

Č.j.: R136,153/2007/02-22161/2007/310-KK

V Brně dne 29. listopadu 2007

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 18. 7. 2007 společností **B. Braun Medical, s.r.o.**, IČ: 48586285, se sídlem V Parku 2335/20, 148 00 Praha 4, právně zastoupen JUDr. Miroslavem Janstou, advokátem AK Jansta, Kostka & spol., se sídlem Těšnov 1, 110 00 Praha 1, jejíž nabídka byla vybrána jako nejvhodnější,

a rozkladu podaném dne 18. 7. 2007 zadavatelem – **Nemocnicí České Budějovice, a.s.**, IČ: 26068877, se sídlem B. Němcové 585/54, 370 87 České Budějovice, jejímž jménem jedná MUDr. Břetislav Šon, předseda představenstva, a MUDr. František Vorel, místopředseda představenstva,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27. 6. 2007, č.j. S051/2007/VZ-11863/2007/520-KV, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Nemocnice České Budějovice, a.s., při zadání veřejné zakázky pod názvem „**Roztoky, inj. stříkačky, drenáže, desinfekce**“, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jehož oznámení bylo uveřejněno dne 20. 11. 2006 v informačním systému o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem 60002972,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27. 6. 2007, č.j. S051/2007/VZ-11863/2007/520-KV,

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## O d ů v o d n ě n í

### I. Zadávací řízení a prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Nemocnice České Budějovice, a.s., IČ: 26068877, se sídlem B. Němcové 585/54, 370 87 České Budějovice, jejímž jménem jedná MUDr. Břetislav Šon, předseda představenstva, a MUDr. František Vorel, místopředseda představenstva (dále jen „zadavatel“), uveřejnila podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon“), dne 20. 11. 2006 v informačním systému o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem 60002972 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Roztoky, inj. stříkačky, drenáže, desinfekce“. Pozn.: pokud je dále v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení úkonů jednotlivých účastníků řízení.
2. Kritériem pro zadání veřejné zakázky byla nabídková cena. V zákonné lhůtě obdržel zadavatel dvě nabídky. Po posouzení kvalifikace vyloučil uchazeče ECP a. s., IČ 25681869, Jesenice u Prahy (dále jen „ECP a. s.“), z důvodu neprokázání kvalifikace podle § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona doklady podle § 53 odst. 2 písm. a) zákona. Zadavatel proto jedinou zbylou nabídku, kterou podal uchazeč B. Braun Medical, s.r.o., IČ: 48586285, se sídlem V Parku 2335/20, 148 00 Praha 4, právně zastoupen JUDr. Miroslavem Janstou, advokátem AK Jansta, Kostka & spol., se sídlem Těšnov 1, 110 00 Praha 1 (dále jen „vítězný uchazeč“) nehodnotil a dne 29. 1. 2007 rozhodl, že nejvhodnější nabídku předložil vítězný uchazeč.
3. Úřad obdržel podnět, na základě kterého si od zadavatele vyžádal dokumentaci k veřejné zakázce. Z této dokumentace nabytí pochybnosti o správnosti zadavatelova postupu, a proto ke dni 13. 2. 2007 ve věci zahájil správní řízení z moci úřední. Za jeho účastníky označil zadavatele a vítězného uchazeče.
4. Zadavatel ve vyjádření ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení připustil, že některá označení léčivých přípravků a zdravotnického materiálu mohou být pokládána za typická pro určitého dodavatele, nicméně tato označení byla uvedena v zadávací dokumentaci proto, že jiný popis zboží za použití obecnějších charakteristik by nebyl dostatečně přesný a výstižný, neboť jednotlivé přípravky se odlišují svým složením, dávkováním i kvalitou. Současně uvedl, že je vázán rozhodnutím své výživové komise, v souladu s nímž byl povinen učinit součástí zadávací dokumentace odkaz na tyto léčivé přípravky, a to pod označením, pod kterým se běžně vyskytují na trhu. Také pouze výrobky s konkrétním označením jsou slučitelné s technologií provozovanou u zadavatele. Dodávka jiných, byť srovnatelných výrobků, by pro zadavatele byla bezcenná. Současně ve svém vyjádření zadavatel uvedl další skupinu léčivých přípravků, u kterých musel uvést konkrétní názvy výrobků, protože tyto léčivé přípravky jsou zcela specifické a na trhu se nevyskytují konkurenční výrobky. Zadavatel dále uvedl, že každý z dodavatelů, který měl skutečný zájem o zadání veřejné zakázky, mohl uzavřít smluvní spolupráci s ostatními dodavateli, která by mu umožnila dodávat kompletní sortiment zboží uvedeného v příloze č. 1 zadávací dokumentace. Tímto způsobem postupoval také vybraný uchazeč, který si smluvně zajistil subdodávku některého zboží. Zadavatel z hlediska posouzení, zda byl dodržen zákon, pokládal za rozhodující, že v zadávací dokumentaci výslovně umožnil, aby

dodavatelé místo zboží se specifickým označením, které by mohlo platit pro některé osoby za příznačné, nabídli zadavateli dodávku jiného zboží, které bude technicky a kvalitativně srovnatelné. Zadavatel tak odmítl podezření, že by technickou specifikaci veřejné zakázky sestavil tak, aby zvýhodňovala některého dodavatele, a proto měl zato, že by Úřad měl správní řízení zastavit.

5. Vítězný uchazeč uvedl, že použití obecných názvů je velmi komplikované a de facto téměř nemožné. Část roztoků není přímo namíchaná výživová směs určená pro okamžitou aplikaci pacientovi, nýbrž nemocnice z nich teprve výživu pacientovi namíchá na míru tak, aby poměr aminokyselin, tuků, glukózy a jiných látek co nejvíce odpovídal stavu a potřebám pacienta. Není možné smíchat jakékoliv aminokyseliny s jakýmkoliv tuky a glukózu, nýbrž pouze tzv. kompatibilní, aby nedocházelo ke „sražení“ či jiným druhům inkompatibilit namíchané výživy. Za tímto účelem si nemocnice pořizují tzv. stabilitní studie. Z důvodu velmi složité charakteristiky výrobků a množství parametrů ji udávajících, zadavatel objektivně nemohl specifikovat způsobem podle § 45 a § 46 zákona. Co se týče výrobku (obalu) Ecolav Hartman 500ml, jde o unikátní výrobek vítězného uchazeče, který lze nahradit jen velmi obtížně. Technickou jedinečností obalu oplachového roztoku je tzv. motýlovitý uzávěr, který umožňuje cílený přetlakový oplach. Z tohoto důvodu dle názoru jmenovaného uchazeče nebylo možné tento výrobek se specifickými vlastnostmi specifikovat postupem podle § 45 a § 46 zákona. Vítězný uchazeč dále uvedl, že podle specifického označení lze jednoduše dohledat požadované složení výrobků. Veškerá složení léčiv, tj. i výrobků z oblasti klinické výživy, jsou dostupná veřejnosti na webových stránkách SÚKL, kde všichni uchazeči mají možnost se podrobně seznámit s parametry požadovaného složení a předložit nabídku s výrobky požadovaného či obdobného složení, což zadavatel připustil. Vítězný uchazeč tedy trvá na tom, že k porušení zákona nedošlo.
6. Před vydáním rozhodnutí oslovil Úřad několik institucí, mezi nimi Ministerstvo zdravotnictví a Státní úřad pro kontrolu léčiv (dále jen „SÚKL“). Ministerstvo zdravotnictví však došlo k závěru, že zadavatel nenáleží do jeho přímé řídicí působnosti, a proto se k věci není oprávněno vyjádřit. SÚKL mj. ve svém vyjádření k šetřenému případu uvedl, že při poskytování zdravotní péče se používají zásadně registrované léčivé přípravky. Za podmínek stanovených zákonem o léčivech se mohou použít i neregistrované léčivé přípravky, jedná se však o mimořádné způsoby. Další skupinou jsou tzv. individuálně připravované léčivé přípravky, které připravují např. lékárny. Vývoj jednoho léčivého přípravku pro potřeby jedné nemocnice je krajně nepravděpodobný a může ho téměř s jistotou vyloučit. Ve výčtu výrobků se nachází i jiné výrobky než léčivé přípravky. Může se jednat např. o zdravotnické prostředky, či doplňky stravy, apod. Tyto výrobky však nespádají do kompetence SÚKL, a proto se k nim SÚKL nemohl vyjádřit. Standardní léčebné postupy obvykle vycházejí z doporučení odborných společností a nelze je měnit pouze na základě vztahu k nákladům.
7. Taktéž požádal Úřad zadavatele o vysvětlení pojmu „výživová komise“. Ten uvedl, že termínu „výživová komise“, odpovídá termín „léková komise“, což vychází z vyhlášky č. 61/1990 Sb., o hospodaření se zdravotnickými potřebami, ve znění pozdějších předpisů, která v § 42 stanovila, že k usměrňování preskripce a spotřeby léčiv, včetně krve a krevních výrobků, mohou zdravotnická zařízení a ministerstvo zřizovat lékové komise. Tato vyhláška byla zrušena, nicméně potřeba usměrňování a odborného posouzení zůstala i nadále. Zadavatel proto zřídil výživovou komisi podle svého organizačního

řádu. Komise jedná jak o léčivých přípravcích pro parenterální výživu pro zvláštní lékařské účely, tak i o léčivých přípravcích ovlivňujících nutriční a metabolický stav pacienta, a i o lécích. Schází se obvykle 3x až 4x ročně. Doba potřebná pro vyhotovení stabilitní studie činí řádově týdny až měsíce. Stabilitní studie jsou velmi nákladnou záležitost.

8. Úřad následně požádal SÚKL a Státní zdravotní ústav (dále jen „SZÚ“) o odborné posouzení následujících skutečností:
  - Který z názvů léků (léčivých přípravků) uvedených v „Příloze č. 1“ je označen konkrétním obchodním názvem (značkou typickou pro výrobce)?
  - Bylo uvedení konkrétních obchodních názvů léků (léčivých přípravků) nevyhnutelné z důvodu, že je nelze označit jinak, či měl zadavatel možnost popsat léky (léčivé přípravky) jinak, tedy např. obecným názvem, či složením léčivých látek?
  - Připadají u léků (léčivých přípravků), které zadavatel označil konkrétním obchodním názvem, v úvahu jiné ekvivalenty?
  - Lze odůvodnit zadání nákupu léků (léčivých přípravků) zároveň s nákupem spotřebního materiálu (desinfekčních roztoků, injekčních stříkaček, jehel, drenáží)?
  
9. SZÚ uvedl, že je oprávněn vyjádřit se pouze k prvním třem stranám přílohy č. 1 (tabulka) a s jistotou jen k těm přípravkům, které by nebyly používány na člověka. V odpovědi SÚKL uvedl, které z použitých názvů jsou názvy registrovaných přípravků. Jen některé z nich jsou však registrovanými přípravky v České republice. Z tohoto důvodu se SÚKL domníval, že zadavatel uvedl registrovaný název, neboť jiné přípravky odpovídajících vlastností nejsou v České republice k dispozici. U některých dalších přípravků uvedl SÚKL, že v České republice jsou sice registrovány jiné přípravky obsahující směsi olejů a esenciálních aminokyselin, avšak nelze je vždy bez dalšího považovat za zcela terapeuticky nahraditelné. Za některé léčivé přípravky zase je možné získat přípravek obdobného složení, avšak všechny jsou od jednoho držitele rozhodnutí o registraci. U obecného použití léčivých přípravků lze nakupovat spotřební zdravotnické prostředky pro jejich aplikaci samostatně. Výrobci injekčních stříkaček, jehel, katétrů, drenáží, kanyl, infuzních setů, spojovacích hadiček atd. je podle SÚKL mnoho a pro obecné použití stačí upřesnit pouze objem nebo rozměry. Neexistuje-li však více výrobců pro konkrétní zdravotnický prostředek nebo nelze-li použít jiný, pak je přesná specifikace namístě. V uvedeném případě však žádný z léčivých přípravků uvedených v příloze č. 1 nevyžaduje aplikaci specializovaným zdravotnickým prostředkem (zvláštním druhem, typem). V případě, že výrobce určí např. v návodu k použití v zájmu zachování vzájemné kompatibility jednotlivých použitých komponentů konkrétní zdravotnický prostředek nebo léčivý přípravek, je nutné to samozřejmě respektovat (př. dialyzační přístroj – dialyzátor – infuzní set, ventilátor plic – filtr – dýchací okruhy od jednoho výrobce). U desinfekčních přípravků je rozhodující výrobcem určený účel použití.
  
10. K závěrům SÚKL se vyjádřil vítězný uchazeč. K léčivému přípravku Hemohe, který je podle názoru SÚKL nahraditelný dalšími čtyřmi léčivými přípravky, uvedl, že na trhu České republiky je aktivně distribuován pouze Hemohe, a proto fakticky jiná alternativa neexistuje. Výrobky SERAG-HAES a INFUKOLL HES se zase liší způsobem podání a druhem obalu, protože jsou dodávány ve skleněném obalu, a tím je vyloučeno tzv. podávání přetlakem. Právě tento způsob podávání je aplikován ve cca 50 % případech podávání roztoku v případech, kdy jde u pacientů o akutní stav. Otázku uvedenou pod čtvrtou odrážkou považuje vítězný uchazeč za zavádějící, neboť Úřad se

zeptal, zda je třeba k užití konkrétního léku potřeba užít např. konkrétní injekční stříkačku nebo jehlu. SÚKL se tedy zaměřil v odpovědi pouze na posouzení, zda pro použití léčivých přípravků jsou specificky určeny určité zdravotnické prostředky. Z tohoto pohledu nelze brát vyjádření SÚKL jako směrodatné. Argumenty SÚKL tak vyznívají na první pohled pro zadavatele nepříznivě, přestože se potvrdily i argumenty zadavatele a vítězného uchazeče. Tyto skutečnosti však Úřad pomínil. Dále doplnil vítězný uchazeč, že zákon nezakazuje postup, kdy by zadavatel nejprve uveřejnil, že veřejná zakázka bude rozdělena na části, a poté toto rozhodnutí změnil, neboť se jedná o oznámení předběžné, a tudíž z něj nelze dovozovat povinnost veřejného zadavatele určitou nadlimitní veřejnou zakázku v následujících 12 měsících vůbec zadat. Dodal, že poptáváním více souvisejících výrobních skupin lze efektivně snížit náklady jak na administraci objednávek, tak na jejich logistiku. Vítězný uchazeč má zato, že stanovisko SÚKL potvrdilo správnost postupu zadavatele.

11. Taktéž zadavatel se vyjádřil v tom smyslu, že stále trvá na tom, že se nedopustil porušení zákona. Obdobně jako vítězný uchazeč odkázal na stanovisko SÚKL a taktéž uvádí obdobné skutečnosti. K otázce, zda neměl veřejnou zakázku rozdělit na části, uvedl zadavatel, že celý předmět veřejné zakázky tvořil jeden logický celek, neboť jednotlivé položky uvedené v příloze č. 1 zadávací dokumentace spolu vzájemně souvisejí. Současně však zadavatel odmítl, že by v nějakém svém vyjádření tvrdil, že by určitý léčivý přípravek, uvedený v příloze č. 1 zadávací dokumentace, bylo třeba aplikovat prostřednictvím určitého zdravotnického prostředku.

#### **Napadené rozhodnutí**

12. Dne 27. 6. 2007 vydal Úřad rozhodnutí č.j. S051/2007/VZ-11863/2007/520-KV, jímž konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 45 odst. 3 zákona tím, že stanovil technické podmínky tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jako opatření k nápravě Úřad zrušil podle § 118 zákona zadávací řízení. Dále zadavateli uložil uhradit náklady správního řízení podle § 119 odst. 2 zákona ve výši 30 000,- Kč.
13. Úřad v odůvodnění tohoto rozhodnutí k otázce stanovení technických podmínek nejprve uvedl, že jeho rozhodnutí závisí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí, a vzhledem k tomu, že zadavatel ve svém vyjádření navrhl jako důkazní prostředek učinění dotazu na SÚKL, požádal jej Úřad o odborné posouzení skutečností, a to dopisem ze dne 11. 5. 2007. Co se týče uvedení názvů léčivých přípravků v příloze č. 1 zadávací dokumentace shledal Úřad na základě znaleckého posudku, že v šetřeném případě mohl zadavatel v zadávací dokumentaci uvést léčivé přípravky jejich registrovanými názvy, aniž by tím porušil § 44 odst. 9 zákona, neboť je to odůvodněno předmětem veřejné zakázky.
14. Pokud však jde o vymezení předmětu veřejné zakázky v bodu 3.2. zadávací dokumentace, konstatoval mj. Úřad, že zadavatel předmět veřejné zakázky koncipoval široce, když do něj zahrnul jak dodávky léčivých přípravků, tak i dodávky dalšího zdravotnického materiálu, jako jsou operační rukavice, injekční stříkačky, jehly, drenáže, močové katetry a desinfekční prostředky. Zadavatel tak zahrnul do předmětu veřejné zakázky jednak „specializovanější zakázku“, která zahrnuje dodávku léčivých přípravků (viz výše), tak i dodávku běžného zdravotnického materiálu, která zahrnuje

široký rozsah dodávaného materiálu. Naproti tomu dodávku zdravotnického materiálu může poskytnout širší okruh dodavatelů. V důsledku toho zadavatel zúžil okruh potencialních dodavatelů celého předmětu veřejné zakázky. Z uvedených předpokládaných hodnot poptávaného zdravotnického materiálu (operační rukavice, injekční stříkačky, jehly, drenáže, močové katetry a desinfekční prostředky) vyplývá, že kdyby zadavatel veřejnou zakázku rozdělil např. na dvě části, tj. na veřejnou zakázku na léčivé přípravky, a na veřejnou zakázku na zbývající zdravotnický materiál, jednalo by se v obou případech o nadlimitní veřejné zakázky. Zadavatel by se rozdělením předmětu veřejné zakázky nedopustil rozdělení veřejné zakázky v rozporu se zákonem, protože předmětem šetřené veřejné zakázky je takový okruh produktů, který lze věcně rozdělit, aniž by tímto rozdělením došlo k porušení zákona.

15. Jak Úřad dále konstatoval, je jistě v pořádku, že se zadavatel snaží minimalizovat finanční náklady spojené s realizací veřejné zakázky, ale v šetřeném případě svojí snahou minimalizovat finanční náklady za dodávku léčivých přípravků a dalšího zdravotnického materiálu omezil množství dodavatelů schopných dodat veškerý požadovaný sortiment zboží. K námitce, že kterýkoli z dodavatelů mohl podat společnou nabídku s jiným dodavatelem, bylo uvedeno, že takový dodavatel však má pouze možnost účastnit se zadávacího řízení společně s dalším dodavatelem nebo realizovat veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele. Není tedy stanovena povinnost postupovat popsáním způsobem. Této skutečnosti svědčí opět množství podaných nabídek. Z celkového množství dvou podaných nabídek lze usoudit, že může být komplikované pro dodavatele nasmlouvat si subdodavatele, či podat společnou nabídku s dalším dodavatelem dodávajícím konkrétní léčivé prostředky. Pro úplnost Úřad dodal, že dne 29. 5. 2006 uveřejnil zadavatel v informačním systému o veřejných zakázkách předběžné oznámení ještě podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve kterém uvedl, že hodlá zadat veřejnou zakázku na dodávky léčivých roztoků, desinfekčních prostředků, obvaz. materiálu a dalšího zdravotnického materiálu, přičemž zároveň uvedl, že veřejná zakázka bude rozdělena na části podle shora uvedených výrobků. Z uvedeného lze dovodit, že prvotním úmyslem zadavatele bylo zadat šetřenou veřejnou zakázku na části. Tato skutečnost však není rozhodující pro posouzení, zda zadavatel postupoval při zadávání veřejné zakázky v rozporu se zákonem či nikoli. Úřad proto uzavřel, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 45 odst. 3 zákona tím, že stanovil technické podmínky tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
16. K otázce formy uloženého nápravného opatření uvedl Úřad, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Kdyby zadavatel předmět veřejné zakázky rozdělil na části, které odrážejí situaci na trhu, tedy kdyby část, která je do značné míry specializovaná, nezadával s částmi dodávanými výrazně širším okruhem dodavatelů, nelze vyloučit skutečnost, že by zadavatel obdržel nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky realizace veřejné zakázky, než vybraný uchazeč. Je tedy naplněna podmínka možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Vzhledem k tomu, že zadavatel závažně pochybil již při stanovení podmínek zadání (resp. při stanovení technických podmínek) zadávacího řízení formou otevřeného řízení, proto musel Úřad zrušit zadávací řízení. Závěrem odůvodnění tohoto rozhodnutí se Úřad vyjádřil také k uložené náhradě nákladů správního řízení.

## II. Námitky rozkladu

### Rozklad zadavatele

17. Dne 18. 7. 2007 obdržel Úřad rozklad zadavatele proti výše uvedenému rozhodnutí. V tomto rozkladu zadavatel úvodem vytýká napadenému rozhodnutí to, že Úřad musí jmenovat nejen okruh „určitých“ dodavatelů, ale také prokázat přímou vazbu stanovených technických podmínek na zaručení konkurenční výhody oproti jiným dodavatelům. Úřad měl označit konkrétní dodavatele, kteří mají být stanovením technických podmínek znevýhodněni. Současně podle zadavatele z toho, že nabídku podali jen dva uchazeči z dvanácti dodavatelů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, nelze dovodit závěr, že ti dodavatelé, kteří nabídku nepodali, nebyli schopni obsáhnout celý předmět veřejné zakázky. Taktéž závěr o komplikovanosti nasmlouvání subdodavatelských vztahů nemá oporu v provedeném dokazování. Zadavatel připomíná, že žádný dodavatel zadávací dokumentaci nenapadl. Přitom přinejmenším sedm dodavatelů disponuje oprávněním pro distribuci léčivých přípravků (BIOMEDICA ČS, s.r.o., Johnsohn & Johnsohn, s.r.o., MEDITES PHARMA, spol. s r. o., PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s., BAXTER CZECH, spol. s r. o., Fresenius Kabi, s.r.o., a Ecolab Hygiene, s.r.o.), a tedy nepodání nabídky v jejich případě nebylo způsobeno absencí rozhodnutí o povolení distribuce léčiv. Důkazní materiál by proto měl být doplněn o zjištění, zda tito dodavatelé disponovali před skončením lhůty pro podání nabídek oprávněním k distribuci léčivých přípravků.
18. Dále zadavatel Úřadu vytýká, že v napadeném rozhodnutí nijak neodůvodnil, vymezením kterých charakteristik a požadavků na dodávky zboží měl zaručit některým dodavatelům konkurenční výhodu. Úřad dovodil porušení § 45 odst. 3 zákona pouze proto, že předmětem veřejné zakázky byla kombinovaná dodávka léčivých přípravků a zdravotnického materiálu. Úřad tak aplikoval zákonné ustanovení, aniž ho srozumitelně, jednoznačně a přesvědčivě zdůvodnil.
19. K vymezení předmětu veřejné zakázky dále zadavatel uvádí, že tento předmět byl stanoven jako souhrn léčivých přípravků a ostatního zdravotnického materiálu. Zadavatel opětovně připomíná věcnou souvislost těchto druhů zboží, neboť veškeré léčivé přípravky mohou být aplikovány pouze za použití ostatního zdravotnického materiálu, resp. tento zdravotnický materiál bezprostředně slouží k podání příslušných léčivých přípravků, přičemž je třeba zajistit plynulou dodávku jednotlivých druhů zdravotnického zboží v požadovaném množství a čase. Zadavatel vysvětluje, že preferuje takový systém dodávky, který umožňuje sledovat stav zásob přímo u dodavatele a který bez prodlení reaguje na potřeby zadavatele. Jiný systém by nebyl tak efektivní (zvýšení nákladů na administrativu a logistiku, nemožnost využít slev a výhod) a navíc by hrozil být i jen dočasný nedostatek potřebného zdravotnického materiálu. V této části rozkladu zadavatel dále podrobně vysvětluje organizační systém a fungování jednotlivých částí své organizace, který primárně zaměřuje na úsporu nákladů, zejména mzdových, a efektivitu.

### Závěr rozkladu

20. Zadavatel proto trvá na tom, že zákon neporušil, a navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo zrušeno a řízení zastaveno.

### Rozklad vítězného uchazeče

21. Dne 18. 7. 2007 podal proti napadenému rozhodnutí rozklad také vítězný uchazeč. V úvodní části podobně jako zadavatel vytyká Úřadu, že nezkoumal, kteří konkrétní dodavatelé a jakým protiprávním způsobem měli být postupem zadavatele znevýhodněni, resp. kterým dodavatelům měla být poskytnuta konkurenční výhoda. Jedná se tedy o obecné konstatování, které nelze považovat za relevantní právní argument. Ani tvrzenou komplikovanost nasmlouvání subdodavatelského vztahu Úřad ničím nepodložil a podle názoru vítězného uchazeče ani není oprávněn případnou obtížnost posuzovat. Obdobně Úřad neodůvodnil, proč jen dva uchazeči, kteří podali v šetřené veřejné zakázce nabídku, byli schopni obsáhnout celý předmět veřejné zakázky. Uvedené závěry ostatně vítězný uchazeč považuje za absurdní tím spíše, že tvoří jediný opěrný bod celého rozhodnutí. Přitom dle názoru vítězného uchazeče nelze ze skutečnosti, že si zadávací dokumentaci vyzvedli jen dva uchazeči, nic dovozovat. Je naprosto běžné, že si zadávací dokumentaci vyzvedávají i dodavatelé, kteří jen zjišťují, zda by danou veřejnou zakázku byli schopni pokrýt a zda o ni vůbec mají zájem (toto rozhodnutí záleží na možnostech dodavatele, jeho prioritách, účasti v dalších soutěžích o veřejnou zakázku, apod.). Úřad však ve svých úvahách šel dále, když počet vyzvednutých zadávacích dokumentací dává do relace k počtu podaných nabídek a následně ještě dovozuje, že pouze dva dodavatelé byli schopni obsáhnout tak rozsáhlý předmět. Ve veřejných zakázkách tohoto typu je navíc běžné, že se soutěže účastní i jen jeden uchazeč, nadto zákon pro otevřené řízení nestanoví minimální počet uchazečů. Vybraný uchazeč následně uvádí výčet subjektů, kteří jsou dle jeho názoru schopni pokrýt předmět veřejné zakázky (PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s., řetězec AGEL, STYLMED H, a.s., PHOENIX lékárenský velkoobchod, a.s., GEHE Pharma Praha, spol. s r. o., Nemocniční logistika, a.s., ZZM, spol. s r. o. či Alliance Healthcare, s.r.o.). U těchto velkodistributorů může dodavatel nakoupit zboží požadované zadavatelem, případně nabídku mohou podat přímo tito velkodistributoři.
22. Vítězný uchazeč zastává názor, že pokud zadavatel usoudil, že může dosáhnout výhodnějších podmínek v případě, kdy místo jednotlivých druhů léčivých přípravků a zdravotnického materiálu poptávaných separátním způsobem, bude poptávat komplexní ucelenou dodávku, pak bylo jeho plným právem tak učinit. Takto realizovaná úvaha není v rozporu s žádným právním předpisem.
23. Podle vítězného uchazeče nepřísluší zadavateli chránit zájmy konkrétních dodavatelů, nýbrž je povinen chránit a efektivním způsobem prosazovat své ekonomické a ostatní oprávněné zájmy. Rozhodnutím je zadavateli fakticky upíráno právo stanovit rozsah veřejné zakázky podle svého uvážení.
24. Vítězný uchazeč je dále toho názoru, že popsané jednání zadavatele, tj. vymezení předmětu veřejné zakázky tak, že obsahuje jak dodávku léčivých přípravků, tak dodávku zdravotnických prostředků, nelze vůbec podřadit pod § 45 odst. 3 zákona. Nejedná se totiž o stanovení technických podmínek veřejné zakázky obecně a ani o stanovení technických podmínek *in concreto*. Právní hodnocení je tak provedeno Úřadem nesprávně. Technickou podmínkou podobně není ani živnostenské oprávnění či povolení k distribuci zboží (v tomto případě léčivých přípravků a zdravotnických prostředků). Zadavateli vytykané vymezení charakteristik a požadavků na dodávky



poptávaných výrobků bylo učiněno v souladu se zákonem, což potvrdilo i stanovisko SUKL a SZÚ. V této souvislosti vítězný uchazeč odkazuje na obsah zadávací dokumentace (str. 5), ve které zadavatel připustil kvalitativně a technicky obdobná řešení.

25. Zadavatel dále podle vítězného uchazeče není povinen zkoumat, kolik potenciálních dodavatelů je schopno pokrýt předmět veřejné zakázky a ani to po něm nelze spravedlivě požadovat. Opětovně připomíná možnost dodavatele sdružit se s jinými dodavateli a podat společnou nabídku nebo využít institut subdodavatelství. Taktéž připomíná, že proti znění zadávací dokumentace nepodal žádný dodavatel nebo uchazeč námítky.
26. Dále vítězný uchazeč poukazuje na ustanovení § 98 odst. 1 zákona, které se týká dělení veřejné zakázky. Upozorňuje, že nikde není stanovena povinnost zakázku rozdělit, je-li to z její povahy možné, jedná se pouze o možnost, které zadavatel nemusí využít. Opačný výklad by byl v rozporu s čl. 4 odst. 1 Listiny základních práv a svobod. Přestože veřejná zakázka byla pojata široce, celý její předmět tvoří jeden logický a věcně ucelený soubor zboží a umožňuje zadavateli efektivně sladit spolu související procesy. Veřejná zakázka na dodávky roztoků, injekčních stříkaček, drenáží a desinfekcí byla zadána jako jediný celek, neboť jednotlivé položky uvedené v Příloze 1 zadávací dokumentace spolu vzájemně úzce funkčně a terapeuticky souvisejí, přičemž vítězný uchazeč v podrobnostech vysvětluje, jak. Vítězný uchazeč dále poukazuje podobně jako zadavatel na systém *just-in-time*, u kterého odpadá nutnost skladování u zadavatele, a se kterým je spojena efektivnější logistika a administrace a snížení nákladů.
27. Ohledně záměru zadat veřejnou zakázku na části vítězný uchazeč poukázal na to, že na jednu stranu Úřad v této otázce vychází z nezávazného předběžného oznámení veřejné zakázky, na druhou stranu však v tomtéž rozhodnutí následně tvrdí, že záměr zadat veřejnou zakázku na více částí není pro posouzení, zda se zadavatel dopustil porušení zákona, relevantní.
28. V návaznosti na shora uvedené argumenty i vítězný uchazeč trvá na tom, že zadavatel zákon neporušil, a proto navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo zrušeno a řízení zastaveno.

### **Vyjádření k rozkladům**

29. K rozkladu zadavatele se vyjádřil vítězný uchazeč v tom smyslu, že se s jeho právními závěry ztotožňuje.

### **III. Řízení o rozkladu**

30. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
31. 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 napadené rozhodnutí

přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

32. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 27. 6. 2007, č.j. S051/2007/VZ-11863/2007/520-KV, konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 45 odst. 3 zákona tím, že stanovil technické podmínky tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, za což Úřad zrušil podle § 118 zákona zadávací řízení a uložil uhradit náklady správního řízení podle § 119 odst. 2 zákona ve výši 30 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

#### **IV. K námitkám rozkladu**

33. Úvodem uvádím, že rozklady obou účastníků řízení obsahují prakticky totožné argumenty, a proto budou námitky rozkladů vypořádány současně.

#### **Ke stanovení okruhu dodavatelů, kteří měli být postupem zadavatele znevýhodněni**

34. Vyhověl jsem návrhům účastníků řízení na doplnění dokazování, neboť lze souhlasit s tím, že obecné závěry Úřadu o tom, že mohlo dojít k zaručení konkurenční výhody některým dodavatelům, nejsou dostatečně přesvědčivé, pokud nejsou vztaheny ke konkrétním dodavatelům.
35. Před samotným vypořádáním námitek rozkladu je proto třeba zmínit průběh a výsledek doplněného dokazování tak, jak jej navrhl zadavatel v podaném rozkladu. Společnosti PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s., Ligamed medical products, GmbH, Fresenius Kabi, s.r.o., BATIST, s.r.o., MEDITES PHARMA, spol. s r. o., BAXTER CZECH spol. s r. o., ECOLAB HYGIENE, s.r.o., Biomedica ČS, s.r.o., Sinomed, Ltd. a Johnson & Johnson, s.r.o., byly požádány usnesením ze dne 3. 8. 2007, č.j. S051/2007/VZ-14224/2004/520-KV, o sdělení, z jakých konkrétních důvodů nepodaly nabídku do přezkoumávaného zadávacího řízení a zda mají povolení k distribuci léčivých přípravků. Ve dnech 3. 8. 2007 až 14. 8. 2007 všechny tyto společnosti zaslaly Úřadu své vyjádření, některé společně s povolením k distribuci léčivých přípravků (toto povolení nezaslaly společnosti PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s., Sinomed, Ltd., Johnson & Johnson, s.r.o.).
36. Společnost PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s. uvedla, že důvodem nepodání nabídky byla širší poptávaných komodit (léčivé roztoky, operační rukavice, injekční stříkačky a jehly, drenáže, močové katetry, desinfekční prostředky). Tyto komodity na trhu zajišťují specializovaní výrobci. Z pohledu tohoto uchazeče byla veřejná zakázka vypsána nestandardně, stejně jako jiná veřejná zakázka téhož zadavatele, uveřejněná v informačním systému pod evidenčním číslem 60001863.
37. Společnost Ligamed medical products, GmbH, uvedla, že nabídku nepodala proto, že není schopná splňovat logistické požadavky zadavatele, neboť sídlí v Innsbrucku.
38. Společnost Fresenius Kabi, s.r.o. uvedla, že proti zadávací dokumentaci podal námitky, jimž zadavatel nevyhověl. V tom odkazuje tento dodavatel na podnět zasláný Úřadu ze dne 17. 1. 2007. Z důvodu podezření, že veřejná zakázka nebyla vypsána v souladu se

- zákonem, rozhodl se tento dodavatel nabídku nepodat, neboť hrozilo, že ze soutěže bude vyloučen.
39. Společnost BATIST, s.r.o. uvedla, že se rozhodla nabídku nepodat, neboť některé skupiny výrobků nedistribuuje.
  40. Taktéž společnost Sinomed, Ltd. podle svého tvrzení nabídku nepodala proto, že nebyla schopna nabídnout kompletní požadovaný sortiment. Zároveň uvedla, že se jí nepodařilo domluvit se žádným uchazečem na subdodávce jím prodávaných výrobků.
  41. Společnost Johnson & Johnson, s.r.o. uvedla, že podání nabídky zvažovala, nabídku nakonec nepodala, protože takto širokou veřejnou zakázku nerozdělenou na části nebylo možné jejím sortimentem vůbec pokrýt a ani podání nabídky za spolupráce jiných dodavatelů nebo subdodavatelů se nejevilo jako reálné.
  42. Společnost MEDITES PHARMA, spol. s r.o. ve svém sdělení Úřad informovala, že nebyla schopna vyhovět všem podmínkám zadávacího řízení, tudíž její nabídka byla vyřazena před samotným posouzením. Zadávací podmínky tato společnost podle svého tvrzení nebyla schopna splnit z důvodu nemožnosti dílčího plnění a s ohledem na požadovaný minimální obrat za tříleté účetní období.
  43. Společnost BAXTER CZECH, spol. s r.o. se nezúčastnila soutěže o veřejnou zakázku z více důvodů. Jednak nedisponuje dostatečným vlastním technickým a personálním zázemím pro realizaci požadovaných průběžných dodávek a pro rozvoz širokého sortimentu zdravotnického materiálu. Nasmlouvání dodavately u třetích osob se nejeví jako profitabilní, a proto tato společnost v praxi nákup léčivých přípravků od třetích stran minimalizuje, jelikož nefunguje jako běžný distributor léčiv. Dále tato společnost nesplňuje podmínku podle § 56 odst. 4 zákona. Jak dále tato společnost uvedla, velkou většinu poptávaných produktů tvořily výrobky vítězného uchazeče, což je významný konkurent společnosti BAXTER CZECH, spol. s r.o., zejména v oblasti infuzních a oplachových roztoků.
  44. Společnost ECOLAB HYGIENE, s.r.o. zjistila, že zakázka je vypsána v nestandardním rozsahu. Zadavatel sloučil komodity, které tato společnost není schopna komplexně zajistit, a to ani při využití subdodavatelských služeb.
  45. Společnost BIOMEDICA ČS, s.r.o. nepodala dle svého tvrzení nabídku proto, že nebyla schopna nabídnout zboží podle požadované specifikace.
  46. Zadavatel a vítězný uchazeč byli v rámci správního řízení seznámeni se sděleními výše uvedených oslovených dodavatelů, a to usnesením ze dne 25. 10. 2007, č.j. R136,153/2007/02-19722/2007/310-KK. Dne 7. 11. 2007 obdržel Úřad vyjádření vítězného uchazeče, který namítá, že reakce společností ECOLAB HYGIENE, s.r.o., BAXTER CZECH, spol. s r. o., Fresenius Kabi, s.r.o. a PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s., jsou zjevně účelová, neboť jde o konkurenty vítězného uchazeče. Ani jeden z oslovených dodavatelů se zákonem stanoveným způsobem nedomáhal svých práv podáním námitek podle § 110 a násl. zákona. Ani v případech, kdy by tyto odpovědi účelové nebyly, nemohly by mít vliv na rozsah a povahu pochybení Úřadu v napadeném rozhodnutí tak, je jsou mu vytýkány v rozkladech, a tudíž ani vliv na rozhodování Úřadu o nich.

47. Téhož dne se vyjádřil ke sdělením potenciálních dodavatelů také zadavatel. Má zato, že sdělení tohoto druhu nemohou být podkladem pro vydání rozhodnutí, neboť předseda Úřadu je vázán při svém rozhodování toliko aplikovatelnými právními předpisy, a oslovené subjekty nejsou oprávněny podávat výklad zákona. Vzhledem k tomu, že se jedná o konkurenty vítězného uchazeče, nemohou mít na věc nestranný pohled, a zadavatel je toho názoru, že se snaží dosáhnout zrušení zadávacího řízení. Ze sdělení je podle zadavatele relevantní pouze informace, zda disponují oprávněním k distribuci léčivých přípravků. Zadavatel dále ve svém vyjádření opětovně vysvětluje, proč zadal veřejnou zakázku způsobem, jakým ji zadal, a odkazuje na svá předchozí vyjádření. Uvádí, že pokud jednotliví distributoři nepodali nabídku, nelze ověřit, zda se tak stalo z důvodů spočívajících ve způsobu zadání veřejné zakázky, či zda se tak stalo např. proto, že nevyvinuli dostatečnou snahu navázat spolupráci s jinými dodavateli za účelem společného plnění této zakázky, jak to předpokládá ustanovení § 51 odst. 5 zákona. Zadavatel je přesvědčen, že způsob zadání nevyloučil z účasti ani samotné výrobce léčivých přípravků či zdravotnického materiálu, což lze dokumentovat tím, že předmět veřejné zakázky byl schopen obsáhnout vítězný uchazeč, který je primárně výrobcem i dodavatelem léčivých přípravků. Nabízí se také otázka, proč nebyla oslovena také společnost ECP, a.s., která byla schopná celý sortiment obsáhnout a nabídku podat, neboť je distributorem, který se soustřeďuje na logistické činnosti spojené s rozvozem a dodávkou léčivých přípravků a zdravotnického materiálu a sama žádné z poptávaných produktů nevyrobí. Proto i tato společnost musela mít zajištěny obchodní vztahy s jednotlivými výrobci léčiv a zdravotnických materiálů. Nabízí se současně otázka, která oslovená společnost nebyla v postavení subdodavatele ke společnosti EPC, a.s., což by jim znemožnilo podat nabídku ve smyslu § 69 odst. 2 zákona.
48. Zadavatel se dále vyjádřil k jednotlivým sdělením oslovených subjektů. Ke sdělení společností PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s., Ligamed medical products, GmbH., Fresenius Kabi, s.r.o., BATIST, s.r.o., MEDITES PHARMA, spol. s r. o., BAXTER CZECH spol. s r.o., ECOLAB HYGIENE, s.r.o. a BIOMEDICA ČS, s.r.o. uvádí, že všechny mají povolení k distribuci zdravotnických prostředků či léčiv, a proto jim nic nebránilo zúčastnit se zadávacího řízení. Pouze společnosti Sinomed, Ltd. a Johnson & Johnson, s.r.o. tato oprávnění nemají nebo tuto skutečnost nesdělily vůbec. Z uvedeného tedy vyplývá, že naprostá většina oslovených společností má povolení k distribuci léčivých přípravků. Vzhledem k tomu, že se nepotvrdil argument Úřadu, že spojením dodávek léčivých přípravků a zdravotnického materiálu do jedné veřejné zakázky, aniž by tato byla rozdělena na části, se stala natolik specifickou, že ji mohl poskytnout jen úzký okruh dodavatelů. V zásadě žádný z oslovených dodavatelů neuvádí, proč neoslovil ty společnosti, které pokrývají tu část sortimentu, kterou nepokrývá daný dodavatel, resp. z jakých důvodů se mu nepodařilo navázat smluvní spolupráci. Zadavatel opětovně připomíná komplexnost dodávek a dále skutečnost, že nebylo jeho zákonnou povinností zakázku rozdělit, a proto nepřekročil závazný zákonný rámec. Zadavatel rovněž není povinen provádět průzkumy trhu za účelem zkoumání, kolik dodavatelů bude schopno předmět plnění realizovat. Námitky uvedené ve sdělení oslovených dodavatelů nejsou nijak podloženy. Zadavatel je v této fázi řízení, po doplnění dokazování (jímž nahrazuje předseda Úřadu činnost orgánu dohledu), přesvědčen, že by napadené rozhodnutí mělo být zrušeno a vráceno za účelem doplnění spisového materiálu o vyjádření dodavatelů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci. Zadavatel by totiž jinak neměl možnost domáhat se přezkoumání závěrů učiněných na

podkladě těchto listin prostřednictvím řádného opravného prostředku. Závěrem však zadavatel přímo žádá předsedu, aby napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil.

### **Závěry učiněné z doplnění dokazování**

49. Přestože zadavatel trvá na tom, že by Úřad neměl k vyjádřením oslovených společností přihlížet, neboť alespoň některá z těchto vyjádření mohou být zaujatá proti vítěznému uchazeči, nemohu podaná vyjádření ignorovat. Nedomnívám se, že tato vyjádření lze pojímat jako „výklad zákona“, jak nastiňuje zadavatel. I kdyby se však oslovené společnosti o výklad zákona pokoušely, měl by tento výklad stejnou váhu jako výklad zákona jiných účastníků řízení. Souhlasím tedy principiálně se zadavatelem, že k výkladu zákona je oprávněn toliko Úřad.
50. Taktéž považuji za nutné uvést, že účelem žádosti o vyjádření oslovených subjektů bylo i zjištění, z jakých důvodů nepodali nabídku v zadávacím řízení, přestože nyní zadavatel relevantnost odpovědi v této části popírá. K oslovení těchto společností navíc došlo na základě rozkladové námítky, kterou bylo Úřadu vytýkáno, že v napadeném rozhodnutí odkázal na neurčité dodavatele, kteří s ohledem na způsob vypsání veřejné zakázky nepodali nabídku (neprojevíli zájem o účast v zadávacím řízení). Nelze souhlasit, že sdělení těchto společností neuvádí, proč oslovené společnosti nenavázaly subdodavatelské vztahy s jinými subjekty na dodávku sortimentu, který samy nejsou schopny pokrýt. Sdělení, že se navázání tohoto vztahu nejevilo jako reálné nebo se tento vztah navázat nepodařilo, lze naopak považovat za dostačující už jen proto, že podání společné nabídky nebo využití institutu subdodatelství je právem každého uchazeče, nikoli jejich povinností, neboť s sebou vedle nepopiratelných výhod nese i určité nevýhody. Je čistě na uchazeči, aby poměr výhod a nevýhod zvážil. Dojde-li k závěru, že sjednání subdodavatelského vztahu nebo podání společné nabídky pro něj není reálné či ekonomicky výhodné, nelze mu takovou volbu klást k tíži.
51. Na základě těchto sdělení považuji za prokázané, že zadavatel spojil ve veřejné zakázce specializovanou část na dodávku konkrétních léčivých přípravků s dodávkou na běžný zdravotnický materiál, přičemž tato skutečnost mohla ovlivnit možný okruh dodavatelů. Například dodavatelé Sinomed, Ltd. či Johnson & Johnson, s.r.o. sdělili, že nevládní povolení k distribuci léčivých přípravků, a tudíž nebyli schopni obsáhnout celý požadovaný sortiment zboží, resp. sami dodat požadované léčivé přípravky. Neshledal jsem proto ani důvody pro doplnění dokazování orgánem dohledu, tj. nepřístupil jsem ke zrušení napadeného rozhodnutí a jeho vrácení k novému projednání.

### **K namítanému nedostatečnému vymezení protiprávního jednání zadavatele**

52. Neztotožňuji se s námitkou, že výrok napadeného rozhodnutí je neurčitý. Ve výroku je uvedeno, porušení kterého ustanovení zákona se zadavatel dopustil, přičemž porušení § 45 odst. 3 zákona Úřad ve výroku uvedl doslovnou citací. Napadené rozhodnutí je nutno vnímat jako jeden celek, a proto nelze opomenout, že jeho odůvodnění konkrétní způsob porušení zákona zadavatelem v podrobnostech rozvádí. Nelze tudíž souhlasit, že rozhodnutí je nesrozumitelné či jinak nejasné, pokud jde o popis nesplnění povinnosti zadavatele.
53. K námitce, že v odůvodnění napadeného rozhodnutí chybí, v čem konkrétně lze zaručení konkurenční výhody spatřovat, uvádím, že pokud je součástí veřejné zakázky

specializovaná dodávka zboží (tj. dodávka, jejímž předmětem jsou léčivé přípravky, z nichž některé jsou označeny registrovanými názvy), spolu s běžnou dodávkou zdravotnického materiálu, už tím je zaručena konkurenční výhoda pro ty dodavatele, v jejichž sortimentu jsou zahrnuty léčivé přípravky označené registrovanými názvy. Uvedený závěr podporují i skutečnosti, které byly zjištěny po doplnění dokazování. Jak vyplývá z výše uvedených vyjádření několika oslovených dodavatelů, častým důvodem pro nepodání nabídky do předmětného zadávacího řízení byla právě neschopnost těchto dodavatelů pokrýt takto široce koncipovanou veřejnou zakázku z jimi nabízeného sortimentu. Naproti tomu ani někteří dodavatelé, kteří mají oprávnění k distribuci léčivých přípravků, nebyli schopni dodat veškeré požadované zboží, což také vyplývá z výše uvedených sdělení oslovených dodavatelů. Že se tak stalo, dokládá např. sdělení společnosti BIOMEDICA ČS, spol. s r. o.

54. Z podaných vyjádření taktéž lze vyvodit, že v případě, kdy by zakázka byla rozdělena na části, mohli by se tito dodavatelé ucházet alespoň o příslušnou část, např. o výrobky, k nimž není třeba být držitelem povolení k distribuci léčivých přípravků, neboť dodávku zdravotnického materiálu může poskytnout širší okruh dodavatelů. V důsledku toho považují za prokázané, že zadavatel zúžil okruh potencionálních dodavatelů celého předmětu veřejné zakázky. Současně v několika sděleních dodavatelé výslovně zmínili, že spolupráce jiných dodavatelů nebo subdodavatelů se nejevila jako reálná či výhodná.
55. Nelze současně opomenout podstatný závěr SÚKL, podle kterého lze nakupovat spotřební zdravotnické prostředky pro jejich aplikaci samostatně, neboť žádný z léčivých přípravků uvedených v příloze 1 zadávací dokumentace nevyžaduje aplikaci specializovaným zdravotnickým prostředkem (zvláštním druhem, typem), ledaže výrobce určí konkrétní zdravotnický prostředek z důvodu zachování vzájemné kompatibility jednotlivých použitých komponentů.
56. Co se týče námítky, že zadavatel výslovně umožnil pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, podotýkám, že tuto skutečnost musel zadavatel uvést, neboť v zadávací dokumentaci odkazoval na specifická označení zboží (označil některé léčivé přípravky jejich registrovanými názvy). Jak výslovně stanoví § 44 odst. 9 zákona, v takovém případě zadavatel umožní použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Vzhledem k tomu, že napadené rozhodnutí konstatovalo, že zadavatel byl oprávněn použít registrované názvy léčivých přípravků, což ani jeden z účastníků řízení nenapadl rozkladem, je uvedená skutečnost bezpředmětná.

### **K otázce subdodavatelství**

57. Jak již bylo nastíněno výše, lze se plně ztotožnit se závěrem orgánu dohledu, podle kterého je čistě právem dodavatele, nikoli jeho povinností, využít institutu subdodavatelství. Jak vyplynulo ze sdělení oslovených dodavatelů, mnozí z nich o využití institutu subdodavatelství z různých důvodů neuvažovali, mj. i proto, že se subdodavatelství vztah k jinému dodavateli jevil jako nereálný nebo celkově ekonomicky nevýhodný. Tím se současně potvrdily předpoklady, které orgán dohledu vyslovil v napadeném rozhodnutí, a to, že nasmlouvání subdodavatelství může být pro dodavatele komplikované. Z hlediska vytykaného porušení zákona je proto zcela irelevantní, zda některý dodavatel institutu subdodavatelství využil či nikoli, přestože mu to zákon umožňuje.

### **K dělení veřejné zakázky**

58. Zákon skutečně zadavateli neukládá povinnost rozdělit veřejnou zakázku na části a lze plně souhlasit s účastníky řízení v tom, že zákon rozdělení veřejné zakázky pouze umožňuje, a to za splnění podmínek uvedených v § 13 odst. 3 zákona a § 98 zákona. Účastníci řízení jsou však toho názoru, že pokud má zadavatel možnost dosáhnout výhodnějších ekonomických podmínek za ucelenou dodávku zboží, má této možnosti využít.
59. Pokud jde o závěr, že zákon nestanoví jakoukoli povinnost veřejnou zakázku dělit na části a že naopak rozdělení veřejné zakázky pouze umožňuje, plně s účastníky řízení souhlasím. Taktéž lze v obecné rovině souhlasit, že pokud rozdělení veřejné zakázky povede k výhodnějším ekonomickým podmínkám realizace předmětu těchto veřejných zakázek, má tak zadavatel učinit. Nicméně to vše je podmíněno zákonným postupem zadavatele po celou dobu zadávacího řízení a dodržení všech zákonných ustanovení. Mezi ně patří právě i ustanovení § 45 odst. 3 zákona, podle něhož zadavatel nesmí zadat veřejnou zakázku tak, aby zaručil určitým dodavatelům konkurenční výhodu. Jak plyne z napadeného rozhodnutí i skutečností uvedených výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, zadavatel způsobem vymezení technických podmínek veřejné zakázky omezil okruh potenciálních dodavatelů, a tím některým dodavatelům zaručil konkurenční výhodu. Zadavatel by se však jmenovaného porušení zákona nedopustil, kdyby veřejnou zakázku rozdělil na části, a to jednak na léčivé přípravky, jednak na ostatní zdravotnické prostředky typu injekční stříkačky, katetry, rukavice, desinfekční a oplachové roztoky, apod. Současně by nebylo vyloučeno, že by nejvhodnější podmínky plnění nabídl jeden uchazeč ve všech částech, a tak by zadavatel nakonec vybral pro všechny části jednoho dodavatele. Rozdělením šetřené veřejné zakázky by však mohl zadavatel lépe dostát základnímu požadavku na transparentnost jeho postupu v soutěži o veřejnou zakázku.

### **K neexistenci námitek dodavatelů proti zadávací dokumentaci**

60. Správní řízení bylo skutečně zahájeno z moci úřední, a to na základě podaného podnětu. Zahájení správního řízení z moci úřední o přezkoumání úkonu zadavatele předvídá ustanovení § 113 odst. 1 zákona. Správní řízení z moci úřední Úřad zahajuje nejčastěji na základě výsledků jím provedené kontroly, nebo právě na základě obdrženého podnětu (odesílatelem podnětu může například být jiný správní orgán, potenciální dodavatel, který se zadávacího řízení neúčastnil, ale také osoba, která mohla podat námitky a na ně navazující návrh na zahájení správního řízení, ale z určitého důvodu tak neučinila). S obsahem podnětu byl zadavatel seznámen v oznámení o zahájení správního řízení a dále se skutečnostmi v něm uvedenými se zabývá i napadené rozhodnutí coby rozhodnutí ve věci samé. Uzavírám tedy, že Úřad byl oprávněn zahájit správní řízení i v případě, kdy žádný dodavatel či uchazeč vůbec nepodal námitky, neboť tato podání či nepodání námitek v zadávacím řízení nejsou podmínkou pro zahájení správního řízení z moci úřední. Úřad chrání konkurenční prostředí a tedy hájí nejen zájmy účastníků řízení, ale i dodavatelů, kteří například nabídku nepodali, což uznávají v rozkladu i účastníci řízení. Z napadeného rozhodnutí však rozhodně nelze dovodit, že by bylo vydáno za účelem ochrany pouze jednoho či několika konkrétních dodavatelů, jak tvrdí v podaných rozkladech shodně oba účastníci řízení. Důkazem je již skutečnost, že samotní účastníci řízení namítali, že Úřad neprokázal znevýhodnění v soutěži o veřejnou zakázku u *konkrétních* dodavatelů a sami požadovali doplnění dokazování v tom smyslu, aby bylo zřejmé, o které dodavatele se jedná a jak mohli být znevýhodněni.

Rozhodně také nelze souhlasit, že Úřad v napadeném rozhodnutí ignoroval ekonomické zájmy zadavatele. Zadavatelovy oprávněné ekonomické zájmy však nesmí kolidovat s požadavky § 45 odst. 3 zákona, tj. s požadavkem, aby technické podmínky nebyly stanoveny způsobem, který zaručuje určitým dodavatelům konkurenční výhodu.

### **Ke způsobu stanovení technických podmínek a předmětu veřejné zakázky**

61. Podle názoru jednoho z rozkladů jsou „předmět veřejné zakázky“ a „technické podmínky veřejné zakázky“ odlišné pojmy, což však Úřad nebere v napadeném rozhodnutí v úvahu. Podle § 45 odst. 3 zákona se technickými podmínkami v případě veřejných zakázek na dodávky nebo služby rozumí vymezení charakteristik a požadavků na dodávky nebo služby stanovené objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem. V šetřeném případě se jedná o veřejnou zakázku na dodávky. Jak vyplývá z přílohy č. 1 zadávací dokumentace, kde je obsaženo zboží, které zadavatel požaduje dodat, je zřejmé, jaký druh zboží, v jakých rozměrech a koncentracích a jaké množství tohoto zboží zadavatel požaduje dodat. V případě šetřené veřejné zakázky na dodávku jsou technickými podmínkami, které vyjadřují účel využití požadovaného zboží, právě názvy zboží, jejich rozměry, koncentrace, apod.

### **K předběžnému oznámení plánovaných zakázek**

62. Jak bylo zjištěno, orgán dohledu v napadeném rozhodnutí sice odkazuje na zadavatelem zveřejněné předběžné oznámení veřejné zakázky, avšak výslovně dodává, že tato skutečnost není rozhodující pro posouzení, zda zadavatel porušil zákon či nikoli. Lze souhlasit, že z pohledu účastníků řízení se může odkaz na obsah předběžného oznámení jevit jako nadbytečný, když nakonec podle orgánu dohledu není pro posouzení případu relevantní. Nelze však přehlédnout, že o předběžném opatření se orgán dohledu zmínil již ve svém usnesení ze dne 5. 6. 2007, č.j. S051/2007/VZ-10742/2007/520-KV. Vzhledem k tomu, že by se rozhodnutí ve věci samé mělo zabývat všemi skutečnostmi, které vyšly najevo v průběhu správního řízení, orgán dohledu nepostupoval v rozporu se zákonem, když se k otázce předběžného oznámení v napadeném rozhodnutí vyjádřil i přesto, že nebyla pro rozhodnutí o tom, zda došlo k porušení zákona, relevantní.

### **Ke vzájemné souvislosti poptávaných výrobků a způsobu hospodaření zadavatele**

63. Zadavatel v podaném rozkladu tvrdí, že centralizace vzájemně souvisejících dodávek u jednoho dodavatele vede k průkazné úspoře finančních prostředků. Uvedenou skutečnost však nijak blíže nedokazuje, např. finančními doklady. Vzhledem k tomu, že přezkoumávanou veřejnou zakázku zadavatel nezadal na části, není ani možné porovnat výsledky šetřeného zadávacího řízení a veřejné zakázky, ve které by byla v části zdravotnických materiálů typu injekční stříkačky, močové katetry, desinfekční prostředky, operační rukavice, oplachové roztoky, apod. připuštěna širší konkurence dodavatelů. Úspora finančních prostředků dále nemůže být dosažena porušením závazných ustanovení zákona.
64. Co se týče namítané souvislosti požadovaných výrobků, ani na základě odborného vyjádření SÚKL nebylo zjištěno, že léčivé přípravky uvedené v příloze 1 zadávací dokumentace musí být používány se speciálními typy zdravotnických prostředků



konkrétních výrobců. V podrobnostech odkazují na předchozí části odůvodnění tohoto rozhodnutí.

### **K uloženému nápravnému opatření**

65. S ohledem na výše uvedené, když je zřejmé, že porušení zákona zadavatelem spočívalo již v samotném vymezení zadávacích podmínek (technických podmínek) veřejné zakázky, tj. v nejranější fázi zadávacího řízení předtím, než bylo rozhodnuto o přidělení veřejné zakázky, konstatuji, že nezbývalo než zadání zrušit podle § 118 zákona. Úřad proto rozhodl správně o formě nápravného opatření.
66. Pro úplnost dodávám, že závěr rozhodnutí vychází pouze z potenciální možnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což však zcela postačuje pro uložení nápravného opatření.

### **V. Závěr**

67. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
68. 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 uvedeno.

### **P o u č e n í**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Nemocnice České Budějovice, a.s., se sídlem B. Němcové 585/54, 370 87 České Budějovice, jejímž jménem jedná MUDr. Břetislav Šon, předseda představenstva, a MUDr. František Vorel, místopředseda představenstva
2. JUDr. Miroslav Jansta, advokát AK Jansta, Kostka & spol., se sídlem Těšnov 1, 110 00 Praha 1,
3. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce