



UOHSX003SEP0

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R41/2011/VZ-14897/2011/310-ASc

V Brně dne: 19.9.2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 16. 2. 2011 podaném zadavatelem –

- **Kraj Vysočina**, IČ 70890749, se sídlem Žižkova 57, 587 33 Jihlava, za něhož jedná MUDr. Jiří Běhounek, hejtman,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 3. 2. 2011, č. j. ÚOHS-S355/2010/VZ-16794/2010/540/KKo, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Kraje Vysočina, při zadávání veřejné zakázky „**Dodávka látek s antibiotickým účinkem**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 7. 7. 2010 pod evidenčním číslem 60047081 a v Úředním věstníku Evropské unie a dne 9. 7. 2010 pod evidenčním číslem 2010/S 131-200833, jehož dalším účastníkem je

- navrhovatel – **společnost SANDOZ s. r. o.**, IČ 41692861, se sídlem U nákladového nádraží 10, 130 00 Praha 3, za niž jedná Andrej Pardo, jednatel,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 3. 2. 2011, č. j. ÚOHS-S355/2010/VZ-16794/2010/540/KKo,

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Kraj Vysočina, IČ 70890749, se sídlem Žižkova 57, 587 33 Jihlava, za něhož jedná MUDr. Jiří Běhounek, hejtman (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), v informačním systému dne 7. 7. 2010 pod evidenčním číslem 60047081 a v Úředním věstníku Evropské unie a dne 9. 7. 2010 pod evidenčním číslem 2010/S 131-200833, oznámení otevřeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku s názvem „Dodávka látek s antibiotickým účinkem“.¹
2. Úřad obdržel návrh společnosti SANDOZ s. r. o., IČ 41692861, se sídlem U nákladového nádraží 10, 130 00 Praha 3, za niž jedná Andrej Pardo, jednatel (dále jen „**navrhovatel**“), na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť ten nevyhověl jeho námitkám podaným proti podmínkám zadání. Ke dni 10. 9. 2010 tedy Úřad správní řízení zahájil a za jeho účastníky označil zadavatele a navrhovatele.
3. Navrhovatel v podaném návrhu uvedl, že zadavatel při vymezení předmětu šetřené veřejné zakázky postupoval v rozporu s § 44 odst. 9 zákona ve spojení s § 6 zákona, neboť předmět veřejné zakázky specifikoval v zadávací dokumentaci seznamem poptávaných látek s antibiotickým účinkem, přičemž jednotlivé látky označil jednak názvem, a jednak použil i obchodní názvy léčebných přípravků. Pro každý z těchto přípravků je potom zadavatelem určena jiná maximální nabídková cena, kterou konkrétní dodavatel nesmí při podání nabídky překročit, ač oba tyto přípravky obsahují stejné množství shodné účinné látky (tyto maximální ceny ani neodpovídají maximálním cenám v rámci cenové regulace Ministerstva zdravotnictví). Tímto postupem zadavatel stanovuje pro ekvivalentní přípravky různé podmínky, čímž některé dodavatele zvýhodňuje oproti jiným. Navíc navrhovatel podotkl, že ve výčtu přípravků uvedených v zadávací dokumentaci nejsou obsaženy všechny dostupné

¹ Pozn.: pokud je 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 jednotlivých úkonů účastníků řízení.

terapeuticky zaměnitelné přípravky obsahující požadovanou účinnou látku. Navrhovatel vyjádřil přesvědčení, že předmět veřejné zakázky lze specifikovat i jinak než s použitím konkrétních obchodních názvů jednotlivých přípravků, a to specifikací účinné látky a jejím množstvím, případně dalšími charakteristikami, které definují skupinu terapeuticky zaměnitelných přípravků. Zadavatel rovněž v rozporu s § 44 odst. 9 zákona neumožnil dodavatelům nabízet kvalitativně obdobné plnění. Zadavatel sice v rozhodnutí o námitkách uvádí, že v dodatečných informacích č. 3 k zadávací dokumentaci nabídku ekvivalentních přípravků připustil, avšak institut dodatečných informací nelze tímto způsobem použít. Rovněž podmínka zadavatele, že maximální nabídkové ceny jednotlivých léčebných přípravků mohou být zadavatelem jednostranně upravovány i po uzavření rámcové smlouvy, je podle navrhovatele nepřijatelná. Konečně navrhovatel spatřoval porušení zákona také v tom, že zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil požadavek, aby nabídková cena byla uvedena jako cena jednotková bez DPH a s DPH, přičemž z kontextu přílohy č.2 zadávací dokumentace vyplývá, že jednotkovou cenou se rozumí cena za jedno balení daného přípravku. Tato cena však nijak nezohledňuje skutečnost, že jednotlivá balení různých přípravků se od sebe liší velikostí a množstvím účinné látky.

4. Zadavatel svůj postup odůvodnil tím, že se jedná o specifický předmět veřejné zakázky. Zadavatel sestavil portfolio léčebných přípravků s antibiotickým účinkem, které jednotlivé krajské nemocnice používaly a se kterými mají zkušenosti a jistotu ohledně účinku na zdraví pacientů. Zadavatel hodlal s ohledem na hospodárnost a efektivnost dodávek v rámci své působnosti jednotně stanovit podmínky pro dodávky ověřených a pro všechny nemocnice shodných léčebných přípravků, sjednotit ceny a dosáhnout při dynamickém porovnávání cen nejnižší možné ceny na trhu, což je samo o sobě principem, na kterém je postaven zákon. Ač přípravky obsahují stejnou účinnou látku, jejich vliv na zdraví pacienta je různý. Odvolal se na doporučení Státního ústavu pro kontrolu léčiv, který opakovaně varuje před používáním neosvědčených léčiv. Popřel však, že by seznam léků byl uzavřený, neboť tabulka látek uvedených v příloze č. 1 a 2 slouží pouze jako demonstrativní uvedení spektra v současnosti dodávaných látek s antibiotickým účinkem, a tím pádem zadavatel uchazečům poskytl možnost nabídnout ve své nabídce i jiné léčebné přípravky. Zadavatel dále vysvětlil, že rámcovou smlouvu hodlá uzavřít s každým uchazečem, který splní zadávací podmínky a ve své nabídce ocení být jen jednu příkladnou položku odpovídající obsahu, formě a množství účinné látky léčebného přípravku. Cílem a účelem veřejné zakázky na uzavření rámcové smlouvy je sjednání podmínek, nikoli již dodání konkrétního přípravku. Pro splnění podmínek veřejné zakázky na uzavření rámcové smlouvy tedy stačilo podat nabídku a stanovit cenu jen na jednu demonstrativně uvedenou látku s antibiotickým účinkem. S ohledem na dobu trvání rámcové smlouvy (4 roky) zadavatel podotýká, že v průběhu této doby budou vznikat a zanikat na trhu s léky nové výrobky různých výrobců, při zachování účinné látky, nebo dokonce při její změně. Zadavatel však neměl v úmyslu zúžit portfolio léčiv a zasahovat do léčebného procesu u jednotlivých nemocnic. Pakliže by uchazeč ve své nabídce uvedl lék odlišný od seznamu, tento lék by byl v souladu se zákonem o léčivech a vyhovoval by podmínkám zadavatele týkajících se obsahu účinné látky a formy, zadavatel by jej na seznam zařadil a v navazujících veřejných zakázkách jej poptával. Ke stanovení maximální ceny vysvětlil, že může ve výzvě pro podání nabídky změnit maximální přípustnou cenu

v reakci na úpravu cen Státním ústavem pro kontrolu léčiv. Nastavení maximálních jednotkových cen vychází předně ze zjištění cenové analýzy nákupů všech přípravků odebíraných jednotlivými nemocnicemi, na jejímž základě jsou tyto přípravky, uvedené v příloze č. 1 a příloze č. 2 zadávací dokumentace, definované jako předmět rámcové smlouvy. Jako maximálně přípustné ceny, na které navrhovatel poukazuje, byly stanoveny minimální ceny, za které daný přípravek alespoň jedna z nemocnic v minulosti nakoupila.

5. Navrhovatel doplnil svůj návrh a uvedl, že zadávací dokumentace neobsahuje žádnou informaci o tom, že uvedený seznam je pouze demonstrativní. Nesouhlasil dále s argumentací zadavatele odůvodňující způsob stanovení či zvýšení maximálních nabídkových cen. Navrhovatel se domníval, že zadavatel měl stanovit pro zastupitelné výrobky se stejným antibiotickým účinkem stejnou maximální nabídkovou cenu, nikoli stanovit takové ceny, za které byl schopen daný přípravek v minulosti nakoupit nejlevněji. Tento postup nemá vypovídací hodnotu o efektivnosti nákupu pořizovaného plnění, neboť není zřejmé, zda zadavatel v minulosti koupil přípravek za nejnižší možnou cenu. Argument zadavatele, že ve výzvě pro podání nabídky může změnit maximální přípustnou cenu, označil za bezpředmětný, neboť v případě, kdy jediným hodnotícím kritériem pro výběr dodavatele byla nejnižší nabídková cena, není možné, aby při realizaci jednotlivých zakázek na základě rámcové smlouvy byla maximální cena měněna. Navrhovatel zdůraznil, že uchazeči mohou v rámci veřejných zakázek zadávaných na základě rámcové smlouvy nabízet pouze ty léčebné přípravky, které nabízeli v šetřeném zadávacím řízení.

II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 3. 2. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S355/2010/VZ-16794/2010/540/KKo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že zadavatel při zadání veřejné zakázky nedodržel postup podle § 44 odst. 1 zákona tím, že nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, a dále že nedodržel postup podle § 44 odst. 9 zákona tím, že v zadávací dokumentaci uvedl obchodní názvy látek s antibiotickým účinkem, čímž zvýhodnil nebo vyloučil určité dodavatele, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jako opatření k nápravě postupu zadavatele Úřad podle § 118 odst. 1 zákona zadání veřejné zakázky zrušil a současně zadavateli podle § 119 odst. 2 zákona uložil povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.
7. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad nejprve zabýval problematikou vymezení předmětu veřejné zakázky. Poté, co odkázal na § 44 odst. 1 zákona a na Přílohu č. 1 zadávací dokumentace, uvedl, že z ní vyplývá, že údaje, které se týkají předpokládané spotřeby, představují pouze kvalifikovaný odhad pro účely sestavení nabídek uchazečů, přičemž předpokládaný roční odběr léčebných přípravků může být v průběhu trvání smlouvy snížen nebo zvýšen. Dále si v této příloze zadavatel vyhradil právo objednávat i jiné druhy látek s antibiotickým účinkem, které na počátku plnění

smlouvy nepředpokládal. Zadávací dokumentace je rozhodujícím podkladem, na jehož základě dodavatelé zpracovávají své nabídky, a proto musí obsahovat požadavky a technické podmínky zadavatele, které vymezují předmět veřejné zakázky v takových podrobnostech, které jsou nezbytné pro zpracování nabídky, tedy v takovém rozsahu, aby byla zadávací dokumentace úplná a správná, a zároveň aby byla jasná, srozumitelná, určitá a dostatečně podrobná, aby si jakýkoliv potenciální dodavatel po jejím přečtení dokázal udělat představu, co je předmětem veřejné zakázky a zda se daného zadávacího řízení zúčastní. S odkazem na dřívější rozhodovací praxi Úřad uvedl, že nelze-li rozsah potřeb zadavatele stanovit naprosto přesně (tj. zadavatel nezná přesné množství dodávek), je vždy nezbytné, aby v podmínkách zadání určil alespoň předpokládaný rozsah plnění a dobu trvání smlouvy tak, aby uchazeči mohli v nabídkách předložit nabídkovou cenu. To znamená, že zadavatel definuje v zadávací dokumentaci pouze „model“ dodávek na základě předpokládaného celkového množství. To je také případ šetřené veřejné zakázky, kdy zadavatel sice v zadávací dokumentaci specifikoval předmět dodávek léčebných přípravků pomocí tabulky uvedené v Příloze č. 1 zadávací dokumentace, nicméně si současně vyhradil právo odebírat zboží jiné. S ohledem na výhradu zadavatele na změnu parametrů léčebných přípravků tedy nejenže není fixováno množství, což je vzhledem k výše uvedenému přípustné, není však fixován ani předmět plnění samotný. Soutěží se tak o imaginární soubor dodávek, které však poté nejsou a ani nemusí být realizovány nebo jsou realizovány pouze z části. Ačkoli zadavatel není schopen předvídat rychlost obměny a výroby nových léčebných přípravků dostupných na trhu, nelze připustit nastalou situaci, kdy nedostojí své zákonné povinnosti vymezit předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Není-li zadavatel schopen předvídat vývoj v farmaceutickém průmyslu a hodlá-li pořizovat aktuální léčebné přípravky, je nutné zvážit, zda je uzavírání rámcové smlouvy s délkou trvání 4 roky pro tento typ dodávek vhodné.

8. K odkazům na obchodní názvy léčivých přípravků orgán dohledu konstatoval, s odkazem na § 44 odst. 9 zákona a Přílohu č. 1 zadávací dokumentace, že použití odkazů na obchodní názvy konkrétních léčebných přípravků nebylo v šetřeném případě odůvodněno, neboť se nejedná o situaci, kdy by zadavatel nebyl schopen předmět veřejné zakázky, resp. jednotlivé položky seznamu požadovaných léčebných přípravků, popsat pomocí technických podmínek ve smyslu § 45 a § 46 zákona. Jednotlivé léčebné přípravky, specifikované v zadávací dokumentaci pomocí položek označených odkazy nebo názvy, jsou zároveň specifikovány účinnou látkou, jejím množstvím a způsobem aplikace přípravku, přičemž uvedená charakteristika je dostačující k tomu, aby uchazeči nabídli požadované léčebné přípravky. Úřad se neztotožnil s tvrzením zadavatele, že přípravky se stejnou účinnou látkou nemusí mít stejné ostatní látky, a tedy mají i odlišný vliv na zdraví pacientů. V Příloze zadávací dokumentace č. 1 a č. 2 umožnil nabídku alternativních léčivých přípravků při dodržení následujících podmínek: nový přípravek musí obsahovat tutéž účinnou látku jako požadovaný přípravek, obsah účinné látky obsažené v novém přípravku se nesmí změnit a shodná musí zůstat i forma podání přípravku. Z uvedeného vyplývá, že ačkoliv zadavatel ve svém vyjádření tvrdí, že rozhodné pro použití léčebného přípravku jsou mimo účinné látky i látky ostatní, při umožnění alternativního plnění tento fakt nezahrnul do stanovených podmínek pro nabízené alternativní léčebné přípravky. V případě nutnosti specifikovat

předmět veřejné zakázky pomocí odkazů na obchodní názvy konkrétních výrobků je zadavatel povinen dodržet postup stanovený v § 44 odst. 9 zákona, který mj. stanoví, že zadavatel musí umožnit pro plnění předmětu veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Vzhledem k tomu, že informace o možnosti nabízet kvalitativně a technicky obdoba řešení je zásadní, má zadavatel povinnost oznámit ji v zadávací dokumentaci, popř. v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Postup zadavatele, kterým se snažil zhojit vadu zadávací dokumentace spočívající v uvedení odkazů na obchodní názvy konkrétních výrobků, tím že umožnil uchazečům nabízet i alternativní léčebné přípravky, je tedy z hlediska dodržení základních zásad zadávacího řízení zcela nedostatečný, zvláště z důvodu, že zadavatel umožnil nabízet alternativní léčebné přípravky až po uplynutí více než poloviny lhůty pro podání nabídek, což mohlo mít podstatný vliv na okruh možných dodavatelů, neboť dodavatelé nabízející alternativní léčebné přípravky se o této dozvěděli až v polovině lhůty pro podání nabídek, čímž byli proti ostatním dodavatelům znevýhodněni, popř. již nebyli schopni z časových důvodů nabídku podat.

9. K uloženému nápravnému opatření Úřad mj. uvedl, že při rozhodování podle § 118 odst. 1 zákona je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil již při vymezení předmětu veřejné zakázky, bylo nutné zrušit celé zadání. Zadavatel nyní musí v zadávacích podmínkách přesně specifikovat druhy pořizovaných léčebných přípravků způsobem, ze kterého bude zřejmé, jaké druhy léčebných přípravků bude v průběhu realizace rámcové smlouvy pořizovat, přičemž pro jejich vymezení musí využít charakteristické vlastnosti jednotlivých druhů léčebných přípravků (např. druh a množství účinné látky, ostatní látky, způsob aplikace, atd.), avšak bez použití odkazů na obchodní názvy konkrétních léčebných přípravků. Pouze v situaci předvídané v § 44 odst. 9 zákona, tj. při nemožnosti dostatečně přesného popisu předmětu veřejné zakázky pomocí technických podmínek podle § 45 a § 46 zákona, lze odkazů na obchodní názvy konkrétních výrobků použít, avšak za dodržení podmínek stanovených § 44 odst. 9 zákona. Vzhledem k tomu, že bylo nutno zrušit zadávací řízení z důvodů specifikovaných ve výroku I. napadeného rozhodnutí, Úřad považoval za nadbytečné zabývat se otázkou stanovení maximálních cen u jednotlivých léčebných přípravků a jejich případnou změnou v průběhu realizace rámcové smlouvy.

III. Námitky rozkladu

10. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad rozklad zadavatele, který mu úvodem vytýká striktní právní formalismus, neodpovídající duchu zákona a jeho smyslu. K závěru Úřadu, že se jedná o veřejnou zakázku s neurčitým předmětem plnění, uvádí zadavatel, že vzhledem k rychlosti výzkumu a vývoje ve farmaceutickém průmyslu je pravděpodobné, že v období, na které byla rámcová smlouva uzavřena, dojde ke vzniku nových preparátů, které mohou mít lepší účinky na zdraví pacienta. Zadavatel přitom nemůže lékařům zakázat, aby tyto nové léčebné prostředky používali. Připuštění jiných preparátů v praxi znamená, že objeví-li se na trhu a vyvstane-li potřeba jejich použití, dojde k jejich řádnému vysoutěžení. Pokud by připuštění jiných preparátů možné

nebylo, mohlo by dojít k námitce nesouladu léčby s nejnovějšími zdravotnickými poznatky, případně k námitce o dělení předmětu veřejné zakázky. Zadavatel tak trvá na tom, že jeho postup je v souladu s ustálenou rozhodovací praxí Úřadu, neboť jedinou neznámou proměnnou je v daném případě množství poptávaných léků. K dalšímu závěru Úřadu, že zadavatel mohl obdržet více nabídek, kdyby byl předmět veřejné zakázky řádně vymezen, zadavatel uvádí, že to lze říci u každé veřejné zakázky. Z uvedeného důvodu namítá nepřezkoumatelnost této části odůvodnění napadeného rozhodnutí. Zadavatel popírá, že by v takovém případě nabídku podal navrhovatel, neboť má zato, že tento byl od podání odrazen nikoli nesrozumitelností či neúplností zadávací dokumentace, ale stanovenými maximálními cenami. S touto námitkou se však Úřad vůbec nevyřádal.

11. Co se týče druhého správního deliktu, zadavatel znovu opakuje, že od samého počátku umožnil uchazečům nabízet alternativní léčebné přípravky. Jedinou chybou, které se dopustil, byla absence této informace v zadávací dokumentaci. Sám Úřad uvedl, že tímto pochybením k porušení zákona nedošlo, ale že uvedení obchodních názvů bylo pouze nadbytečné. Z celé zadávací dokumentace i ze způsobu zadání je zřejmé, že alternativy se připouštějí. Každý uchazeč mohl rovněž podat žádost o doplňující informace, avšak žádná taková žádost nepřišla. K dílčímu závěru, že uvedená skutečnost mohla podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, zadavatel odkazuje na svou argumentaci k předchozímu správnímu deliktu a opětovně namítá nepřezkoumatelnost této části napadeného rozhodnutí. Z odůvodnění správního rozhodnutí musí vyplývat vztah mezi skutkovými zjištěními a úvahami při hodnocení důkazů na straně jedné a právními závěry na straně druhé. Úřad však na svou povinnost zčásti rezignoval a z napadeného rozhodnutí není patrna žádná úvaha, zda zadavatel naplnil hmotněprávní podmínku pro vydání napadeného rozhodnutí, tj. že postup zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Závěr rozkladu

12. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

Vyjádření dalších účastníků řízení

13. K podanému rozkladu se vyjádřil navrhovatel. Uvádí, že pokud by zadavatel nevymezil předmět odkazem na konkrétní obchodní názvy, bylo by možné předmět plnění definovat pouze pomocí obecných parametrů tak, že by umožňoval dodání i léčivých přípravků nově uvedených na trh. Jediným variabilním údajem by tak bylo poptávané množství. Navrhovateli není jasné, z čeho zadavatel dovozuje, že uvedení obchodních názvů u léčivých přípravků bylo pouze nadbytečné a nepředstavovalo porušení zákona, neboť napadené rozhodnutí vyslovuje přesný opak. Ke změně zadávacích podmínek v průběhu zadávacího řízení tím, že zadavatel umožnil dodání i jiných léčivých přípravků, navrhovatel konstatuje, že k této změně došlo po uplynutí více než poloviny lhůty pro podání nabídek. Odmítá tvrzení, že možnost nabízet alternativní léčivé přípravky vyplývala přímo ze zadávací dokumentace; zadávací dokumentace žádnou takovou informaci neobsahuje. Možnost podat nabídku i pro další přípravky s jinými

obchodními názvy byla připuštěna až v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 30. 7. 2010. Kromě toho zadavatel v odpovědi na žádost o poskytnutí dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 21. 7. 2010 nabídku ekvivalentních přípravků vylučuje, neboť je připuštěna pouze v případě, kdy se určitý léčebný přípravek již nevyrábí. Obě dodatečné informace tak jsou v rozporu a znemožňují jasný výklad požadavků zadavatele. Z výše uvedeného důvodu navrhovatel s napadeným rozhodnutím souhlasí a označuje jej za srozumitelné a přezkoumatelné. Navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

IV. Řízení o rozkladu

14. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
15. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou 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:
16. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 3. 2. 2011, č.j. ÚOHS-S355/2010/VZ-16794/2010/540/KKo, rozhodl, že zadavatel při zadání veřejné zakázky nedodržel postup podle § 44 odst. 1 zákona tím, že nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, a dále že nedodržel postup podle § 44 odst. 9 zákona tím, že v zadávací dokumentaci uvedl obchodní názvy látek s antibiotickým účinkem, čímž zvýhodnil nebo vyloučil určité dodavatele, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, za což Úřad jako opatření k nápravě přistoupil ke zrušení veřejné zakázky ve smyslu § 118 odst. 1 zákona a k uložení povinnosti zadavateli uhradit podle § 119 odst. 2 zákona náklady řízení ve výši 30 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil.

V. K námitkám rozkladu

17. Jak vyplývá z podaného rozkladu, zadavatel trvá na tom, že se nedopustil ani jednoho z konstatovaných porušení zákona, a že tedy není ani dán důvod pro zrušení zadávacího řízení. Valná část rozkladu však pouze znovu opakuje již vznesené skutečnosti a argumenty, s nimiž se napadené rozhodnutí vyčerpávajícím způsobem vypořádalo. Nadto je napadenému rozhodnutí vytýkána nepřezkoumatelnost v části týkající se prokázání, zda jednání zadavatele skutečně mělo nebo mohlo mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Této námitce je třeba věnovat patřičnou pozornost, neboť byla-li by nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí v některém ohledu

zjištěna, jednalo by se o důvod, pro nějž samotný by napadené rozhodnutí nemohlo obstát v případném soudním přezkumu.

K vymezení předmětu veřejné zakázky

18. Co se týče porušení povinnosti stanovené v § 44 odst. 1 zákona tím, že zadavatel nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, uvádím nejprve v obecné rovině, že jak již konstatoval Úřad v napadeném rozhodnutí, zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Za jeho zpracování je plně odpovědný zadavatel a je povinen ho zpracovat dostatečně kvalitně a s patřičnou odborností tak, aby na jeho základě bylo možno podat odpovídající a především vzájemně porovnatelné nabídky. Pozitivní výčet minimálních náležitostí, které by měla zadávací dokumentace obsahovat, stanoví § 44 zákona o veřejných zakázkách a jako takové ve svém odst. 3 písm. b) zmiňuje i technické podmínky, a to za předpokladu, že je to odůvodněno předmětem veřejné zakázky. Požadavky a technické podmínky musí být v zadávací dokumentaci obsaženy v takovém rozsahu, aby zadávací dokumentace byla jasná, srozumitelná, určitá a dostatečně podrobná, aby si potenciální uchazeč mohl učinit představu, co je předmětem veřejné zakázky a zda se zadávacího řízení může zúčastnit.
19. Jak vyplývá z napadeného rozhodnutí, nedostatky vymezení předmětu veřejné zakázky nalezl Úřad ve výhradě odebrání i jiného zboží (léčebných přípravků) než toho, které bylo zahrnuto v Příloze č. 1 zadávací dokumentace. Jako důvod tohoto způsobu vymezení zadávací dokumentace zadavatel uvedl rychlý a nepředvídatelný vývoj léčebných přípravků ve farmaceutickém průmyslu společně s jeho povinností poskytovat léčbu v souladu s nejnovějšími zdravotnickými poznatky. Jedná se o prakticky totožnou argumentaci, jakou zadavatel vznesl v řízení před správním orgánem prvního stupně. K tomu stejně jako orgán dohledu uvádím, že jakkoli jsou pohnutky zadavatele logické a pochopitelné, nemohou být legitimním důvodem pro nedostatečné vymezení předmětu plnění. Je třeba naopak do budoucna zvážit, zda je zadání formou rámcové smlouvy pro tento typ veřejné zakázky vůbec vhodné. Jak již uvedl Úřad v napadeném rozhodnutí, pokud není z jakéhokoli důvodu možné přesně stanovit rozsah poptávky zadavatele (tj. minimální rozsah plnění a dobu trvání smlouvy), je pro uchazeče problematické či dokonce nemožné předložit nabídkovou cenu. Jinými slovy, nezná-li zadavatel přesně množství dodávek, které bude v průběhu plnění veřejné zakázky poptávat, definuje v zadávací dokumentaci pouze jakýsi model dodávek na základě předpokládaného celkového množství. Toto celkové množství může však být u rámcové smlouvy jedinou neznámou (proměnnou), ale ve zbytku musí být předmět veřejné zakázky vymezen naprosto určitě, jinak se jedná o imaginární soutěž o plnění, které nakonec ani nemusí být vysoutěženo. Jestliže tedy zadavatel nebyl schopen pevně stanovit množství odebíraného plnění, jedná se o jakousi inherentní vlastnost rámcové smlouvy; nelze však připustit, aby nebyl najisto postaven předmět plnění. Tato situace značně komplikuje nejen zpracování nabídek, ale i jejich hodnocení, a to z důvodu vzájemné neporovnatelnosti. Je tedy pravděpodobné, že některé dodavatele mohla koncepce zadávacích podmínek (vymezení předmětu

plnění) odradit od účasti v zadávacím řízení. Pokud by byla zadávací dokumentace koncipována řádně, mohl zadavatel obdržet nabídky i jiných dodavatelů, které mohly být i výhodnější než ty, které obdržel.

K uvedení obchodních názvů látek v zadávací dokumentaci

20. Jak již bylo řečeno výše u vymezení předmětu veřejné zakázky, minimální náležitosti zadávací dokumentace stanoví § 44 zákona, který ve svém odstavci třetím písm. b) zmiňuje také technické podmínky. Technickými podmínkami v případě veřejných zakázek na dodávku se rozumí vymezení konkrétních charakteristik a požadavků na danou dodávku a je nutné je stanovit a popsat objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem; současně nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Jak vyslovil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 16. 11. 2010, č. j. 9 Afs 30/2010 – 182: „K tomu, aby se v praktické rovině nejednalo o pouhou proklamaci, stanoví § 44 odst. 9 zákona o veřejných zakázkách ve vztahu k technickým podmínkám (a nejen k nim) obsaženým v zadávací dokumentaci základní pravidlo, podle kterého zadavatel při zpracování zadávací dokumentace nesmí použít mj. odkazy na konkrétní obchodní firmy, ledaže by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky a pokud by popis předmětu veřejné zakázky stanovený technickými podmínkami plnění nebyl přesný a srozumitelný. V takovém případě však musí zadavatel připustit jakékoliv jiné obdobné řešení vyhovující jeho požadavkům na plnění předmětu veřejné zakázky.“ Z dikce § 44 odst. 9 zákona i citovaného rozsudku tak vyplývá, že k tomu, aby byl odkaz na specifická označení zboží či služeb (zde obchodní označení látek s antibiotickými účinky) akceptovatelný, musí být kumulativně splněny dvě, resp. tři podmínky. Tento odkaz musí být odůvodněn předmětem veřejné zakázky a současně musí tento popis být dostatečně přesný a srozumitelný. Jestliže jsou obě výše uvedené podmínky splněny a zadavatel se rozhodne využít možnosti odkazu na specifické označení zboží, musí dostát ještě jedné povinnosti, a to připustit jiné obdobné řešení vyhovující jeho požadavkům na plnění předmětu veřejné zakázky. Jinak řečeno, samotné připuštění alternativního (ekvivalentního) plnění nepostačuje a není schopno zhojit nedostatek naplnění některé z podmínek jmenovaných na prvním a druhém místě.
21. I přes podrobné studium odůvodnění napadeného rozhodnutí jsem neshledal, že by v některé jeho části orgán dohledu připustil, že absence informace o možnosti nabízet alternativní plnění v zadávací dokumentaci nepředstavovala porušení zákona a že uvedení obchodních názvů léčebných přípravků bylo pouze nadbytečné. Je zřejmé, že k tomuto závěru zadavatel dospěl nesprávnou interpretací odůvodnění napadeného rozhodnutí. Je tedy třeba znovu zopakovat a uvést na pravou míru, že jádro celého případu a porušení zákona netkví ani tak ve skutečnosti, že zadavatel v zadávací dokumentaci výslovně nepřipustil ekvivalentní plnění (resp. že toto ekvivalentní plnění připustil až na základě dodatečných informací), ale především ve skutečnosti, že pro uvádění konkrétních obchodních názvů léčivých přípravků v zadávací dokumentaci nebyly dány podmínky. Byť by se dalo do jisté míry diskutovat a polemizovat nad tím, zda se jedná o specifický předmět plnění (jemuž dominuje snaha o dodržení léčebného

postupu de lege artis, tj. postupu v souladu se současným stavem dostupných poznatků lékařské vědy), stěžít by mohla být naplněna druhá podmínka, tj. že by bez odkazu na obchodní názvy léčivých přípravků nemohl být popis předmětu dostatečně přesný a srozumitelný. Specifikace předmětu veřejné zakázky pomocí účinné látky, jejího množství a způsobu aplikace přípravku (pozn.: formulace, kterou použil sám zadavatel v dodatečných informacích ze dne 30. 7. 2010) je dle mého názoru plně dostačující k tomu, aby uchazeči mohli předložit vyhovující a vzájemně porovnatelné nabídky. Použití obecných parametrů by konec konců umožňovalo i dodání léčivých přípravků nově uvedených na trh.

22. Pouze pro doplnění uvádím, že pokud jde o dodatečně poskytnuté informace na základě položených dotazů, nezbyvá mi, než dát za pravdu tvrzení navrhovatele, že v otázce přípuštění i jiných přípravků s jinými obchodními názvy než těmi, které jsou předdefinovány v přílohách zadávací dokumentace, nebyly poskytnuté dodatečné informace dostačující. Zde mám na mysli rozpor dodatečných informací ze dne 21. 7. 2010 a ze dne 30. 7. 2010. Zatímco v prvně jmenovaných dodatečných informacích zadavatel výslovně uvádí, že: „(...) Alternace přípravku se připouští pouze v případě, že daný preparát se již nebude vyrábět popř. se již nevyrábí. Změna účinné látky je však vyloučena.“, v následujících dodatečných informacích je obsažena informace: „Centrální zadavatel v rámci veřejné zakázky (...) PŘIPOUŠTÍ podání nabídky i pro další přípravky s jinými obchodními názvy než ty, které jsou předdefinovány v Příloze zadávací dokumentace č. 1 a č. 2 a v Příloze k rámcové smlouvě (...) při dodržení následujících podmínek: nový přípravek musí obsahovat tutéž účinnou látku jako požadovaný přípravek, obsah účinné látky se nesmí změnit, nesmí se měnit forma podání přípravku. (...)“. V této souvislosti uvádím, že do konce lhůty pro podání nabídek zbývalo už jen 18 dní, tj. uplynula více než polovina lhůty pro podání nabídek. I z tohoto pohledu tedy je tento způsob přípuštění ekvivalentního plnění nedostatečný a nemohl by zaručit shodné podmínky pro všechny potenciální dodavatele. Nelze totiž vyloučit, že někteří dodavatelé by v tak krátké lhůtě již nebyli schopni upravit svou nabídku, a ti dodavatelé, kteří se na základě původní zadávací dokumentace a dodatečných informací ze dne 21. 7. 2010 rozhodli veřejné zakázky neúčastnit, by nestihli nabídku vypracovat. Otázkou změny zadávacích podmínek a následného postupu zadavatele se zabýval např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007 – 131, v němž tento soud mj. konstatoval, že: „Pokud nastane změna předmětu po zadání veřejné zakázky (např. z hlediska změny technických norem, apod.), nemusí zadavatel zcela nezbytně vyhlašovat novou veřejnou zakázku, pokud jsou předem stanovena zcela jasná pravidla pro přijetí možné změny. Lze tedy dovodit, že pokud jsou dodržena předem daná pravidla, tj. zadavatel si předem vyhradí právo možné změny a po změně dostatečně prodlouží lhůtu pro dodavatele, která by jim umožnila na nové podmínky zareagovat, je možné změnit předmět veřejné zakázky ještě v průběhu zadávacího řízení.“ V tomto konkrétním případě Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že postup zadavatele, který změnil zadávací dokumentaci 15 dní před uplynutím lhůty pro podání nabídek, aniž prodloužil lhůtu k jejich podání, činí postup zadavatele netransparentním. Vzhledem k tomu, že lhůta, která v nyní řešeném případě po doručení dodatečných informací dodavatelům zbývala pro podání nabídky, je téměř totožná s lhůtou, která zbývala dodavatelům v případě přezkoumávaném Nejvyšším správním soudem, mám zato, že odkaz na

citovaný rozsudek je více než případný. V každém případě tedy platí, že i kdyby byly splněny obě podmínky zmíněné v § 44 odst. 9 zákona pro použití odkazu na obchodní názvy výrobků (což nebyly), musel by zadavatel připustit také ekvivalentní řešení, a to nejlépe výslovně v zadávací dokumentaci, případně by musel přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání nabídek (tak, aby dostal zásadám uvedeným v § 6 zákona), připustil-li by alternace dodatečně (což v přezkoumávaném případě neučinil). Stejně jako orgán dohledu tedy nemám pochyb o tom, že se zadavatel dopustil porušení § 44 odst. 9 zákona tím, že v zadávací dokumentaci uvedl odkazy na obchodní názvy látek s antibiotickým účinkem, čímž zvýhodnil nebo vyloučil určité dodavatele. Jeho jednání mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že kdyby k odkazům na konkrétní obchodní názvy přípravků nedošlo, zúčastnili by se soutěže o veřejnou zakázku i jiní uchazeči, kteří mohli zadavateli nabídnout výhodnější plnění.

K tvrzené nepřezkoumatelnosti

23. Podstatným vlivu výše uvedeného zadavatelova protiprávního jednání (odkazu na obchodní názvy v zadávacích podmínkách) nemám na rozdíl od zadavatele pochyb a ani jsem neshledal, že by v tomto ohledu nebylo zřejmé, z jakých důvodů o něm nepochyboval orgán dohledu. Technická specifikace předmětu plnění pomocí odkazů na obchodní názvy je obecně velkým problémem a závažným porušením zákona, v důsledku něhož prakticky vždy dochází k zúžení okruhu uchazečů, kteří by se jinak o veřejnou zakázku mohli ucházet. Zákaz takového jednání je právě ztělesněním zásady rovného přístupu k veřejným zakázkám a nediskriminace, která platí v oblasti veřejného zadávání dlouhodobě a je výslovně zakotvena v § 6 zákona. Její smysl spočívá, souhrnně řečeno, v zajištění konkurence mezi dodavateli, umožnění hospodářské soutěže a dosažení efektivního nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů. Jak bylo již uvedeno výše, také nedostatečné vymezení předmětu veřejné zakázky znemožňuje nejen zpracování nabídek, ale i jejich hodnocení, a to z důvodu jejich vzájemné neporovnatelnosti. Některé dodavatele tedy mohla od podání nabídky odradit též koncepce zadávacích podmínek; pokud by v tomto směru byla zadávací dokumentace koncipována řádně, mohl zadavatel obdržet nabídky i jiných dodavatelů, které mohly být i výhodnější než ty, které obdržel.

24. K nezbytné podmínce pro uložení nápravného opatření, kterou je podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, uvádím, že pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je ustanovením § 118 odst. 1 zákona výslovně předpokládána jakožto delikt ohrožovací (tedy nikoli delikt porušovací, jako je k tomu v případě, kdy k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky dojde). Skutkovou podstatu deliktu tvoří pouze určité protiprávní jednání bez výslovně určeného následku, který je dán již samotným faktem protiprávního jednání a kde navíc ke škodlivému následku nemusí vůbec dojít. Závěr orgán dohledu, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, tak z povahy věci nemůže být založen na absolutní jistotě; v opačném případě by totiž Úřad neshledal pouhou potencialitu ovlivnění pořadí úspěšnosti nabídek, ale již ve výroku rozhodnutí by vyslovil, že postup zadavatele výběr nejvhodnější nabídky podstatně ovlivnil. Takto koncipovanému odůvodnění napadeného rozhodnutí nelze vytýkat nepřezkoumatelnost (mám ostatně zato, že úvahy orgánu dohledu jsou z odůvodnění napadeného rozhodnutí plně seznatelné a

srozumitelné), stejně jako nepřezkoumatelnost nelze spatřovat v samotném faktu, že se Úřad neztotožnil s právní argumentací zadavatele. Podmínky pro zrušení zadávacího řízení podle § 118 odst. 1 zákona tak byly naplněny.

25. Co se týče nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, pokud jde o námitku, že navrhovatel by nabídku nepodal vůbec, a to z důvodu existence „maximálních cen“, uvádím, že z hlediska přezkumu zákonnosti zadávacích podmínek je lhostejné, zda navrhovatel zvažuje podání nabídky či nikoli (a případně z jakého důvodu). Zákon mu umožňuje proti zadávacím podmínkám podat námitky a následně návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (§§ 110 a 114 zákona), není-li jim vyhověno. Této možnosti navrhovatel využil, což je jeho neoddiskutovatelným právem.

V. Závěr

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

POUČENÍ

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

Otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

- Kraj Vysočina, se sídlem Žižkova 57, 587 33 Jihlava, za něhož jedná MUDr. Jiří Běhounek, hejtman
- SANDOZ s. r. o., se sídlem U nákladového nádraží 10, 130 00 Praha 3, za niž jedná Andrej Pardo, jednatel

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce