

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 28. 7. 2019 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, návrh navrhovatele – společnosti PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s., IČO 25099019, se sídlem Juarézova 1071/17, 160 00 Praha 6, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 24. 7. 2019 Mgr. Martinou Slaninovou, advokátkou, ev. č. ČAK 10325, se sídlem Na Rokytce 1081/8, 180 00 Praha 8 – Libeň, (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního

řízení (dále jen „**návrh**“) z téhož dne ve věci přezkoumání úkonů zadavatelů – Fakultní nemocnice Olomouc, IČO 00098892, se sídlem I. P. Pavlova 6, 775 20 Olomouc, Fakultní nemocnice Hradec Králové, IČO 00179906, se sídlem Sokolská 581, 500 05 Hradec Králové, Nemocnice Na Bulovce, IČO 00064211, se sídlem Budínova 67/2, 180 00 Praha 8, Fakultní nemocnice Brno, IČO 65269705, se sídlem Jihlavská 340/20, 625 00 Brno – Bohunice, Fakultní nemocnice Plzeň, IČO 00669806, se sídlem Edvarda Beneše 1128/13, 301 00 Plzeň – Jižní Předměstí, Fakultní nemocnice v Motole, IČO 00064203, se sídlem V úvalu 84/1, 150 00 Praha 5 – Motol, Thomayerova nemocnice, IČO 00064190, se sídlem Vídeňská 800, 140 00 Praha 4 – Krč, ve správním řízení zastoupených Fakultní nemocnicí Olomouc, IČO 00098892, se sídlem I. P. Pavlova 6, 775 20 Olomouc, na základě Smlouvy o společném zadávání uzavřené dne 5. 2. 2019, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání části I., části II., části III., části IV., části V., části VI. a části VII. veřejné zakázky s názvem „**Vyšetřovací a operační rukavice**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 29. 3. 2019 a uveřejněno dne 1. 4. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-010339, ve znění oprav uveřejněných dne 15. 4. 2019, 13. 5. 2019, 20. 5. 2019, 30. 5. 2019 a 6. 6. 2019, do Úředního věstníku Evropské unie bylo oznámení odesláno dne 29. 3. 2019 a uveřejněno pod č. 2019/S 066-153636, ve znění opravy odeslané dne 12. 4. 2019 a uveřejněné pod č. 2019/S 076-180790, dne 9. 5. 2019 a uveřejněné pod č. 2019/S 092-222246, dne 16. 5. 2019 a uveřejněné pod č. 2019/S 097-234531, dne 27. 5. 2019 a uveřejněné pod č. 2019/S 104-252278 a dne 3. 6. 2019 a uveřejněné pod č. 2019/S 108-263051 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

II. Napadené rozhodnutí

2. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0290/2019/VZ-27631/2019/513/JL ze dne 9. 10. 2019 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým řízení v části týkající se namítané skutečnosti, že „*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*“, podle § 257 písm. h) zákona zastavil, neboť této části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, a návrh ve zbylé části podle § 265 písm. a) zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
3. V odůvodnění k výrokům I až VII napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že z navrhovatelem podaných námitek nevyplývá, že by zpochybňoval „*faktické prodloužení doby splatnosti v rozporu se zákonem*“. Úřad dále uvedl, že námitky jsou procesním institutem, který představuje primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele, přičemž stejně jako by bylo nespravedlivé, aby zadavatel až v průběhu správního řízení představil komplexní argumentaci týkající se námitek stěžovatele (kterou přitom musí znát od samého počátku, resp. od okamžiku, kdy se pro určitý postup rozhodl), nelze přisvědčit tvrzením navrhovatele, které mohl namítat již zadavateli prostřednictvím námitek. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nevyužil v části návrhu, ve které tvrdí, že došlo k faktickému prodloužení doby splatnosti v rozporu se zákonem, primární způsob ochrany před tvrzeným nezákonným postupem zadavatele, tedy podání námitek, nezbylo Úřadu než řízení zastavit.
4. V odůvodnění k výrokům VIII až XIV napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že spojení zadavatelů nebylo nedůvodné, když má dojít k úspoře vynakládaných veřejných prostředků

a zároveň tedy nedošlo k porušení zásady přiměřenosti. Lichá je i argumentace týkající se nemožnosti sjednání odlišné smluvní úpravy s nespolehlivými zadavateli, když záleží jen na dodavateli, zda za daných podmínek a s konkrétními riziky podají nabídku na plnění veřejné zakázky. Úřad k další námitce navrhovatele, konkrétně k námitce bezdůvodného vytváření překážek hospodářské soutěže zavázáním dodavatelů k akceptaci jednotných podmínek, jež jsou ve vztahu k určitým dodavatelům nevýhodné, uvedl, že v zadávacím řízení lze ve své podstatě každou zadávací podmínku považovat do určité míry za limitující a omezující, a navrhovatel nepředložil žádný důkaz o tom, že zadavatel stanovením konkrétních zadávacích podmínek vytvořil překážky hospodářské soutěže, ani o tom, že reálně ovlivňují okruh dodavatelů. Dle Úřadu nelze zaměňovat zásadu zákazu diskriminace s pouhou neschopností konkrétního dodavatele splnit zadávací podmínky, respektive za stanovených podmínek realizovat předmět plnění veřejné zakázky.

III. Námitky rozkladu

5. Navrhovatel k výrokům I až VII napadeného rozhodnutí uvádí, že nesouhlasí se závěry Úřadu, že námitka faktického prodloužení splatnosti nebyla součástí námitek doručených zadavateli. K tomu dokládá citace z námitek.
6. K výrokům VIII až XIV navrhovatel namítá, že ačkoliv si je vědom, že kontraktační proces obsahuje jistá rizika, dodává, že závazný návrh smluv naprosto vylučuje a upírá navrhovateli možnost se podílet na formulaci těchto smluv, což obecně v obchodních vztazích činí, aby eliminoval či alespoň zmírnil daná rizika. Navrhovatel v tomto odkazuje na § 3 odst. 2 písm. c) zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**občanský zákoník**“), podle nějž nikdo nesmí pro závislost svého postavení utrpět bezdůvodnou újmu.
7. Navrhovatel uvádí, že ačkoliv společné zadávání, resp. spojení zadavatelů s sebou může v teoretické rovině nést ekonomické výhody jako celek, ve skutečnosti v jeho důsledku dochází k poškozování některých zadavatelů. Úřad dle navrhovatele totiž pomíjí fakt, že navrhovatel v individuální rovině uzavírá se spolehlivějšími obchodními partnery (především s ohledem na platební morálku) výhodnější podmínky a naopak. Nastavení univerzálních neměnných podmínek pro skupinu zadavatelů jako celek tak zužuje okruh dodavatelů ochotných podat přihlášku do zadávacího řízení. Tímto postupem tak dle navrhovatele dochází k omezení hospodářské soutěže a k porušení zásady přiměřenosti.
8. Navrhovatel namítá, že Úřad má na základě návrhu povinnost prozkoumat a zhodnotit obchodní podmínky zadávací dokumentace. Dle navrhovatele lze přesvědčivě uvést, že podmínky obsažené v zadávacích podmínkách jsou zcela nepřiměřené vzhledem k předmětu veřejné zakázky a způsobí zbytečně vzniku nedůvodné újmy na právech a ekonomických zájmech dodavatelů, kteří se při jejich nedostatečném zhodnocení rozhodnou akceptovat. Navrhovatel má za to, že jednostranně stanovené rigidní obchodní podmínky jsou nepřiměřené, omezují hospodářskou soutěž a při promítnutí nežádoucích faktorů mohou ve svém důsledku vést až ke vzniku monopolu na poli dodavatelů zdravotnického materiálu.

9. Navrhovatel je přesvědčen, že vzhledem k předmětu veřejné zakázky byly obchodní podmínky nastaveny zjevně nepřiměřeně, aniž by k tomu byl ospravedlnitelný důvod. Navrhovatel má za to, že pokud by zadávací podmínky byly přiměřené a daly by tak možnost přístupu většího počtu objektivně způsobilých dodavatelů, umožnila by tato soutěž o veřejnou zakázku dosažení proporcčně nejlepšího výsledku.

Závěr rozkladu

10. Navrhovatel v rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže změnil napadené rozhodnutí tak, že se zadavateli ukládá nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.

IV. Řízení o rozkladu

11. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

12. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu žadatele a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
13. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výroku, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
14. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K námitce faktického prodloužení doby splatnosti jako součásti námitek

15. Navrhovatel namítá, že námitka faktického prodloužení doby splatnosti byla součástí námitek ze dne 4. 7. 2019 a Úřad se jí měl meritorně zabývat. K tomu navrhovatel dokládá citace z námitek.
16. Navrhovatel konkrétně cituje pasáž, ve které uváděl, že doba splatnosti v délce 60 dní „je u některých účastníků společného zadávání daleko za hranou toho, co je ještě ekonomicky přijatelné a naše společnost se setkává s pozdními platbami, které jsou dalece nad rámec 60 dnů a bohužel, se tento trend pomalu stává vynuceným standardem“. Navrhovatel dále v námitkách sdělil, že „dodavatel se má zavázat k plnění dle pokynů zadavatele, ale nemá jistotu, zda mu za toto plnění bude zapláceno, jelikož neví, do kolika období, prostřednictvím kterých má být dané plnění hrazeno, může tuto částku rozpočítat. Takové riziko rozhodně nelze považovat za běžné podnikatelské riziko, jelikož riziko závazku je v podstatné míře pouze na straně dodavatele, bez adekvátních a předem jasných pravidel na straně zadavatele. Zadavatel tedy kombinací několika zadávacích podmínek, které samy o sobě

nezákonnými nemusí být, vytvořil stav, kdy je prakticky veškeré riziko ohledně této části budoucího závazku na straně dodavatele, avšak bez adekvátních a předem jasných záruk na straně zadavatele, který by v úvahu přicházející dodavatelé mohli objektivně zohlednit při kalkulaci ‚cenové nabídky‘ /zohlednit veškeré náklady zakázky, tj. daně, cla, správní popl., certifikáty a testy aj./“.

17. Obecně uvádím, že námitky „představují první (méně formální) linii pro řešení sporu mezi zadavatelem a stěžovatelem (v pozici dodavatele či účastníka) jako obligatorní předpoklad dalšího (již formálního řešení) sporu v podobě návrhu na ÚOHS. Primárním cílem námitek je především včas napravit porušení ZZVZ, tj. především rychlé a účinné předcházení, resp. náprava porušení předpisů o veřejných zakázkách, tak aby bylo umožněno zadání veřejné zakázky v souladu se ZZVZ. V ZZVZ je kladen důraz na řádné (věcně zdůvodněné a přezkoumatelné) vypořádání námitek, k čemuž má přispět také prodloužená lhůta k rozhodnutí zadavatele o námitkách“ (viz Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017).
18. Úřad také správně uvedl, že by nebyla spravedlivá jak situace, kdy by zadavatel představil komplexní argumentaci až v průběhu správního řízení, tak ani situace, kdy by se přisvědčovalo tvrzením navrhovatele, která mohl namítat již prostřednictvím námitek.
19. Co se týká nových skutečností, podle § 251 odst. 4 zákona platí, že „navrhovatel je ‚nucen‘ sdělit všechny skutečnosti již v námitkách, protože později ve správním řízení před ÚOHS k dalším později uvedeným skutečnostem nebude přihlédnuto. 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“ (viz KRČ, Robert. *Neodstranitelné vady návrhu a koncentrace řízení v přezkumu veřejných zakázek*. Obchodněprávní revue. 2016, č. 11-12, s. 324-327). Úřad v bodě 57 napadeného rozhodnutí uvedl, že skutečnosti nezbytné pro argumentaci navrhovatele v této části námitek byly obsahem zadávací dokumentace a navrhovatel je tak mohl namítat již v námitkách.
20. S argumentací Úřadu se ztotožňuji a uvádím, že námitka faktického prodloužení doby splatnosti, kdy v situaci prodlení kupujícího se zaplacením faktury mu nehrozí žádný postih až do 90. dne prodlení, nebyla součástí námitek. Navrhovatel se v námitkách vyjadřuje toliko k době splatnosti faktur v délce 60 dní a poukazuje na skutečnost, že taková doba splatnosti je „daleko za hranou toho, co je ještě ekonomicky přijatelné“ a dále, že „naše společnost se setkává s pozdními platbami, které jsou dalece nad rámec 60 dnů“. Takové vyjádření však nelze chápat jinak než jako námitku proti nastavení délky doby splatnosti (jejíž zákonnost Úřad odůvodnil v napadeném rozhodnutí) a konstatování stavu, který dle navrhovatelova vyjádření vyplývá z jeho obchodních zkušeností s některými zadavateli.
21. Navrhovatel však v žádné z částí námitek nezmiňuje situaci, kterou poté předkládá v návrhu, případně v rozkladu, tedy že by zadavatel v zadávacích podmínkách odložením sankcí za pozdní placení až na 91. den prodlení fakticky prodlužoval dobu splatnosti. Jak jsem již uvedl, Úřad ve svém rozhodnutí správně poukázal na to, že vzhledem k tomu, že skutečnosti nezbytné pro argumentaci navrhovatele byly obsahem zadávací dokumentace, mohl

je navrhovatel namítat již v námitkách. Z navrhovatelem citovaných pasáží námitek není možno dovodit, že by namítal totéž, co pak namítá (výslovně a několikrát) v návrhu.

22. Tuto rozkladovou námitku je tak nutno odmítnout a přisvědčit Úřadu, tedy že námitka faktického prodloužení doby splatnosti nebyla součástí námitek podaných k zadavateli. Úřad proto nemohl jinak než řízení v této části podle § 257 písm. h) zákona zastavit.

K námitce nemožnosti podílet se na formulaci smluv a námitce utrpění újmy pro závislost svého postavení

23. Navrhovatel namítá, že závazný návrh smluv vylučuje možnost se podílet na formulaci obsahu smluv a tím eliminovat či alespoň zmírnit případná rizika.

24. K této námitce uvádím, že se plně ztotožňuji se závěry Úřadu, který mimo jiné uvedl, že zadavatel má možnost si vybrat v zásadě ze dvou postupů při tvorbě smluvních a obchodních podmínek. Jde buď o postup, kdy zadavatel jako součást zadávacích podmínek nevčlení závazný návrh smlouvy – tehdy je zadávací řízení variabilnější a umožňuje dodavateli uplatnit do jisté míry své zájmy. Druhým způsobem je postup, který zvolil zadavatel v předmětné veřejné zakázce, tedy včlenění závazného návrhu smlouvy do zadávacích podmínek, přičemž uvede i požadavek na jeho akceptaci. Ačkoliv byl první způsob označen za variabilnější, může zadavatel při jeho zvolení obdržet nevyhovující návrhy smluv a v důsledku tedy i neporovnatelné nabídky. I proto lze za jednoznačnější považovat druhý způsob.

25. Jak již Úřad uvedl v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0001/2018/VZ-06017/2018/531/Est ze dne 1. 6. 2018, „*Úřad předepisuje, že zákon konkrétně nestanoví, jaké smluvní podmínky mají být obsaženy ve smlouvě, která bude následně 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 proto na úvaze zadavatele, jaké požadavky, které nejsou ze zákona obligatorní, uvede či neuvede v zadávací dokumentaci, a jakým způsobem si stanoví rozsah smluvních podmínek*“.

26. Důvodová zpráva k zákonu pak výslovně uvádí, že „*zadavatel může v zadávací dokumentaci stanovit závazný vzor smlouvy, který účastníci zadávacího řízení v nabídkách předloží*“. Jedná se tak o formu adhezní kontraktace, která není zakázaná. Při zadávání veřejných zakázek je však dopad ustanovení občanského zákoníku o smlouvách uzavíraných adhezním způsobem (tj. § 1798 a násl.) téměř nulový. To potvrzuje i Josef Bejček, když uvádí, že „*praktický dopad však případná adhezita smluv uzavíraných podle ZVZ stěží může mít. Vybraný uchazeč uzavírá smlouvu s danou strukturou a obsahem; pokud by byl v postavení slabší strany, ochranná opatření podle § 1799-1800 o. z. by připadala v úvahu, jen pokud by zadavatel doplňoval smlouvu doložkou mimo vlastní text smlouvy bez náležité informace vybraného uchazeče, resp. doložkou nesrozumitelnou či nečitelnou a dostatečně nevysvětlenou, která by vybranému uchazeči jakožto slabší straně působila újmu. To je docela nepravděpodobné aranžmá*“ (viz BEJČEK, Josef. *Soukromoprávní ochrana slabšího obchodního partnera*. Bulletin advokacie. 2015, č. 7-8, s. 24-36). Článek se vztahuje k zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, nicméně jeho závěry lze využít i nyní.

27. Nutno dodat, že dodavatel obecně a v tomto případě navrhovatel není nikterak nucen za stanovených podmínek nabídku podávat. Platí totiž, že „*pokud navrhovatel rezignoval*

na svou účast v zadávacím řízení, které jinak z hlediska požadavků zákona ob stojí, a to z důvodu nesouhlasu s jednotlivými ujednáními smluvních, resp. obchodních podmínek, nejedná se o důsledek postupu zadavatele v rozporu se zákonem, ale o výraz smluvní volnosti navrhovatele“ (k tomu viz rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0311/2013/VZ-12694/2013/514/PJa ze dne 26. 11. 2013).

28. K tomu navrhovatel dále dodává, že nastavením excesivně nevýhodných smluvních podmínek bez možnosti jejich modifikace ze strany navrhovatele je porušena zásada uvedená v § 3 odst. 2 písm. c) občanského zákoníku, podle níž nesmí nikdo pro závislost svého postavení utrpět bezdůvodnou újmu.
29. K namítané závislosti dodávám, že uvedená zásada je obecnou konstrukcí ochrany slabší smluvní strany. Je pak možno polemizovat, zda je navrhovatel slabší smluvní stranou (případně zda je dodavatel obecně vždy slabší stranou) a zda se vůbec může v postupu podle zákona využít navazující ustanovení § 433 odst. 1 občanského zákoníku (ale např. i výše zmíněná ustanovení o adhezních smlouvách). Petr Lavický uvádí, že nikoliv: „*Pokud je veřejná zakázka zadávána postupem podle zákona o veřejných zakázkách, který je postaven na principech zásadní otevřenosti, transparentnosti a nediskriminace, pak je fakticky téměř vyloučeno, aby se na zakázku mohl aplikovat § 433 odst. 1“.* Tento komentář operuje s předchozí úpravou, závěry se však dají využít i nyní. Je samozřejmě pravda, že ne vždy se při zadavatelově postupu dá spoléhat na dodržování základních zásad zadávacího řízení, i kvůli tomu však existuje soustava prostředků, kterými se dodavatel může domáhat nápravy (námitky, návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, rozklad, případně i soudní ochrana).
30. Navrhovatel v rozkladu také uvedl, že zadavatel staví „*navrhovatele do komplikované pozice, v níž má jedinou možnost, a to smluvně vytvořenou rizikovou situaci přijmout“.* Uvádím, že navrhovatel samozřejmě nemá jedinou možnost. Veřejná zakázka, kterou zadavatel zadal v otevřeném řízení, nevytváří povinnost pro konkrétního dodavatele, aby se jí účastnil. Z informací z webových stránek navrhovatele, kde sám navrhovatel uvádí, že jeho odběrateli je více jak 70 subjektů (typicky nemocnic), je pak jen těžko představitelná závislost navrhovatele na veřejné zakázce.
31. Navrhovatelem uvedená zásada pak obsahuje i požadavek nedůvodné újmy. Újma, kterou navrhovatel při neúčasti v zadávacím řízení utrpí, se rovná újmě z prohry v daném zadávacím řízení, tedy nemožnosti veřejnou zakázku plnit a realizovat tak zisk. Jak jsem však již uvedl, zadavatel smluvní a obchodní podmínky tvoří tak, aby sám vyjádřil své potřeby a zadávacího řízení se účastnili pouze ti dodavatelé, kteří jsou schopni a ochotni veřejnou zakázku za jím stanovených (a samozřejmě zákonných) podmínek plnit a splnit. Újma, kterou navrhovatel utrpí tak není nedůvodná, je odůvodněna požadavky zadavatele, které dodavatel z jakýchkoliv důvodů nemůže nebo nechce akceptovat.
32. Pro výše uvedené je ale nedůvodná navrhovatelova námitka a je nutno ji odmítnout.
K námitce ekonomické výhodnosti
33. Navrhovatel namítá, že společné zadávání v tomto případě není ekonomicky výhodné, když zahrnuje i zadavatele, kteří neplní své závazky řádně a včas, a dodavatelé s nimi tak nemohou uzavřít lepší podmínky.

34. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu uvedl (a zopakoval ve vyjádření k rozkladu), že celková předpokládaná úspora činí 8.231.136 Kč. To je výsledkem skutečnosti, že předpokládaná hodnota všech částí veřejné zakázky byla nastavena jako maximální a nepřekročitelná, přičemž zadavatel si vyhradil právo vyloučit dodavatele, který překročí předpokládanou hodnotu části veřejné zakázky. Zadavatel dále ve svém vyjádření uvádí, že předpokládaná hodnota „je stanovena na úrovni nejnižší ceny daného produktu tak, aby žádný ze společných dodavatelů nenakupoval předmětný produkt za vyšší ceny, než nakupoval doposud.“
35. Z výše uvedeného mám za to, že ze své podstaty a podstaty způsobu stanovení zadávacích podmínek, je společné zadávání v tomto případě ekonomicky výhodné, když neumožňuje v žádné části veřejné zakázky překročit pevně stanovenou částku, za kterou nakupoval zadavatel předmět veřejné zakázky doposud. Zadavatel tak buď obdrží ekonomicky výhodnější nabídky, nebo dodavatele, který podmínky zadávací dokumentace nesplní, vyloučí.
36. K tomu zadavatel doložil tabulku přehledu nabídkových cen, kde v jedné části veřejné zakázky se nepodařilo dodavatele najít, ve zbylých šesti ale celková úspora oproti předpokládané hodnotě činí právě zadavatelem zmiňovaných 8.231.136 Kč.
37. Námitku je pro výše uvedené nutno odmítnout jako nedůvodnou, když ekonomická výhodnost společného zadávání je v tomto případě opodstatněná a odůvodněná.
K porušení zásady přiměřenosti, zásady zákazu diskriminace a omezení hospodářské soutěže
38. Navrhovatel se domnívá, že spojením zadavatelů ve spojení s nepřiměřenou textací smluv, dochází k situaci, kdy pouze velmi úzká skupina dodavatelů má dostatečné zázemí pro pokrytí rizik způsobených obchodními podmínkami. Tím dle něj dochází k omezení hospodářské soutěže a porušení zásady přiměřenosti.
39. K tomu navrhovatel dále uvádí, že dle něj jsou obchodní podmínky, konkrétně platební a sankční ujednání v závazných návrzích smluv, nepřiměřené vzhledem k předmětu veřejné zakázky, a to zejména tím, že jsou způsobilé zavdat vznik nedůvodné újmy na právech a ekonomických zájmech dodavatelů, kteří se je při jejich nedostatečném zhodnocení rozhodnou akceptovat. Takto nastavené obchodní podmínky jsou dle navrhovatele nepřiměřené, omezují hospodářskou soutěž a mohou ve svém důsledku vést až ke vzniku monopolu na poli dodavatelů zdravotnického materiálu. Navrhovatel má za to, že Úřad má na základě návrhu povinnost prozkoumat a zhodnotit podmínky zadávací dokumentace.
40. Obecně o zásadě přiměřenosti platí, že je korektivem střetu dvou protichůdných principů, a sice omezení dodavatelů postupem zadavatele (v tomto případě smluvními a obchodními podmínkami) a zájmu na co nejširším zachování hospodářské soutěže. Zadavatel tak musí svůj postup přizpůsobovat tak, aby nedůvodně neomezoval hospodářskou soutěž, ale zároveň aby se zadávacího řízení účastnili pouze ti dodavatelé, kteří objektivně mohou předmět veřejné zakázky splnit.
41. Dle judikatury Nejvyššího správního soudu (rozhodnutí č. j. 9 Afs 21/2013-39 ze dne 30. 4. 2014) také platí, že „pokud zadavatel dodrží zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, případně další výslovná omezení zákona o veřejných zakázkách, je na něm, aby určil, za jakých podmínek chce smlouvu uzavřít“.

42. Možností Úřadu zabývat se smluvními či obchodními podmínkami stanovenými zadavatelem se Úřad zabýval komplexně v napadeném rozhodnutí, konkrétně v bodech 77 a 78. K tomu dodám, že rozsudek Krajského soudu č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013, kterým Úřad argumentuje, byl potvrzen i Nejvyšším správním soudem v již zmíněném rozhodnutí č. j. 9 Afs 21/2013-39 ze dne 30. 4. 2014.
43. Nejvyšší správní soud v tomto rozhodnutí potvrdil argumentaci Krajského soudu v Brně a v napadeném rozhodnutí citovanou větu sám využil i jako větu právní, tedy že „*není úkolem Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci, nejedná-li se o zjevný excés, např. požadavek zadavatele, který je jednoznačně v rozporu s kogentním ustanovením zákona, či požadavek vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky, a nejde-li o pravidlo při posuzování kvalifikace či samotného hodnocení nabídek*“. Ač se rozsudek vztahuje k předchozí právní úpravě, je plně aplikovatelný i na současnou právní upravu.
44. Navrhovatelova rozkladová argumentace směřuje proti platebním a sankčním ujednáním, tedy proti smluvním a obchodním podmínkám stanoveným zadavatelem v závazných návrzích smluv. Jak vyplývá z citovaného rozhodnutí a jak správně uvedl Úřad, „*jestliže konkrétní soukromoprávní podmínka vymezená zadavatelem nepředstavuje zjevný excés, 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. Úřad proto posoudil návrh v intencích daných rozsudkem*“.
45. K závazným textům smlouvy i ekonomické výhodnosti spojení zadavatelů jsem se již vyjádřil a neshledal jsem důvod k dovození nepřiměřenosti počínání zadavatele, a proto odkazuji na své odůvodnění výše. Dodávám tedy, že vzhledem k tomu, že jsem neshledal v zadávacích, smluvních ani obchodních podmínkách zjevný excés, jenž by atakoval faktickou nemožnost plnění veřejné zakázky, a současně zadavatelem namítané skutečnosti ani nejsou pravidlem pro posuzování kvalifikace či pro hodnocení nabídek, je nutno námitku odmítnout.
46. Pro úplnost dodávám, že stejně jako Úřad jsem smluvní i obchodní podmínky prozkoumal a zhodnotil. Po jejich posouzení, jsem však shledal, že nebyly naplněny výše uvedené podmínky, abych se jimi mohl zabývat i z hlediska vhodnosti, přiměřenosti či vymahatelnosti, případně nebyly naplněny zákonné podmínky, abych se jimi mohl zabývat jakkoliv (viz vypořádání námítky faktického prodloužení doby splatnosti).
47. Navrhovatel poukazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 o skryté formě diskriminace a má za to, že vzhledem k předmětu plnění veřejné zakázky byly obchodní podmínky nastaveny zjevně nepřiměřeně, aniž by k tomu byl ospravedlnitelný důvod. Pokud by tomu tak nebylo, mělo by k veřejné zakázce přístup větší množství dodavatelů.
48. Vzhledem k tomu, že navrhovatelova argumentace směřuje především k přiměřenosti, odkazuji v tomto na odůvodnění týkající se navrhovatelovy námítky k porušení zásady přiměřenosti.

49. K namítanému porušení zásady zákazu diskriminace ve vztahu k obchodním podmínkám uvádím, že jsem porušení této zásady neshledal. Vždy totiž platí, že není v absolutním měřítku možné, aby podmínky nastavené zadavatelem mohli vždy splnit všichni objektivně způsobilí dodavatelé a každá z podmínek tak může být svým způsobem pro některého z dodavatelů diskriminační. Potřeby zadavatelů (ať už se jedná o předmět plnění nebo o potřebu zadávat v režimu společného zadávání s cílem úspory) jsou různorodé a jenom zadavatel může určit (bude-li jeho postup v souladu se zákonem a zásadami zadávání veřejných zakázek) jaké konkrétní podmínky a jejich splnění bude od dodavatelů požadovat. Pouze ti, kteří jsou schopni splnit zadavatelem stanovené zadávací, smluvní či obchodní podmínky, se mohou účastnit zadávacího řízení, aniž by z něj byli vyloučeni.
50. Jak již Úřad uvedl, nelze zásadu zákazu diskriminace „*zaměřovat s pouhou neschopností konkrétního dodavatele splnit zadávací podmínky, resp. za stanovených podmínek realizovat předmět plnění. Je třeba si uvědomit samotný smysl zadávacích podmínek, které jsou svým způsobem vždy „diskriminační“, což vychází z jejich samotného účelu. Pokud by totiž zadavatel nebyl oprávněn stanovit zadávací podmínky, zjevně by nebyl schopen dosáhnout ani cíle samotného zadávání*“.
51. Musím přisvědčit názoru Úřadu, že navrhovatel nepředložil žádný důkaz o tom, že zadavatel stanovením zadávacích podmínek vytvořil překážky hospodářské soutěže či že tyto podmínky reálně ovlivňují okruh dodavatelů. Zadavatel ve svém vyjádření dodal i přehled nabídek, ze kterého vyplývá, že se do zadávacího řízení na veřejnou zakázku přihlásilo 6 uchazečů. Na příslušném trhu tedy byla zachována soutěž, když nebylo zjištěno, že by byla nepřiměřeně omezena.
52. Pro úplnost dodávám, že se nevyjadřuji k namítanému faktickému prodloužení doby splatnosti, neboť v této části bylo řízení napadeným rozhodnutím zastaveno a tímto rozhodnutím bylo zastavení řízení potvrzeno. Na základě výše uvedeného je námitka pro nedůvodnost odmítnuta.

VI. Závěr

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

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Fakultní nemocnice Olomouc, IČO 00098892, se sídlem I. P. Pavlova 6, 775 20 Olomouc
2. Mgr. Martina Slaninová, advokátka, ev. č. ČAK 10325, se sídlem Na Rokytce 1081/8, 180 00 Praha 8 – Libeň

Vypraveno dne:

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