



UOHSX00KF3BR

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0153/2024/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-41483/2024/162

Brno 6. 11. 2024

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 16. 9. 2024 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **MEDISTA spol. s.r.o.**, IČO 60199865, se sídlem Dělnická 213/12, 170 00 Praha 7, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 24. 6. 2024 Mgr. Klárou Zábrodskou, advokátem, ev. č. ČAK 10731, se sídlem Rybná 716/24, 110 00 Praha 1 – Staré Město,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-33365/2024/500 ze dne 30. 8. 2024, vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0562/2024/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Fakultní nemocnice Brno**, IČO 65269705, se sídlem Jihlavská 340/20, 625 00 Brno,

učiněných při postupu, jehož cílem je uzavření rámcové dohody „**Spotřební materiál pro plazmaferézy**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22. 4. 2024 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 4. 2024 pod ev. č. Z2024-017487 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 23. 4. 2024 pod ev. č. 239639-2024,

jsem na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů rozhodl takto:

I.

Výrok I rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0562/2024/VZ, č. j. ÚOHS-33365/2024/500 ze dne 30. 8. 2024 podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 152 odst. 5 a § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

p o t v r z u j i

a podaný rozklad v této části

z a m í t á m.

II.

Výrok II rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0562/2024/VZ, č. j. ÚOHS-33365/2024/500 ze dne 30. 8. 2024 podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 152 odst. 5 a § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

r u š í m

a věc v této části

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Fakultní nemocnice Brno, IČO 65269705, se sídlem Jihlavská 340/20, 625 00 Brno (dále jen „**zadavatel**“), jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) dne 22. 4. 2024 zahájil otevřené řízení za účelem uzavření rámcové dohody „Spotřební materiál pro plazmaferézy“, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo uveřejněno dne 23. 4. 2024 pod ev. č. Z2024-017487 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 23. 4. 2024 pod ev. č. 239639-2024 (dále jen „**rámcová dohoda**“ nebo „**zadávací řízení**“).
2. V čl. II „Předmět a účel plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace ze dne 18. 4. 2024 (dále jen „**zadávací dokumentace**“) je mj. uvedeno, že „*Předmětem zadávacího řízení jsou dodávky odběrových souprav, jehel a antikoagulačního roztoku pro odběry plazmy (...) dle potřeb zadavatele na základě rámcové kupní smlouvy uzavřené na dobu 8 let. Součástí plnění je i výpůjčka 13 ks mobilních separátorů plazmy a zajištění jejich servisu na základě smlouvy o výpůjčce uzavřené na dobu trvání rámcové kupní smlouvy*“.
3. Dne 6. 6. 2024 zadavatel rozhodnutím o vyloučení z téhož dne (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení**“) vyloučil navrhovatele – MEDISTA spol. s.r.o., IČO 60199865, se sídlem Dělnická

213/12, 170 00 Praha 7, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 24. 6. 2024 Mgr. Klárou Zábrodskou, advokátem, ev. č. ČAK 10731, se sídlem Rybná 716/24, 110 00 Praha 1 – Staré Město (dále jen „**navrhovatel**“) – dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona ze zadávacího řízení. Rozhodnutí o vyloučení bylo navrhovateli doručeno dne 10. 6. 2024. Dne 24. 6. 2024 doručil navrhovatel zadavateli námitky proti rozhodnutí o vyloučení z téhož dne (dále jen „**námítky**“). Dne 8. 7. 2024 bylo navrhovateli doručeno rozhodnutí zadavatele o námitkách (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“), kterým zadavatel námítky odmítl.

4. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, doručil Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) dne 18. 7. 2024 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „**návrh**“). Návrh ze dne 18. 7. 2024 Úřad obdržel téhož dne. Tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dle § 249 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**správní řád**“).
5. Úvodem návrhu navrhovatel popsal zadávací řízení a uvedení způsobu výpočtu kauce. Dále navrhovatel brojil proti svému vyloučení, neboť jeho nabízená odběrová souprava s vakem pro odběr plazmy o objemu 1 200 ml představuje rovnocenné řešení k odběrovým vakům pro odběr plazmy, které zadavatel v zadávací dokumentaci definoval souborem technických parametrů, z nichž jedním je i objem 1000 ml. Dle navrhovatele měl zadavatel postupovat dle § 46 zákona a požádat navrhovatele o vyjádření (či případně předvedení vzorku) a nikoliv přistoupit k okamžitému vyloučení ze zadávacího řízení. Podrobný obsah návrhu Úřad popsal v bodech 6 až 22 odůvodnění rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0562/2024/VZ, č. j. ÚOHS-33365/2024/500 ze dne 30. 8. 2024 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).

II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 30. 8. 2024 vydal Úřad napadené rozhodnutí, jehož výrokem I správní řízení vedené ve věci návrhu navrhovatele podle § 257 písm. h) zákona zastavil ve vztahu k části návrhu, v níž navrhovatel namítal, že vymezením požadavku na „*vak pro objem plazmy 1000 ml*“ zadavatel stanovil nepřímý odkaz na výrobek konkrétního dodavatele, a dále namítal, že vak pro odběr plazmy s objemem 1000 ml reálně nespĺňuje žádný výrobek dostupný na relevantním trhu, neboť předmětné části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námítky.
7. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad návrh navrhovatele v části, v níž navrhovatel namítal nezákonnost svého vyloučení ze zadávacího řízení, zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
8. Úřad k výroku I napadeného rozhodnutí nejdříve popsal v bodech 59 a 60 konkrétně námítky, které navrhovatel uvedl v návrhu podaný v návaznosti na rozhodnutí o vyloučení. Úřad vyhodnotil, že jde fakticky o námítky brojící proti nezákonnosti zadávacích podmínek plynoucí ze stanovení požadavku na objem vaku pro odběr plazmy. Jelikož navrhovatelem rozporovaný požadavek zadavatele na objem vaku pro odběr plazmy je součástí zadávacích podmínek, musel se s ním navrhovatel prokazatelně seznámit již v době, kdy připravoval nabídku, a tedy mu nic nebránilo v podání námitek ve lhůtě podle § 242 odst. 4 zákona. Úřad tak učinil závěr, že tyto námítky nebyly doručeny včas, a návrhu v této části proto

nepředcházely řádně a včas podané námitky. Úřad proto rozhodl o zastavení správního řízení v této části podle § 257 písm. h) zákona, jak je uvedeno ve výroku I napadeného rozhodnutí.

9. K výroku II napadeného rozhodnutí se Úřad předně vyjádřil k tomu, jak byla zadávací podmínka, pro jejíž nesplnění byl navrhovatel vyloučen ze zadávacího řízení, stanovena v zadávací dokumentaci. Úřad po provedení výkladu sporné zadávací podmínky učinil závěr, že údaj 1 000 ml se vztahuje k objemu vaku, nikoli k objemu odebírané plazmy (viz body 84 až 87 napadeného rozhodnutí). Následně se Úřad zabýval tím, zda navrhovatel splnil zadávací podmínku, přičemž uzavřel, že navrhovatel nijak nezpochybňuje skutečnost, že ve své nabídce předložil vak pro odběr plazmy s objemem vyšším, než jaký požadoval zadavatel. Tedy zadavatel stanovil požadavek na objem vaku pro odběr plazmy 1000 ml a navrhovatel v rámci své nabídky předložil vak pro odběr plazmy s označením objemu 1200 ml. Úřad tak dospěl k závěru, že navrhovatelem nabídnutý vak zadavatelem stanovený požadavek na objem nesplnil. Zadavatel tak dle Úřadu vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení v souladu se zákonem. Úřad tedy neshledal důvody pro uložení nápravného opatření.

III. Rozklad navrhovatele

10. Dne 16. 9. 2024 byl doručen Úřadu rozklad navrhovatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 30. 8. 2024. Jelikož poslední den lhůty pro podání rozkladu připadl na den pracovního klidu, tj. na sobotu dne 14. 9. 2024, konec lhůty pro podání rozkladu v souladu s obecným počítáním lhůt uplynul nejbližší pracovní den, tj. pondělí 16. 9. 2024. Rozklad tak byl podán v zákonné lhůtě.

Námitky rozkladu

11. Nejprve navrhovatel v rozkladu brojí proti výroku I napadeného rozhodnutí. Navrhovatel s tímto výrokem nesouhlasí, neboť námitky specifikované ve výroku I byly podány včas. Podle názoru navrhovatele lze podat námitky proti zadávacím podmínkám i po uplynutí lhůty dle § 242 odst. 4 zákona, a to v těch případech, kdy se nejasnost či nezákonnost zadávacích podmínek projeví až v rámci procesu výběru dodavatele.
12. Dále je navrhovatel toho názoru, že vymezení požadavku na „*vak pro objem plazmy 1 000 ml*“ nebylo dostatečně srozumitelné a mohlo být vykládáno různými způsoby, přičemž dále uvádí tři možné výklady dané zadávací podmínky.
13. Jako první možný výklad zadávací podmínky navrhovatel uvádí, že zadavatel požadoval vak s finálním objemem 1 000 ml. Dle názoru navrhovatele však takový vak ve skutečnosti není na trhu dostupným, jak ostatně konstatoval i zadavatel v jeho vyjádření k návrhu, v němž tvrdil, že označení vaku 1 000 ml je označení „*katalogové*“. Z tvrzení zadavatele je dle navrhovatele zřejmé, že toto označení vaku není vyjádřením skutečného objemu vaku.
14. Dle navrhovatele Úřad při svém rozhodování nevzal v potaz skutečnost, že maximální objem plazmy pro každou plazmaferézu je 880 ml. Nezáleží tak na tom, zda jde o vak s označením 1000 ml nebo 1200 ml, protože takový vak se ani v jednom případě nemůže naplnit celý. Navrhovatel k tomu uvádí, že zde vak má funkci obalovou a technologickou vzhledem k průběžnému přepouštění vzduchu mezi zvonem a vakem během fáze odběr/návrat plazmy.

15. Dále navrhovatel zdůrazňuje, že objem vaku 1 200 ml má svůj význam s ohledem na maximální odebíraný objem plazmy, který je dle legislativy 880 ml. Dalších 275 ml objem je třeba na cirkulaci vzduchu během procesu odběru. Navrhovatel zastává názor, že žádný vak nemůže mít objem 1 000 ml, neboť maximální povolené hodnoty objemu odebírané plazmy, což je 880 ml a potřebného objemu zvonu na cirkulaci vzduchu ve výši 275 ml, svým součtem činí hodnotu 1 155 ml.
16. Pro úplnost navrhovatel dodal, že vaky Scinomed a Haemonetics nesou „katalogové“ označení 1 000 ml, avšak skutečný objem těchto vaků je výrazně větší. Podle měření navrhovatele byl vak značky Haemonetics po okraj naplněn 1 380 ml vody, vak značky Scinomed 1 177 ml vody a vak značky Nigale po okraj pojmul 1 370 ml vody. Dle navrhovatele je tak zřejmé, že „katalogové“ označení na vacích 1 000 ml neznačí jejich finální objem, ale podle názoru navrhovatele se jedná o objem pracovní, do kterých lze teoreticky odebrat až cca 1 000 ml plazmy.
17. Druhý možný výklad zadávací podmínky navrhovatel uvedl jako „katalogové“ označení vaku 1 000 ml. Pokud by platil tento druhý možný výklad, pak dle by navrhovatele tato zadávací podmínka byla stanovena nesprávně, neboť by neodpovídal odůvodnění zadavatele, že objemový větší vak nelze použít v kazetovém zmrazovači plazmy.
18. Navrhovateli tak vyplynulo, že jediný možný výklad zadávací podmínky je ten třetí a to, že zadavatel požaduje dodání vaku pro odběr 1 000 ml plazmy. Navrhovatel tak nesouhlasí s jazykovým výkladem Úřadu. Dle navrhovatele nejsou tvrzení zadavatele v rozhodnutí o námitkách a následně v jeho vyjádření shodná a spíše nasvědčují tomu, že požadovaný parametr objemu vaku byl stanoven nejasně a nejednoznačně. Pokud by zadavatel stanovil tento parametr pouze s cílem získat vaky, které může použít do jím využívaných zmrazovačů, pak by stanovil technické parametry požadavkem na maximální vnější rozměry požadovaného vaku, a nikoliv objemem. Údaj o objemu je dle navrhovatele údajem zcela zavádějícím, neboť skutečný objem všech vaků na trhu se značně liší od „katalogového“ označení.
19. Dále navrhovatel poukazuje na bod 86 napadeného rozhodnutí, přičemž namítá, že Úřad nemůže nahrazovat myšlenkové pochody zadavatele a vykládat za něj jeho úmysly při stanovení zadávacích podmínek. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení neuvedl argumentaci týkající se „katalogového“ označení požadovaných vaků, ale až v rámci jeho vyjádření se k podkladům rozhodnutí, z čehož navrhovatel usuzuje, že vysvětlení, co znamená objem 1 000 ml, není ve vyjádřeních zadavatele konzistentní.
20. Navrhovatel si tak vyložil zadávací podmínku jednoznačným způsobem, a to tak, že zadavatel požaduje vak pro odběr plazmy až 1 000 ml a teprve až po obdržení rozhodnutí o vyloučení se ukázalo, že je zadávací podmínka vykládána zadavatelem odlišně od jeho výkladu. Navrhovatel tvrdí, že při svém výkladu zadávací podmínky vycházel z běžné praxe na trhu, dle které je vak pro odběr krve vždy stanoven jako technický parametr spočívající v objemu tekutiny, která bude do vaku naplněna, nikoli „katalogovým“ označením vaku.
21. Navrhovatel je přesvědčen, že v daném případě se nejasnost zadávací podmínky projevila až v pozdější fázi zadávacího řízení a do konce lhůty pro podání nabídek nebylo možné tuto nejasnost zjistit. Na podporu tohoto tvrzení odkazuje navrhovatel na rozhodovací praxi soudů.

22. Další část rozkladu se týká výroku II napadeného rozhodnutí. Navrhovatel nadále setrvává na názoru, že zadavatel stanovil technické podmínky prostřednictvím nepřímého odkazu na určitého dodavatele, proto měl umožnit rovnocenné řešení. Navrhovatel je přesvědčen, že rozhodnutí o vyloučení je účelové tak, aby došlo k výběru dodavatele nabízejícího odběrové soupravy pro odběr plazmy, které jako jediné vyhovují všem technickým parametrům definovaným v zadávací dokumentaci, avšak tímto postupem se dle navrhovatele dopustil porušení § 89 odst. 5 a 6 zákona.

Závěr rozkladu

23. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

25. 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 byl podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, ta však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, přičemž byl přijat následující závěr.
26. Výrok I napadeného rozhodnutí byl potvrzen a podaný rozklad v tomto rozsahu byl zamítnut. Sporná zadávací podmínka sice nabízí více možných interpretací, ale není pravdou, že by si této nejasnosti nemohl navrhovatel všimnout již při prostudování zadávací dokumentace. Proto mohl podat námitky již proti samotným zadávacím podmínkám a nebyl okolnostmi donucen zpochybnit je až při obraně proti svému vyloučení ze zadávacího řízení.
27. Výrok II napadeného rozhodnutí byl zrušen a věc byla v tomto rozsahu vrácena Úřadu k novému projednání. Úřad totiž výrokem II napadeného rozhodnutí nerozhodl správně a v souladu se zákonem, neboť neposoudil správně výklad zadávací podmínky. Sporná zadávací podmínka nabízí více možných interpretací a zadavatel ji vyložil k tíži navrhovatele a vyloučil jej ze zadávacího řízení. Úřad přitom nedokázal přesvědčivě vysvětlit, proč považuje ten výklad sporné zadávací podmínky, který zadavatel zastává, za správný. Z tohoto důvodu je nutno výrok II napadeného rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k dalšímu řízení, v jehož rámci Úřad řádně posoudí všechny okolnosti případu vztahující se k výkladu zadávací podmínky.
28. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které byl výrok I potvrzen a rozklad v této části zamítnut, a pro které byl výrok II napadeného rozhodnutí zrušen a věc vrácena Úřadu k dalšímu projednání.

V. K námitkám rozkladu navrhovatele brojícím proti výroku I napadeného rozhodnutí

29. Navrhovatel v rozkladu k výroku I napadeného rozhodnutí předeslal argumentaci ohledně výkladu sporné zadávací podmínky. Tato argumentace však spíše směřuje do odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí. Úřad se totiž zabýval výkladem zadávací podmínky konkrétně v bodě 84 a násl. napadeného rozhodnutí, který se týká výroku II.
30. Úřad se v odůvodnění ve vztahu k výroku I napadeného rozhodnutí zabýval námitkou navrhovatele, dle které vymezením požadavku na „vak pro objem plazmy 1000 ml“ stanoveným zadavatelem v bodě 1) čl. IV „Technická specifikace“ a stanovením technických parametrů hodnocených v rámci dílčího kritéria hodnocení č. 2 v čl. XI. „Pravidla pro hodnocení nabídek“ zadávací dokumentace zadavatel uvedl nepřímý odkaz na výrobek konkrétního dodavatele. Dále posuzoval námitku, dle které požadavek, aby vak pro odběr plazmy měl objem 1000 ml, stanovený zadavatelem v bodě 1) čl. IV „Technická specifikace“, reálně nesplňuje žádný výrobek dostupný na relevantním trhu.
31. Je tak zřejmé, že tyto námitky fakticky namítají nezákonnost zadávacích podmínek plynoucí ze stanovení požadavku na objem vaku pro odběr plazmy. Pro posouzení zákonnosti výroku I napadeného rozhodnutí je tak důležitá především otázka, zda mohl navrhovatel zadávací podmínky s těmito argumenty napadnout dříve, či nikoliv.
32. Oba důvody, pro které navrhovatel uvádí, že jsou zadávací podmínky nastaveny nezákonně, vychází z rozdílné interpretace daného požadavku, tedy z tvrzené nejasnosti zadávací podmínky. V případě, že by byly fakticky napadány zadávací podmínky, bylo by jediným možným nápravným opatřením zrušení zadávacího řízení. Důvodem pro zrušení zadávacího řízení není jakákoliv nejasnost zadávací podmínky. Proto je nutno nejdříve posoudit, zda jde o nejasnost tak závažnou, že odporuje § 36 odst. 3 zákona. Zejména by to byl případ, kdy by zadávací podmínka byla natolik nejasná, že by ve svém důsledku dodavateli bránila v podání nabídky, nebo by neumožňovala podání porovnatelných nabídek. Taková situace je pak důvodem pro zrušení zadávacího řízení. Naproti tomu si lze představit situace, kdy text ustanovení zadávací dokumentace objektivně umožňuje více interpretací, ale tyto nejasnosti lze vyřešit výkladem. Tehdy je možno hovořit o méně závažné nejasnosti zadávací dokumentace, která proto nedosahuje intenzity porušení § 36 odst. 3 zákona. Dodavatelům při podání nabídky nemusí být na první pohled z textu zadávací dokumentace zřejmé, který výklad zadavatel skutečně preferuje, nicméně průměrný odborně zdatný dodavatel je schopen na základě výkladových metod, které právní řád uznává, dojít k jednomu správnému výkladu požadavku zadavatele. Těmito metodami jsou např. logický, systematický, teleologický¹ výklad. Pokud ani použití těchto metod nevede k získání jednoho výkladu, který jako správný ob stojí, zbývá metoda poslední, a tou je výklad tzv. *contra proferentem*, tedy výklad v neprospěch toho, kdo sporného pojmu použil poprvé,² což je zpravidla zadavatel jakožto tvůrce zadávací dokumentace. To znamená, že za takové situace, kdy existuje více výkladových variant, které se výkladem nepodařilo zredukovat na jednu správnou, je namístež zadávací podmínku vyložit tak, že se upřednostní ta z interpretací, která co nejméně omezuje

¹ V rámci teleologického výkladu je pak třeba zohlednit např. praxi obvyklou v daném odvětví trhu či úmysl zadavatele, který je průměrnému odborně zdatnému dodavateli zjevný a nebudí pochybnosti.

² Srov. § 557 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

dodavatele, a v důsledku tedy i soutěž o veřejnou zakázku. Zadavatel tak musí akceptovat nabídky, které se řídily kteroukoliv z těchto v úvahu přicházejících interpretací.

33. K problematice interpretace je třeba také uvést, že výklad zadávací dokumentace je vždy záležitost objektivní, která se řídí výše uvedenými pravidly. Jak dodavatelé, tak zadavatel (a nakonec i Úřad) jsou při posuzování obsahu zadávací dokumentace oprávněni a povinni se těmito pravidly výkladu řídit. To zaručuje, že hospodářská soutěž o veřejnou zakázku probíhá na základě zadávací dokumentace relativně objektivně a férově. Z toho také (ve spojení se zásadou profesionality) plyne, že dodavatel je povinen se se zadávací dokumentací ve všech detailech seznámit, zamyslet se nad jejím významem a má-li za to, že jsou zadávací podmínky nezákonné, pak je případně včas (ve lhůtě dle § 242 odst. 4 zákona) zpochybnit podanými námitkami. Postup opírající se o rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 2 Afs 67/2010 ze dne 25. ledna 2011 (bod 35), který spočívá v napadání zadávacích podmínek až při jejich aplikaci, je možný jen tehdy, pokud se výkladová varianta, která je takto napadána, slovy NSS „skutečně vyjeví“ až právě při aplikaci zadávací podmínky. To znamená, že do té doby, než dojde k aplikaci zadávací podmínky, nemůže být tato varianta vůbec myslitelná, tedy musí jít o výklad do značné míry překvapivý. To typicky není případ těch ustanovení zadávací dokumentace, která už z jazykového hlediska mohou mít více významů. Takovéto nesrovnalosti mají být primárně odstraněny postupem dle § 98 zákona (vysvětlení zadávací dokumentace), z čehož má vzejít jeden konkrétní význam zadávací podmínky, který následně může být předmětem podaných námitek. Nepodaří-li se to, pak přichází v úvahu výše uvedený postup odstranění pochybností výkladem (včetně výkladu ve prospěch dodavatelů a hospodářské soutěže o zakázku). Tyto teze jsou v souladu s principem *ultima ratio* ve vztahu k rušení zadávacího řízení, neboť řešením nejasností pomocí výkladu zadávací dokumentace se předchází napadání zadávacích podmínek až při jejich aplikaci (výběr, vyloučení dodavatele) a rušení zadávacího řízení v jeho pozdějších fázích.
34. Zadávací podmínka dle bodu 1) článku IV. zadávací dokumentace ve slovech „Vak pro odběr plazmy 1000 ml“ připouští minimálně dva výklady, a to za prvé ten, že se požaduje dodání vaku o celkovém objemu 1 000 ml, a za druhé ten, že se požaduje dodání vaku, který dokáže pojmout 1 000 ml plazmy, a k tomu ještě disponuje rezervní kapacitou.³ K tomu, proč jsou oba výklady přípustné, viz část týkající se výroku II.
35. Navrhovatel tedy mohl tuto nesrovnalost jistě rozpoznat a mohl zadavatele požádat o její vysvětlení. Výklad, že zadavatel požaduje vak o celkovém objemu 1 000 ml, se tedy ve skutečnosti nevyjevil až při rozhodování zadavatele o vyloučení. Zadávací podmínky tedy nelze z navrhovatelem uváděných důvodů napadat po uplynutí lhůty dle § 242 odst. 4 zákona. Jelikož je podání námitek řádně a včas podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci, nebyla splněna nezbytná podmínka pro vedení správního řízení. Z uvedených důvodů proto v této části návrhu Úřadu nezbylo, než v souladu se zákonem dle § 257 písm. h) zákona správní řízení zastavit.

³ Navrhovatel i zadavatel k tomu ve svojí argumentaci připojují ještě výklad třetí, tj. že údaj „1 000 ml“ představuje katalogové označení. Je ovšem otázkou, co přesně by taková výkladová varianta měla znamenat, protože katalogové označení nijak neurčuje skutečný obsah vaku, ani nereflektuje důvod, tvrzený zadavatelem, tedy rozměry zmrazovače.

36. Pro úplnost lze dodat, že navrhovatel se ani petitem svého návrhu nedomáhal zrušení zadávacího řízení. Námitky návrhu týkající se problematiky odkazu na konkrétní výrobek a otázky, zda na trhu vůbec existuje zadavatelem požadovaný výrobek, je tak navíc třeba chápat jako argumenty směřující k tomu, že nabídka navrhovatele má být v zadávacím řízení ponechána, nikoliv jako argumenty odůvodňující zrušení zadávacího řízení. Zastavení správního řízení v této části proto ani nepůsobí navrhovateli újmu na jeho procesních právech.

VI. K důvodům zrušení výroku II napadeného rozhodnutí

37. Klíčovou otázkou v řešené věci představuje výklad zadávací podmínky, tedy zda je požadavek zadavatele na vak pro odběr plazmy o celkovém objemu 1 000 ml (tj. výklad, který zadavatel označuje za jediný správný) objektivně zřejmý pro všechny dodavatele.
38. Sporná zadávací podmínka zní tak, že zadavatel požadoval „*Vak pro odběr plazmy 1000 ml*“.
39. Úřad posoudil tuto zadávací podmínku z hlediska jazykového výkladu (bod 84 napadeného rozhodnutí) tak, že číselný údaj 1 000 ml vztáhl k objemu samotného vaku, nikoli k plazmě. Úřad považoval za podstatné to, že zadavatel číselný údaj o objemu vložil až za slovo „plazmy“, čímž dle Úřadu jasně vyjádřil, že se číselný údaj o objemu vztahuje k samotnému vaku, a nikoliv k plazmě. Jedná se tedy o odlišnou situaci, než kdyby zadavatel číselný údaj o objemu vložil před slovo „plazmy“; v takovém případě by dle názoru Úřadu bylo zřejmé, že se tento číselný údaj vztahuje právě k množství odebírané plazmy, a i nikoliv k objemu vaku. Lze říci, že rodilý mluvčí by se na základě této formulace možná přiklonil spíše k variantě, že jde o objem vaku, nicméně striktně gramaticky zřejmě nelze vyloučit, že může jít i o objem plazmy. Je nutno zdůraznit, že jazykový výklad představuje toliko prvotní přiblížení k výkladu zadávací podmínky, nikoliv jejímu úplnému porozumění.
40. Dalším důležitým aspektem při výkladu zadávací podmínky je obvyklá praxe. Úřad bez toho, aby zjistil, jak lze vnímat zadávací podmínku z pohledu běžné praxe na trhu, převzal tvrzení zadavatele (bod 86 napadeného rozhodnutí) z jeho vyjádření k návrhu, že navrhovatel musel být obeznámen s tím, že zadavatel poptává vaky s katalogovým označením objemu 1000 ml, neboť vaky jsou na odběr plazmy od výrobce standardně označovány oficiálním údajem o jejich objemu. K tomu je nutno dodat, že navrhovatel i přesto, že se vaky označují v katalogích určitým způsobem, mohl předpokládat, že zadavatel požaduje vak s objemem plazmy 1 000 ml, neboť dle jeho přesvědčení (což také tvrdil v návrhu) vaky s finální hodnotou o objemu 1 000 ml nejsou běžně dostupné na trhu, neboť po jím provedeném přeměření vaků zjistil, že i ty, jež jsou katalogově označeny 1 000 ml, mají vyšší kapacitu.
41. Úřad tak při výkladu zadávací podmínky postupoval nesprávně, neboť měl zohlednit také pohled průměrně zdatného dodavatele z oboru. Vždy je třeba hodnotit, jak zadavatelem užitý jazykové výrazy zapadají do reality konkrétního případu v daném tržním prostředí, jinak se výklad zadávací podmínky zpravidla bude jevit formalistickým.
42. V tomto duchu neobstojí ani logický výklad provedený Úřadem. Úřad z pohledu logického výkladu dospěl k závěru, že pokud by nebyl číselný údaj vztahován k objemu vaku, ale k objemu plazmy, mohli by dodavatelé teoreticky dodat vaky o objemu několikanásobně větším, které by sice splnily podmínku, že se do vaku vejde 1 000 ml plazmy, ale dle Úřadu nelze rozumně předpokládat, že by zadavatel měl takový záměr. Zprvč Úřad neuvádí, z čeho dle jeho názoru plyne nelogičnost takového závěru, toliko se odkazuje na účelnost a efektivitu

takového eventuálního řešení. Závěrům Úřadu v otázce logického výkladu tedy chybí opora ve skutkovém stavu případu.⁴ Tato úvaha Úřadu dále nemůže obstát, neboť pakliže si zadavatel na straně jedné stanovil zadávací podmínku připouštějící dva výklady, na straně druhé své preference neformuloval, logicky nelze očekávat, že bude naplněn jeho záměr o dodání vaku dle jeho preferencí. Ty totiž nelze z takto stanovené zadávací podmínky vyčíst. Uvedená argumentace je navíc prezentována jako argument *ad extremum*, nicméně jde spíše o tzv. důkaz kruhem. Úřad v podstatě říká, že právě proto, že zadavatel požadoval určitý objem vaku, nemohl požadovat objem plazmy, protože pak by se mu mohly sejít nabídky na vaky o jakémkoliv objemu vaku (tj. jeho požadavek na objem vaku by nebyl respektován). Takový argument ovšem nevylučuje, že zadavatel mohl požadovat právě objem plazmy, nikoliv vaku.

43. Argumenty Úřadu stran výkladu sporné zadávací podmínky pochybnosti o jejím významu nikterak přesvědčivě nerozptýlily. Tyto pochybnosti přetrvávají i ve světle skutkových tvrzení vznesených v průběhu správního řízení (viz níže).
44. Z vyjádření obou účastníků správního řízení se podává, že vak s označením 1 000 ml neznačí vždy nutně jeho finální celkový objem. Navrhovatel v návrhu upozornil na skutečnost, že maximální objem plazmy pro „každou plazmaferézu (včetně antikoagulantu), který je možno odebrat dle *Guide to the preparation, use and quality assurance of BLOOD COMPONENTS je 880 ml*“ a v případě jeho vaku je ještě 275 ml objem zvonu na cirkulaci vzduchu během procesu odběru. Navrhovatel v návrhu, potažmo v rozkladu zastává názor, že žádný vak nemůže mít objem přesně 1 000 ml, neboť součet maximální povolené hodnoty 880 ml a potřebného objemu zvonu ve výši 275 ml činí 1 155 ml. Zadavatel na to reagoval ve svém vyjádření k návrhu tím, že daný údaj chápe jako „katalogové“ označení produktu. Zadavatel tak tímto vyjádřením fakticky připustil, že údaj o objemu 1 000 ml ve skutečnosti neznamená finální objem vaku, neboť se zadavatel skutečně soustředí pouze na označení, aniž by vyvracel, že navrhovatelem uváděné vaky, které mají určité katalogové označení, mají ve skutečnosti objem větší. A nakonec lze podotknout, že i zadavatel sám uvádí: „I z výše uvedeného je patrné, že pokud zadavatel požaduje vaky s označením 1000 ml, pak nelze akceptovat větší vaky s označením 1200 ml s faktickým objemem 1370 ml.“ (str. 2 vyjádření k návrhu). Úřad se tedy na straně jedné dovolává skutečného celkového objemu vaku, na straně druhé operuje určitým katalogovým označením, u něž vyvstávají pochybnosti, jaký vztah má takové označení k celkovému objemu. Samotné katalogové označení totiž nevyjadřuje ani max. objem tekutiny, který vak pojme.
45. Jako příklad k této situaci lze uvést objemové označení kuchyňského nádobí. I v případě nákupu např. 3 l hrnce, který je sice označený údajem o objemu 3 l, ve skutečnosti pojme více množství tekutiny.
46. Dále není přesvědčivý ani argument zadavatele, dle kterého požadoval vak o objemu 1 000 ml z technických důvodů, neboť objemově větší vak nelze použít v kazetovém zmrazovači plazmy používaném zadavatelem na jeho pracovišti. Pokud zadavatel chtěl, aby nově pořízený vak mohl uložit do svých kazetových zmrazovačů, měl takový požadavek uvést v zadávacích podmínkách. Pak pro něj totiž nebyl rozhodující objem vaku, ale jeho rozměry.

⁴ Zde navíc půjde spíše o výklad teleologický. Úvahy Úřadu totiž usilují spíše o odpověď na otázku, z jakých důvodů odpovídá ta která interpretace zadávací podmínky potřebám zadavatele.

Lze tak souhlasit s názorem navrhovatele, že za takové situace by zadavatel spíše definoval vnější rozměry vaku, nikoli jeho objem, neboť i vak dlouhý a úzký s objemem 1 000 ml by sice splňoval požadavek na objem, ale nemusel by být kompatibilní s rozměry mrazáku.

47. Z výše uvedeného vyplývá, že zadávací podmínka objektivně připouští více interpretací, neboť není zřejmé, zda objem vaku má být skutečně přesných 1 000 ml, nebo zda uvedený údaj označuje množství plazmy, které se má při zohlednění rezervy pro cirkulaci vzduchu do vaku vejít, a to zejména s přihlédnutím k tomu, že dle tvrzení navrhovatele i v praxi bývá objem vaku vyšší než právě 1 000 ml, a to patrně právě s ohledem na potřebnou rezervu. Navrhovatel na podporu tvrzení, že neexistuje na trhu vak, který by byl o objemu přesných 1 000 ml, dle svých tvrzení proměřil i vaky u konkurenčních dodavatelů, včetně vybraného dodavatele. Tímto měřením navrhovatel dospěl k závěru, že ani vak vybraného dodavatele nebyl ve skutečnosti o objemu 1 000 ml, ale 1 177 ml, přičemž reálnost takových výsledků zadavatel nevyvrátil. Naopak sám připustil, že katalogové označení nevyjadřuje max. objem (viz bod 44 napadeného rozhodnutí). Pokud měl Úřad za to, že pochybnosti navrhovatele o reálnosti požadavku zadavatele nejsou namístě, měl ve správním řízení příležitost je na základě případných skutkových zjištění vyvrátit. K tomu mohl rovněž přihlédnout při výkladu sporné zadávací podmínky. Úřad tak nicméně neučinil a svůj výklad zadávací podmínky opřel o závěry dílem formalistické (toliko jazykové), které ovšem nebyly ani pevné ve svých základech, dílem o argumenty údajně logické, kterým ovšem nebylo možno přisvědčit.
48. Pokud bude Úřad v navazující fázi správního řízení trvat na své tezi, že zadávací podmínka má jediný správný a průměrnému odborně zdatnému dodavateli srozumitelný výklad, kterým je, že zadavatel požaduje vak o celkovém objemu 1 000 ml (tj. číselný údaj se vztahuje k vaku, nikoliv k plazmě), bude se muset vyrovnat s výše uvedenými výtkami k jeho předcházející argumentaci a zejména se skutkovými tvrzeními účastníků správního řízení. Pokud se Úřadu nepodaří rozptýlit pochybnosti o významu zadávací podmínky, na základě které zadavatel navrhovatele vyloučil ze zadávacího řízení, bude muset spornou zadávací podmínku aplikovat v tom z rozumně myslitelných významů, který je vůči dodavatelům nejmírnější. To bude patrně znamenat, že rozhodnutí o vyloučení bude třeba zrušit, neboť bude třeba připustit i ten výklad, že obtojí i vak, do něž se vejde 1 000 ml plazmy.
49. Zde je nutno uvést, že Úřad v bodě 69 napadeného rozhodnutí chybně vyhodnotil námitku navrhovatele ohledně nejasnosti zadávací podmínky jako novou argumentaci navrhovatele, která dle jeho názoru nebyla uvedena v námitkách ani v návrhu a navrhovatel ji uplatnil až ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí. Úřad tak nesprávně tuto námitku posoudil jako opožděnou s ohledem na § 251 odst. 1 ve spojení s odst. 4 zákona. Navrhovatel totiž již v námitkách a ostatně i v návrhu zpochybňoval význam údaje souvisejícího s objemem vaku, když uváděl, že žádný vak nemůže mít objem 1 000 ml, uváděl příklady vaku označeného údajem 1 000 ml, u kterého je ovšem dle jeho názoru jasné, že jde toliko o objem „pracovní“, když by do tohoto vaku bylo teoreticky možné (pokud by to legislativa umožňovala) odebrat cca 1 000 ml plazmy a nakonec se, a to je podstata celého návrhu, domáhal uznání svého plnění jako vyhovujícího potřebám zadavatele. Ačkoliv tedy navrhovatel neformuloval námitky ani návrh v tomto ohledu precizně způsobem, že by tvrdil, že je zadávací dokumentace v tomto ohledu nejasná a že zadavatel měl zvolit mírnější výklad a přijmout jeho plnění, je jasné, že navrhovatel zpochybňoval význam, který zadavatel stanovené zadávací podmínce přikládal. Materiálně vzato tak je třeba považovat tato tvrzení navrhovatele jako

námítku nejasnosti zadávací dokumentace, byť třeba velmi nešikovně formulovanou, a to i s přihlédnutím k zásadě *in dubio mitius* („v pochybnostech mírněji“), která ovládá všechny oblasti veřejného práva, a tedy i nepochybně průběh správního řízení. Lze tedy uzavřít, že navrhovatel už svojí návrhovou argumentací zpochybnil rovněž aplikaci nejasného ustanovení zadávací dokumentace, která vyústila v jeho vyloučení. Úřad se tak měl zabývat námítkou, že sporné ustanovení zadávací dokumentace je víceznačné a zadavatel jej nezákonně aplikoval k tíži navrhovatele tak, že ho vyloučil.

VII. Závěr

50. Ve vztahu k výroku I napadeného rozhodnutí lze shrnout, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a s právními předpisy, a tedy nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu navrhovatele. Nebyly tak shledány důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit v této části napadeného rozhodnutí.
51. V případě výroku II napadeného rozhodnutí Úřad nepostupoval v souladu se zákonem a správním řádem, což má za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí v této části. Výrok II napadeného rozhodnutí je nezákonný, a to v intenzitě odůvodňující jeho zrušení, neboť napadené rozhodnutí spočívá v nesprávném právním posouzení sporné zadávací podmínky. Úřad nesprávně dospěl k závěru, že požadavek zadavatele „vak pro objem plazmy 1 000 ml“ lze vykládat jednoznačně pouze tak, že údaj 1 000 ml se vztahuje k finálnímu celkovému objemu vaku. Byly tak splněny podmínky předvídané § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu, a proto se výrok II napadeného rozhodnutí ruší a věc v této části vrací Úřadu k novému projednání. Úřad je při novém rozhodování vázán právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

1. Mgr. Klára Zábrodská, advokátka, ev. č. ČAK 10731, Rybná 716/24, 110 00 Praha 1 – Staré Město
2. Fakultní nemocnice Brno, Jihlavská 340/20, 625 00 Brno

Vypraveno dne

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