



UOHSX00KBZFF

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0147/2024/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-38486/2024/163

Brno 11. 10. 2024

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 9. 9. 2024 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **Dialab spol. s r.o.**, IČO 14889200, se sídlem náměstí Osvoboditelů 1/11, 153 00 Praha 5, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 20. 6. 2024 JUDr. Michalou Kosovou, advokátkou, ev. č. ČAK 10548, Staroměstské náměstí 929/8, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-33093/2024/500 ze dne 28. 8. 2024 vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0481/2024/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Fakultní Thomayerova nemocnice**, IČO 00064190, se sídlem Vídeňská 800, 140 59 Praha 4, učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Dodávky ZP_IVD – Zdravotnický spotřební materiál k odběru krve a dalších biologických materiálů**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 2. 2024 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 2. 2024, pod ev. č. zakázky Z2024-009186 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 2. 2024, pod ev. č. 123223-2024, jehož dalším účastníkem je vybraný dodavatel –

- **Schubert CZ spol. s r.o.**, IČO 41694783, se sídlem Na Bělidle 995/8, 150 00 Praha 5, jsem na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů a podle § 152 odst. 6 písm. b) a § 90 odst. 5 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0481/2024/VZ, č. j. ÚOHS-33093/2024/500 ze dne 28. 8. 2024

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jakožto orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem obdržel dne 20. 6. 2024 návrh navrhovatele – Dialab spol. s r.o., IČO 14889200, se sídlem náměstí Osvoboditelů 1/11, 153 00 Praha 5, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 20. 6. 2024 JUDr. Michalou Kosovou, advokátkou, ev. č. ČAK 10548, Staroměstské náměstí 929/8, 110 00 Praha 1, (dále jen „**navrhovatel**“).
2. Dnem obdržení předmětného návrhu bylo v souladu s § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Fakultní Thomayerova nemocnice, IČO 00064190, se sídlem Vídeňská 800, 140 59 Praha 4, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Dodávky ZP_IVD – Zdravotnický spotřební materiál k odběru krve a dalších biologických materiálů“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 2. 2024 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 2. 2024, pod ev. č. zakázky Z2024-009186 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 2. 2024, pod ev. č. 123223-2024 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
3. Navrhovatel návrh směřoval proti rozhodnutí o výběru dodavatele – Schubert CZ spol. s r.o., IČO 41694783, se sídlem Na Bělidle 995/8, 150 00 Praha 5, (dále jen „**vybraný dodavatel**“) ze dne 16. 5. 2024, když namítal nezákonnost takového rozhodnutí z důvodu nesplnění technického požadavku zadavatele. Konkrétně se jednalo o požadavek zadavatele uvedený v příloze č. 2 zadávací dokumentace v části „Specifikace – Vakuované zkumavky“ technické specifikace, aby „*[u]závěr zkumavky vyluč[oval] únik biol. materiálu a aerosolového efektu při manipulaci, transportu nebo odstředování*“ (dále jen „**požadavek na uzávěr zkumavky vylučující únik biologického materiálu a aerosolového efektu**“).
4. Dále navrhovatel brojil v návrhu proti závažnému porušení zákona ze strany zadavatele. Navrhovatel spatřoval toto porušení zákona zejména v tom, že výběr dodavatele reálně předcházelo stanovení zadávacích podmínek, když zadávací řízení bylo zadavatelem dle navrhovatele uzpůsobeno konkrétnímu vybranému dodavateli. Toto své tvrzení odůvodnil

¹ Pozn. Pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele je rozhodné znění zákona k okamžiku zahájení zadávacího řízení. Postup Úřadu ve správním řízení se řídí právními předpisy účinnými ke dni zahájení správního řízení.

tím, že právě a pouze vybraný dodavatel splňoval kritérium kvality spočívající v požadavku zadavatele, aby se ryska minimálního plnění nacházela po celém obvodu zkumavek pro koagulační analýzy (s váhou 15 %) a zároveň v požadavku, aby u zkumavek pro analýzy ze séra byl gel pod šikmým úhlem (s váhou 10 %). Podáním návrhu se navrhovatel domáhal, aby Úřad vydal rozhodnutí, ve kterém uloží zadavateli nápravné opatření v podobě zrušení zadávacího řízení.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 28. 8. 2024 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0481/2024/VZ, č. j. ÚOHS-33093/2024/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I rozhodl dle § 257 písm. h) zákona o zastavení správního řízení v části návrhu týkající se navrhovatelem namítaného zvýhodnění vybraného dodavatele v rámci stanovených kvalitativních kritérií hodnocení, kdy zadavatel požadoval, aby byla „*[r]yska minimálního plnění po celém 360°obvodu zkumavek pro koagulační analýzy (pro názornost dodržení správného poměru odebrané krve a aditiv) - položky č. 13 a 14 přílohy č. 1*“ (s váhou 15 %) a „*[g]el pod šikmým úhlem (možnost zkrácené centrifugace do 5 min a méně, při vyšším RCF bez nutnosti přidavku dalších aditiv, podloženo studií) u zkumavek pro analýzy ze séra - položky č. 8 a 9 přílohy č. 1*“ (s váhou 10 %), tedy stanovil dle navrhovatele nepřiměřená kritéria hodnocení kvality, která „*jsou na trhu tak neobvyklá, že je ve svém souhrnu splňuje pouze vybraný dodavatel*“, a jejichž hodnota je „*v klinické praxi nulová*“, neboť předmětné části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky. Prostřednictvím výroku II napadeného rozhodnutí Úřad návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona (vyjma části dotčené výrokem I napadeného rozhodnutí) zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
6. V odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí Úřad nejprve uvedl, že námitky doručil navrhovatel zadavateli dne 31. 5. 2024. Z obsahu argumentace navrhovatele v námitkách Úřad zhodnotil, že tyto směřují v části vymezené výrokem I proti zadávacím podmínkám zadávacího řízení, konkrétně proti nastavení kritérií hodnocení nabídek, přičemž pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty. Z dokumentace o zadávacím řízení Úřad následně zjistil, že zadavatel stanovil lhůtu pro podání nabídek do 2. 4. 2024. Tento den byl tedy dle Úřadu posledním dnem, kdy mohl navrhovatel zadavateli doručit námitky proti zadávací dokumentaci, k čemuž však nedošlo.
7. Úřad se dále zaměřil na posouzení, zda se v šetřeném případě nejedná o situaci, kdy lze nejasnost zadávacích podmínek rozporovat až po lhůtě stanovené v § 242 odst. 4 zákona, neboť se projevila až v pozdějších fázích zadávacího řízení. Úřad k tomuto s ohledem na judikaturu Nejvyššího správního soudu (viz bod 82 napadeného rozhodnutí) uvedl, že vše, co navrhovatel v námitkách zadavateli vytýká, bylo zjištěné již ze samotného textu předmětných zadávacích podmínek. Úřad nevyločil, že navrhovatel zjistil až z oznámení o výběru dodavatele, kdo se stal vybraným dodavatelem a jaký výrobek (řešení) nabízí, nicméně vzhledem k tomu, že navrhovatel je dodavatelem pohybujícím se na daném trhu, nebylo možné konstatovat, že neměl již v době před podáním nabídek možnost posoudit, zda existuje dodavatel splňující předmětná kritéria kvality (případně kolik takových dodavatelů je). Navrhovateli tak dle Úřadu nic nebránilo v podání části námitek směřujících proti postupu

zadavatele při stanovení kvalitativních kritérií hodnocení ve lhůtě pro podání nabídek, tedy do 2. 4. 2024, přesto navrhovatel zadavateli doručil námítky opožděně až dne 31. 5. 2024.

8. V odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval otázkou, zda nabídka vybraného dodavatele splňuje jeden z požadavků uvedených v rámci technické specifikace, tj. požadavek na uzávěr zkumavky vylučující únik biologického materiálu a aerosolového efektu. Po prostudování příbalových informací ke zkumavkám nabízeným vybraným dodavatelem i navrhovatelem, katalogu, na který odkazuje ve své nabídce vybraný dodavatel, a navrhovatelem předložené studie „*Study on Vacuette® (Greiner Bio-One) technopolymer vakuum blood collection tubes for common coagulation tests*“, jejímž autorem je francouzské sdružení „*Collège d'Hématologie des Hôpitaux*“ (dále jen „**studie předložená navrhovatelem**“), dospěl Úřad k závěru, že nebylo prokázáno, respektive že navrhovatel nepředložil Úřadu žádné podklady, ze kterých by vyplývalo, že by zkumavka vybraného dodavatele s vtačnou zátkou nesplňovala technický požadavek na uzávěr zkumavky vylučující únik biologického materiálu a aerosolového efektu, a že by tedy nabídka vybraného dodavatele nesplňovala zadávací podmínky.
9. V závěru napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že je z poskytnutých materiálů zřejmé, že i šroubovací uzávěr zkumavek nabízených navrhovatelem bezpečnostní rizika zcela nevyklučuje, ale pouze snižuje. Úřad k tomu však uvedl, že zjednodušeně lze předmětný požadavek zadavatele chápat jako požadavek, aby zkumavky při užívání i transportu „těsnily“, přičemž z veřejně dostupných zdrojů je zjevné, že jsou v praxi užívány oba typy uzávěrů zkumavek (šroubovací i v podobě vtačné zátky), a proto nebyl dle názoru Úřadu rozumný důvod domnívat se, že by řešení v podobě vtačné zátky základní požadavek na těsnost a bezpečnost nesplňovalo. Ostatně Úřad ověřil, že i nabídka navrhovatele obsahovala některé zkumavky s vtačnou zátkou.

III. Námítky rozkladu

10. Dne 9. 9. 2024 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí (dále jen „**rozklad**“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 28. 8. 2024. Konec 15denní odvolací lhůty dle § 83 správního řádu připadl na čtvrtek 12. 9. 2024. Navrhovatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.
11. Co se týče výroku I napadeného rozhodnutí, navrhovatel má za to, že jde o případ, kdy se nezákonnost stanovených zadávacích podmínek vyjevila až po výběru dodavatele a po navrhovateli nebylo možno spravedlivě požadovat, aby ji zjistil dříve. Teprve po výběru dodavatele totiž navrhovatel zjistil, jaké výrobky vybraný dodavatel dodává, přičemž vyšlo najevo, že tyto výrobky byly favorizovány právě skrze hodnotící kritéria kvality. Zadavatel tím, že své požadavky nevtělil do technických podmínek plnění, ale jejich verifikaci sám odložil až do fáze hodnocení nabídek tedy znemožnil navrhovateli posoudit otázku souvislosti s konkrétním nabízeným výrobkem vybraného dodavatele dříve, než zadavatel účastníkům sdělil, kdo je vybraným dodavatelem. Navrhovatel tak v rozkladu namítá, že neměl reálnou možnost argumentovat proti zadávacím podmínkám před výběrem dodavatele.
12. K výroku II napadeného rozhodnutí navrhovatel v rozkladu namítá, že zadavatel v zadávací dokumentaci výslovně uvedl požadavek na uzávěr zkumavky vylučující únik biologického materiálu a aerosolového efektu, přičemž z Úřadem provedených důkazů v napadeném

rozhodnutí je zcela zřejmé, že zkumavka dodávaná vybraným dodavatelem tento požadavek nesplňuje. Zadavatel tedy není dle navrhovatele oprávněn uzavřít smlouvu na dodávku zkumavky, jejíž uzávěr únik biologického materiálu a aerosolového efektu toliko omezuje, zmírňuje či potlačuje, a nikoliv vylučuje. V souvislosti s tímto navrhovatel zmiňuje v rozkladu bod 123 napadeného rozhodnutí, v němž Úřad dle navrhovatele stupňoval kvalitu uzávěrů zkumavek, když konstatoval, že je prokázáno, že šroubovací uzávěr zkumavky je z hlediska bezpečnosti lepší řešení. Zadavatel nicméně v zadávací dokumentaci nestanovil požadavky s ohledem na míru bezpečnosti, ale požadoval úplné vyloučení úniku biologického materiálu a aerosolového efektu. Navrhovatel má tedy za to, že splnit výslovný požadavek zadavatele lze pouze u šroubovací zátky zkumavky, nikoli u zátky vtláčné.

13. Navrhovatel rozporuje také bod 124 odůvodnění napadeného rozhodnutí, když uvádí, že zadavatel nepožadoval pouze řešení bezpečné, dostačující, přijatelné, ale sám ze své vůle stanovil, že uzávěr musí únik materiálu vylučovat, což jednoznačně není splněno. Nabídka vybraného dodavatele je tedy dle navrhovatele v rozporu se zadávacími podmínkami, přičemž zadavatel byl povinen tuto skutečnost ověřit a obligatorně vybraného dodavatele ze zadávacího řízení vyloučit.

Závěr rozkladu

14. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v rozsahu všech jeho výroků zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření vybraného dodavatele k rozkladu

15. Dne 12. 9. 2024 obdržel Úřad vyjádření vybraného dodavatele z téhož dne k rozkladu navrhovatele, v němž se vybraný dodavatel zcela ztotožňuje se závěry Úřadu v napadeném rozhodnutí a navrhuje, aby byl podaný rozklad zamítnut.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

16. Dne 17. 9. 2024 doručil zadavatel Úřadu své vyjádření ze dne 16. 9. 2024 k rozkladu navrhovatele. Zadavatel v něm uvádí, že tvrzení navrhovatele v rozkladu jsou čistě účelová, neboť šroubovací uzávěry zkumavek na trhu nabízí pouze úzký okruh dodavatelů, přičemž pokud by tyto šroubovací uzávěry zadavatel výslovně požadoval, znamenalo by to neoprávněné zúžení okruhu dodavatelů a omezení hospodářské soutěže.
17. Zadavatel považuje požadavek na uzávěr zkumavky vylučující únik biologického materiálu a aerosolového efektu za zcela jasně splněný oběma účastníky zadávacího řízení, a to na základě shody s ISO 6710:2017 a rovněž na základě znalosti praxe, kdy jsou oba typy uzávěrů bezpečně používány na národní i mezinárodní úrovni. Zadavatel dále uvádí, že nemá důvod rozporovat přidělení certifikátu shody výrobku pro evropský trh.
18. Zadavatel se zároveň ohradil proti prohlášení navrhovatele v rozkladu, že vtláčná zátka zkumavek je „až druhá v pořadí“, neboť žádné pořadí bezpečnosti odběrových materiálů nebylo nikým stanoveno ani studie předložená navrhovatelem nic podobného nedokládá. Jde tak dle zadavatele o velmi zavádějící a účelové tvrzení navrhovatele, pro které neexistuje žádný důkaz.

19. Závěrem svého vyjádření se zadavatel vyjádřil ještě k výroku I napadeného rozhodnutí a na něj navazující námitky rozkladu ze strany navrhovatele, když trvá na tom, že potřebu požadovaných technických parametrů dostatečně zdůvodnil, přičemž tyto byly jasně a zřetelně deklarovány v zadávací dokumentaci a navrhovatel je bez výhrady přijal a následně podal nabídku.
20. K argumentaci navrhovatele uvedené v rozkladu, že teprve po výběru dodavatele bylo patrné, jaké výrobky vybraný dodavatel dodává, zadavatel uvedl, že tuto znalost nemá žádný dodavatel ani v rámci jiného zadávacího řízení.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

22. 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 jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
23. Úřad tím, že napadeným usnesením rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč nebylo přistoupeno ke změně ani ke zrušení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K potvrzení výroku I napadeného rozhodnutí

24. K námitce navrhovatele směřující proti výroku I napadeného rozhodnutí, je potřeba nejprve obecně uvést, že navrhovatel podal námitky označené jako „*Námitky účastníka zadávacího řízení proti rozhodnutí (oznámení) zadavatele o výběru dodavatele č. j. FTN-Ř-17/2024 ze dne 16. 5. 2024 dle ust. § 241 ZZVZ.*“ Úřad však v bodě 72 a násl. napadeného rozhodnutí správně dovedl, že z argumentace navrhovatele v námitkách vyplývá, že tyto v části, ve které navrhovatel rozporuje postup zadavatele při stanovení hodnotících kritérií, směřují proti zadávacím podmínkám zadávacího řízení, konkrétně proti nastavení kritérií hodnocení nabídek. Lze tedy konstatovat, že navrhovatel sice formuloval své námitky ve vztahu k výběru vybraného dodavatele, nicméně ve skutečnosti v části vymezené výrokiem I napadeného rozhodnutí zpochybňoval stanovení pravidel, podle nichž měly být nabídky hodnoceny. Námitky a následně návrh v části vymezené výrokiem I napadeného rozhodnutí, se tak netýkaly toho, že mělo být podle stanovených pravidel provedeno hodnocení nabídek odlišně, tj. že se zadavatel při hodnocení nabídek odchýlil od jím stanovených zadávacích podmínek, nýbrž že samotná tato pravidla, respektive zadávací podmínky byly nastaveny dle navrhovatele nevhodně.

25. Nutno podotknout, že výše uvedený závěr napadeného rozhodnutí nebyl navrhovatelem v rozkladu nijak zpochybněn ani napaden. Lépe řečeno, sporným bodem projednávaného případu tedy není posouzení toho, zda obsah předmětných námitek v části vymezené výrokem I napadeného rozhodnutí směřoval proti zadávacím podmínkám, neboť tuto skutečnost navrhovatel v rozkladu nikterak nerozporuje.
26. Navrhovatel v rozkladu však co do výroku I namítá, že údajná nezákonnost stanovených zadávacích podmínek se projevila až po výběru dodavatele, a proto reálně nemohl své námitky proti zadávacím podmínkám uplatnit dříve, přičemž v rámci této své argumentace odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 67/2010 ze dne 25. 1. 2011.
27. Podstatou při přezkumu výroku I napadeného rozhodnutí je tedy otázka, zda se domnělá nezákonnost stanovených zadávacích podmínek projevila až po výběru dodavatele, či zda tomu tak nebylo a v tu chvíli bylo namísto v části návrhu vymezeného výrokem I napadeného rozhodnutí správní řízení zastavit, neboť návrhu v této části nepředcházely řádně a včas podané námitky.
28. Navrhovatelem odkazovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 67/2010 ze dne 25. 1. 2011 se skutečně zabíral otázkou řádného a včasného podání námitek, když právě v tomto rozsudku bylo konstatováno, že *„je nutno od sebe odlišovat situace, kdy podle okolností konkrétního případu lze po uchazeči spravedlivě požadovat, aby napadl zákonnost zadávacích podmínek, neboť si této nezákonnosti mohl a měl být vědom, od případů, kdy se tato nezákonnost skutečně vyjeví až při hodnocení jednotlivých nabídek. Jde tak o odlišení případů protizákonných zadávacích podmínek per se od podmínek, které samy o sobě protizákonné být nemusí, nicméně tato protizákonnost se projeví až jejich aplikací. Nejvyšší správní soud má však ve shodě s krajským soudem za to, že v nyní projednávané věci se jednalo o případ, kdy stěžovatel z důvodů jím uváděných mohl reálně napadnout zadávací podmínky ihned poté, co se s nimi seznámil, a nebylo důvodné vyčkávat na výsledek celého procesu zadávání veřejné zakázky.“*
29. V odkazovaném rozsudku tedy Nejvyšší správní soud připustil, že existuje možnost, kdy lze napadnout zadávací podmínky až ve chvíli kdy dojde k výběru vybraného dodavatele, avšak je potřeba zohledňovat konkrétní okolnosti každého takového potenciálního případu, přičemž v případě projednávaném v Nejvyšším správním soudem citovaném rozsudku dané okolnosti naplněny nebyly.
30. Pouze nad rámec je potřeba zmínit, že ačkoliv se uvedený rozsudek vztahuje k úpravě dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jsou jeho závěry plně aplikovatelné i v poměrech nyní účinného zákona, což platí i o další judikatuře uvedené v tomto rozhodnutí.
31. V nyní projednávaném případě je třeba zhodnotit, že navrhovatel se mohl a měl se všemi zadávacími podmínkami včetně stanovení hodnotících kritérií a jejich specifikací seznámit již od jejich uveřejnění na profilu zadavatele, tedy od 28. 2. 2024, přičemž námitky proti zadávacím podmínkám bylo třeba podat ve smyslu § 242 zákona až do konce lhůty pro podání nabídek, tedy do 2. 4. 2024 v 9:00 hodin. Navrhovatel tedy již od 28. 2. 2024 věděl či měl vědět, že v případě, že jeho nabídka nebude obsahovat zkumavky pro koagulační analýzy s ryskou minimálního plnění po celém obvodu a zároveň gel pod šikmým úhlem u zkumavek pro analýzy ze séra, nesplní obsah subkritérií zadavatele a v rámci hodnocení nabídek v této části dílčího kritéria kvality mu bude přiděleno 0 bodů, což se promítne v celkovém hodnocení

ekonomické výhodnosti jeho nabídky. Takovéto hodnocení ze strany zadavatele se tedy dalo s ohledem na nabídku navrhovatele předem očekávat a nelze ho považovat za nepředvídatelné či nějakým způsobem nejasné a nesrozumitelné. I přesto navrhovatel podal předmětné námitky proti zadávacím podmínkám až ve chvíli, kdy v zadávacím řízení neuspěl a došlo k výběru jiného dodavatele, tedy dne 31. 5. 2024.

32. Dále je potřeba k argumentaci navrhovatele, že až po výběru dodavatele zjistil, kdo se do zadávacího řízení veřejné zakázky přihlásil a jaké výrobky nabídnul, uvést, že v zásadě nikdy nemůže být účastníkům zadávacího řízení navzájem stoprocentně zřejmé, jaký bude obsah nabídky ostatních uchazečů. V nyní projednávaném případě však s ohledem na zadavatelem stanovená subkritéria kvality se dalo očekávat, že tato jiný uchazeč splnit může.
33. Závěrem této části odůvodnění považuji za vhodné odkázat ještě na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 75/2009 ze dne 6. 11. 2009, v němž se jednalo o situaci, kdy krajský soud i Nejvyšší správní soud dospěli k závěru, že se nejasnost zadávací dokumentace skutečně projevila až při hodnocení konkrétní nabídky a žalobce proto reálně nemohl své námitky uplatnit dříve. Konkrétně šlo o to, že v zadávacích podmínkách byl nedostatečně jasně vysvětlen termín „zřejmá nepřiměřenost“, přičemž nejasnost tohoto termínu se projevila až při hodnocení nejhodnější nabídky. Z odůvodnění obou soudů pak vyplývá, že nemůže obstát taková zadávací dokumentace, jejíž hodnoticí kritéria nejsou zcela srozumitelná a jednoznačná, tj. pokud připouštějí rozdílný výklad a vzniká tak interpretační nejistota.
34. Při srovnání nyní projednávaného případu se situací uvedenou výše je třeba zkonstatovat, že zadávací dokumentace v nyní projednávaném případě jasně vymezila, jaká konkrétní kritéria se budou hodnotit (ryska po celém obvodu zkumavky a šikmý gel) a zároveň jakým způsobem bude toto hodnocení provedeno (nabídce splňující obsah každého subkritéria bude přiděleno 100 bodů). Všem účastníkům zadávacího řízení muselo být jasné, jak budou jejich nabídky hodnoceny. Nejednalo se tedy o neurčitě vymezená hodnoticí kritéria kvality ani o nesrozumitelný postup při jejich hodnocení. Výše uvedené závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu tedy nelze aplikovat na nyní projednávanou problematiku a nelze ani říci, že v nyní projednávaném případě by byly naplněny podmínky dané judikaturou Nejvyššího správního soudu k tomu, aby bylo možné konstatovat, že námitky navrhovatele v části směřující proti zadávacím podmínkám nebyly podány opožděně.
35. Z výše uvedených důvodů mám tedy za to, že Úřad správně posoudil, že správní řízení vedené ve věci návrhu navrhovatele se v rozsahu vymezeném částmi návrhu, v nichž navrhovatel namítá, že zadavatel zvýhodnil vybraného dodavatele tím, že stanovil nepřiměřená kritéria hodnocení kvality, se zastavuje, neboť návrhu v těchto částech nepředcházely řádně a včas podané námitky.

K potvrzení výroku II napadeného rozhodnutí

36. Navrhovatel v rozkladu co do výroku II napadeného rozhodnutí namítá nesplnění technického požadavku na uzávěr zkumavky vylučující únik biologického materiálu a aerosolového efektu u nabídky vybraného dodavatele. Zadavatel v zadávací dokumentaci výslovně požadoval, aby uzávěr dodané zkumavky vylučoval únik biologického materiálu a aerosolového efektu při manipulaci, transportu nebo odstředování, což je třeba dle navrhovatele chápat tak, že se

do řízení nemohl přihlásit žádný dodavatel, který by nemohl úplné vyloučení úniku biologického materiálu a aerosolového efektu u svého výrobku garantovat.

37. Základní otázkou, kterou je potřeba pro přezkum výroku II napadeného rozhodnutí zodpovědět, tedy je, zda zadavatel rozhodl o výběru dodavatele v souladu či v rozporu se zadávacími podmínkami.
38. Navrhovatel v rozkladu nenavrhuje žádné nové důkazy, které by mohly prokázat nesplnění výše uvedeného požadavku na zátky zkumavek vybraného dodavatele, nýbrž se pouze opírá o důkazy, s nimiž se již Úřad vypořádal v rámci napadeného rozhodnutí. Z Úřadem provedeného dokazování (viz bod 115 a násl. napadeného rozhodnutí) vyplývá, že neexistuje důkaz, který by prokázal, že vtačné zátky u zkumavek vybraného dodavatele nesplňují požadavek zadavatele na uzávěr zkumavky vylučující únik biologického materiálu a aerosolového efektu, tedy požadavek na těsnost a bezpečnost zkumavek při nakládání s biologickým materiálem, přičemž se s tímto názorem Úřadu plně ztotožňuji.
39. Primárním východiskem argumentace navrhovatele je přísný jazykový výklad podmínky technické specifikace. Jakkoliv užití jazykového výkladu představuje legitimní a často vhodnou až nezbytnou metodu, jak k interpretaci zadávacích podmínek přistupovat, nelze v kontextu řešené věci souhlasit s námitkami navrhovatele, že redukce výkladu požadavku technické specifikace na jazykový výklad bez přihlédnutí k určitému širšímu kontextu tohoto kritéria (zejména pak ke shodě s ISO 6710:2017 a informací uvedenou v katalogu) není namístě. Jazykový výklad je sice prvním a základním výkladem určité zadávací podmínky, nemůže ale odhlížet od dalších aspektů konkrétní veřejné zakázky. Při výkladu zadávací podmínky je tak třeba pohlížet zejména na její účel.
40. Výše uvedené ostatně vyplývá i ze současné rozhodovací praxe Úřadu a zároveň z judikatury Nejvyššího správního soudu, kde je uvedeno následující. V rozhodnutí ze dne 27. 11. 2023, sp. zn. ÚOHS-S0601/2023/VZ, č. j. ÚOHS-47228/2023/500 Úřad uvedl: *„Při výkladu zadávacích podmínek je třeba vycházet jak z jejich jazykového znění, tak z jejich logického a systematického výkladu v kontextu všech zadávacích podmínek, přičemž přihlédnout je nutno i k tomu, co chtěl zadavatel stanovením předmětných zadávacích podmínek vyjádřit a jaký význam tomuto jednání mohli přikládat dodavatelé jakožto adresáti předmětných požadavků. Současně je potřeba přistupovat k zadávacím podmínkám a jejich znění s určitou mírou racionality a s touto racionalitou je i vykládat. V pochybnostech je pak třeba zadávací podmínky vykládat k tíži zadavatele, potažmo ve prospěch hospodářské soutěže, v uvedeném kontextu ve prospěch dodavatelů.“* K otázce přístupu k výkladu kvalifikačního kritéria lze odkázat např. i na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 10. 2022, č. j. 4 As 165/2022-29, ve kterém Nejvyšší správní soud uvedl: *„...při výkladu kvalifikačních kritérií je potřeba zpravidla zvolit takový výklad, který poskytne možnost účastnit se zadávacího řízení co nejširšímu okruhu uchazečů při respektování oprávněného zájmu zadavatele na zajištění plnění veřejné zakázky k tomu přiměřeně schopným dodavatelem. V opačném případě by došlo k neopodstatněnému omezení hospodářské soutěže.“*
41. Z citované judikatury a rozhodovací praxe Úřadu ve vztahu k tomuto případu tak vyplývá, že při výkladu kritéria technické specifikace je namístě volit výklad spíše extenzivní nežli restriktivní. Takový přístup reflektuje i jednu z vůdčích zásad právní úpravy zadávání veřejných zakázek, tedy snahu o co možná nejméně intenzivní omezení hospodářské soutěže, tedy o co

nejmenší zúžení okruhu dodavatelů, kteří se o veřejnou zakázku mohou ucházet. Tento závěr samozřejmě není absolutní a extenzivní přístup k výkladu zadávacích podmínek musí být vždy uplatněn v mezích zákona, zejména s ohledem na zásady zadávání veřejných zakázek a rovněž s ohledem na konkrétní předmět veřejné zakázky.

42. V nyní projednávaném případě zadavatel v technické specifikaci zadávací dokumentace stanovil požadavek na uzávěr zkumavky vylučující únik biologického materiálu a aerosolového efektu (viz bod 3 tohoto rozhodnutí).
43. Zadavatel v rámci zadávacího řízení posoudil požadavek na uzávěr zkumavky vylučující únik biologického materiálu a aerosolového efektu za zcela jasně splněný oběma účastníky zadávacího řízení (viz také bod 17 tohoto rozhodnutí), a to i přesto, že z dokladů, kterými tento požadavek oba účastníci prokazovali, ani u jednoho z nich nevyplývalo, že by výše uvedený požadavek byl absolutně splněn. I z příbalové informace zkumavek navrhovatele lze totiž vyčíst, že „*jemný a kontrolovaný pohyb při otevírání snižuje nebezpečí vystříknutí krve*“ či že „*minimalizuje aerosolový efekt*“. Stejně tak ze strany 6 katalogu vybraného dodavatele lze vyčíst, že užívané zátky „*(...) chrání uživatele před kontaktem s pacientovou krví.*“ Žádný z výše uvedených dokladů však objektivně negarantuje 100% zamezení úniku biologického materiálu či aerosolového efektu jak u zkumavek navrhovatele, tak vybraného dodavatele. Zadavatel se tedy při rozhodnutí o umožnění účasti v soutěži všem uchazečům, jež podali nabídku, řídil v rámci výše uvedeného požadavku zejména tím, že věděl, že zátky zkumavek všech uchazečů splňují normu ISO 6710:2017, která specifikuje bezpečnostní požadavky a zkušební metody zkumavek určených pro vzorky žilní krve, a zároveň se řídil svými znalostmi z praxe, kdy oba typy uzávěrů (vtlačné i šroubovací) jsou bezpečně používány jak na národní, tak mezinárodní úrovni.
44. Úřad v rámci napadeného rozhodnutí splnění požadavku na uzávěr zkumavky vylučující únik biologického materiálu a aerosolového efektu odůvodnil tak, že předmětný požadavek lze chápat jako požadavek, aby zkumavky při užívání i transportu „těsnily“. Zároveň dal zapravdu zadavateli, když v bodě 124 napadeného rozhodnutí uvedl, že „*není rozumný důvod domnívat se, že by řešení v podobě vtlačné zátky základní požadavek na těsnost a bezpečnost nesplňovalo*“.
45. Na základě výše uvedeného lze tedy ve světle rozhodovací praxe Úřadu i Nejvyššího správního soudu konstatovat, že zadavatel i Úřad v napadeném rozhodnutí vyložili požadavek na uzávěr zkumavky vylučující únik biologického materiálu a aerosolového efektu s určitou mírou racionality. Zadavatel tedy postupoval zcela správně, když po ověření shody všech nabízených zkumavek s normou ISO 6710:2017 a po předchozích zkušenostech jak s vtlačnými, tak šroubovacími zátkami připustil účast všech účastníků, kteří se do zadávacího řízení přihlásili. Zároveň tím nezúžil okruh možných dodavatelů a nedošlo k neopodstatněnému omezení hospodářské soutěže.
46. Je nepochybné, že podstata zadavatelem uvedeného požadavku směřovala k bezpečnosti, resp. k bezpečnému zacházení se zkumavkami obsahujícími biologický materiál. Trvání na absolutním vyloučení možnosti úniku biologického materiálu a aerosolového efektu tak, jak tvrdí navrhovatel, by v nyní projednávaném případě způsobilo nutnost vyloučení všech účastníků, kteří se do zadávacího řízení veřejné zakázky přihlásili. Takové jednání by však bylo

naprosto neracionální a nepřiměřené s ohledem na závěry uvedené výše vztahující se k vypořádání výroku II napadeného rozhodnutí.

47. Nad rámec výše uvedeného považuji za nutné také podotknout, že i navrhovatel ve své nabídce nabídl část zkumavek s vtlačnou zátkou a zároveň žádný z dodavatelů se nebránil proti nastavení zadávacích podmínek, což ostatně dokazuje i to, jaký význam mohli dodavatelé požadavku na uzávěr zkumavky vylučující únik biologického materiálu a aerosolového efektu přikládat. Zjevně bylo tedy všem zájemcům o účast v soutěži jasné, co zadavatel výše uvedeným požadavkem myslí a jak jej hodlá vykládat.
48. Na základě výše uvedeného považuji výklad zadavatele za správný a v souladu se zákonem. Úřad tedy v napadeném rozhodnutí dospěl ke správnému výkladu podmínky technické specifikace, který nebyl nepřiměřeně restriktivní, když nemohl vést k nedůvodnému omezení hospodářské soutěže. Úřadem zastávaný výklad zároveň vedl k naplnění účelu kritéria technické specifikace.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Fakultní Thomayerova nemocnice, Vídeňská 800, 140 59 Praha 4
2. JUDr. Michala Kosová, advokátka, Staroměstské náměstí 929/8, 110 00 Praha 1
3. Schubert CZ spol. s r.o., Na Bělidle 995/8, 150 00 Praha 5

Vypraveno dne

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