



UOHSX003Z8JH

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R163/2011/VZ-65/2012/310/ASc/JSI

V Brně dne: 12. ledna 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 28. 7. 2011 podaném zadavatelem –

- společností **Krajská zdravotní, a. s.**, IČ 25488627, se sídlem Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem, za niž jedná na základě pověření Ing. Eduard Reichelt, člen představenstva,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-6348/2011/510/HOd ze dne 13. 7. 2011 ve věci možného spáchání správního deliktu jmenovaným zadavatelem podle § 120 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Materiál ošetrovatelské péče**“, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 téhož zákona, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 31. 12. 2009 pod ev. č. 60040483 (opraveno 8. 1. 2010) a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 12. 2009 pod ev. č. 2009/S252-362939, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 12. 1. 2010, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **HARTMANN-RICO, a. s.**, IČ 44947429, se sídlem Masarykovo náměstí 77, 664 71 Veverská Bítýška, za niž jedná Ing. Lubomír Páleník, předseda představenstva, a Ing. Marek Třeška, člen představenstva,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, s přihlédnutím k ustanovení § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-6348/2011/510/HOd ze dne 13. 7. 2011

**r u š í m**

a věc

**v r a c í m**

k novému projednání Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

## ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – společnost Krajská zdravotní, a. s., IČ 25488627, Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem (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**“)<sup>1</sup> v informačním systému o veřejných zakázkách dne 31. 12. 2009 pod ev. č. 60040483, ve znění opravy uveřejněné 8. 1. 2010, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 12. 2009 pod ev. č. 2009/S252-362939, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 12. 1. 2010, oznámení otevřeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku s názvem „Materiál ošetrovatelské péče“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Úřad na základě obdrženého podnětu a vyžádané dokumentace k výše jmenované veřejné zakázce nabyl pochybnost o souladu postupu zadavatele se zákonem, a to při vymezení předmětu plnění veřejné zakázky a při stanovení technických podmínek. Ke dni 23. 7. 2010 proto zahájil správní řízení z moci úřední, za jehož účastníky označil zadavatele a uchazeče, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější – společnost HARTMANN-RICO, a. s., IČ 44947429, se sídlem Masarykovo náměstí 77, 664 71 Veverská Bítýška (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
3. Zadavatel k zahájení správního řízení k otázce specifikace složení jednotlivých setů uvedl, že požadované sety, resp. jejich skladba, plně reflektují jeho současné požadavky na materiál ošetrovatelské péče, který je používán k provádění lékařských výkonů. Požadavek na jednorázové sety pro malé lékařské zákroky je odůvodněn zejména potřebou obdržet „hotový sterilní set“, který významně šetří čas lékařům a ostatním pracovníkům zadavatele a usnadňuje aseptický postup při provádění vybraných lékařských zákroků. Díky používání

---

<sup>1</sup> Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

„hotových sterilních setů“ odpadá časově náročná a pracná příprava a kompletace zdravotního materiálu a nástrojů, čímž dochází ke zlepšení kvality poskytované ošetrovatelské péče a příslušný lékařský nebo sesterský zákrok je možné provést okamžitě a takřka kdekoliv. Zadavatel se domníval, že předmět plnění veřejné zakázky vymezil pomocí obecných specifikací, které jsou však dostatečně přesné a srozumitelné všem dodavatelům. Zadávací dokumentace neobsahuje požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky ani označení původu, a výslovně připustil možnost, aby uchazeči pro plnění veřejné zakázky použili jiná kvalitativně a technicky obdobná řešení. Zadavatel byl tudíž přesvědčen, že „hotové sterilní sety“ tak, jak je požadoval, mohli dodat všichni dodavatelé, kteří dodávají v takovém setu obsažené produkty.

4. Vybraný uchazeč v reakci na zahájení správního řízení podpořil zadavatele a uvedl, že se veřejné zakázky účastnil, přestože neměl k dispozici veškeré poptávané produkty. Podle názoru vybraného uchazeče byl předmět plnění veřejné zakázky stanoven v souladu se zásadami stanovenými zákonem. Pokud není vybraný uchazeč schopen plnit veřejnou zakázku sám, podává společnou nabídku s jiným dodavatelem. Zadavatel dále v zadávacích podmínkách umožnil podat nabídku všem dodavatelům, a to s ohledem na ustanovení na str. 13 a 14 zadávací dokumentace, kde je jednoznačně stanoveno, že je výslovně umožněno uchazečům, aby namísto výrobků označených v příloze 2 zadávací dokumentace pomocí specifických označení použili jiná kvalitativně a technicky obdobná řešení. Podle vybraného uchazeče, pokud se zadavatel rozhodl neumožnit podávání nabídek na části, ale pouze na celek, je to právo zadavatele a s ohledem na obvyklou obchodní praxi s cílem snižování nákladů se jedná o standardní řešení.
5. Po přezkoumání případu vydal Úřad dne 12. 10. 2010 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-12951/2010/510/MCh, kterým rozhodl o spáchání správního deliktu zadavatelem při zadávání této veřejné zakázky tím, že zadavatel nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona, když v zadávacím řízení požadoval po dodavatelích zajištění dodávky různých samostatných skupin výrobků, jejichž dodávku mohou zajistit různí dodavatelé, čímž diskriminoval dodavatele, kteří mohli zajistit dodávku jednotlivých skupin výrobků, avšak nikoliv dodávku všech skupin výrobků požadovaných zadavatelem, a že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 45 odst. 3 v návaznosti na § 6 zákona, když stanovil technické podmínky tak, že vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 12. 7. 2010 byla uzavřena smlouva.
6. Proti uvedenému rozhodnutí podal zadavatel rozklad. Rozhodnutím o rozkladu č. j. ÚOHS-R161/2010/VZ-4114/2011/VZ/310-ASc ze dne 15. 3. 2011 předseda Úřadu prvostupňové rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání. Jako důvod zrušení napadeného rozhodnutí uvedl předseda Úřadu pochybnosti o přezkoumání všech skutečností, které se vztahují k porušení povinnosti uvedené v § 45 odst. 3 zákona v návaznosti na § 6 zákona. Předseda ve svém rozhodnutí označil za zásadní skutečnost to, zda nabídky dvou uchazečů, kteří se účastnili zadávacího řízení, avšak jejich nabídky byly vyřazeny z důvodů uvedených

v bodu 5. zrušeného prvostupňového rozhodnutí, splnily stanovené technické podmínky dle požadavků vymezených zadávací dokumentací. V případě, že by bylo zjištěno, že tyto nabídky by uvedené technické podmínky bezezbytku naplnily stejně, jako tomu bylo u nabídky vybraného uchazeče, nebylo by možné konstatovat vytvoření neodůvodněných překážek hospodářské soutěže, neboť okruh tří uchazečů, kteří by dané podmínky byli schopni splnit, by nasvědčoval tomu, že nešlo o nastavení podmínek shodujících se pouze s parametry zboží nabízeného vybraným uchazečem. Úkolem orgánu dohledu po vrácení věci tak bylo zhodnotit, zda je obsah jednotlivých nabídek v korelaci s obsahem zadávací dokumentace, případně si vyžádat stanoviska dalších dodavatelů ohledně možnosti splnění technických podmínek.

7. V rámci nově vedeného správního řízení se vyjádřil zadavatel a znovu trval na tom, že z odpovědí oslovených dodavatelů vyplývají jednoznačné důkazy o jejich faktické neschopnosti podat nabídku. Tvrzení dodavatelů, podle nichž sortiment v zadavatelem požadovaném složení mohla pravděpodobně nabídnout jediná společnost na území České republiky, považuje za spekulativní mj. z toho důvodu, že v zadávacím řízení obdržel tři nabídky, a spektrum dodavatelského portfolia nelze vztahovat pouze k území České republiky. Zadavatel rovněž nesouhlasí s tvrzením dodavatelů, že společná nabídka by vedla k navyšování nabídkové ceny o marže dalšího článku v distribučním řetězci. Zadavatel nesouhlasí ani s tvrzením Úřadu, že podání společné nabídky představuje pouze jednu z možností plnění předmětu veřejné zakázky, a nikoli povinnost uchazečů. Dodavatel je naopak povinen vyvinout snahu nabídnout plnění, které zadavatel požaduje a takovou snahou je možné rozumět právě podání společné nabídky. Úřad si po celou dobu průběhu správního řízení nezískal žádný důkaz o konkrétním jednání některého z oslovených dodavatelů, jež by dokazoval snahu o sestavení nabídky. K Úřadem tvrzenému zaručení konkurenční výhody nebo vytváření neodůvodněné překážky hospodářské soutěže znovu zopakoval, že v zadávací dokumentaci neuvedl bližší požadavky na vlastní vzhled požadovaných setů, nevymezil bližší požadavky např. na uložení komponent, atp. Úřad ve svém rozhodnutí neprokázal a nedoložil, že skutečně neexistují další dodavatelé či subdodavatelé, kteří disponují sortimentem nezbytným pro podání ať už nabídky samostatné, společné nebo nabídky s využitím subdodavatelů. Nabídky všech tří uchazečů splňují zadavatelem stanovené technické podmínky na předmět veřejné zakázky, a z tohoto důvodu se zadavatel domnívá, že není možné konstatovat vytvoření neodůvodněných překážek hospodářské soutěže.

## II. Napadené rozhodnutí

8. Po novém přezkoumání případu vydal Úřad dne 13. 7. 2011 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-6348/2011/510-HOd (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož prvním výrokem rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona, když v zadávacím řízení požadoval po dodavatelích zajištění dodávky různých samostatných skupin výrobků, jejichž dodávku mohou zajistit různí dodavatelé, čímž diskriminoval dodavatele, kteří mohli zajistit dodávku jednotlivých skupin výrobků, avšak nikoliv dodávku všech skupin výrobků požadovaných zadavatelem, a že dále nedodržel postup stanovený

v ustanovení § 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, přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 12. 7. 2010 byla uzavřena smlouva. Za uvedený správní delikt Úřad výrokem II. uložil zadavateli podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 200 000 Kč.

9. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad poté, co shrnul obsah bodu 4 zadávací dokumentace, konstatoval, že je předmět veřejné zakázky koncipován široce, neboť v sobě zahrnuje dodávku různých skupin výrobků spadajících do oblasti zdravotnických a hygienických potřeb, které se odlišují způsobem použití, a které spolu přímo nesouvisí, a tudíž je lze poptávat samostatně. Tomuto závěru svědčí i to, že zadavatel v zadávací dokumentaci rozdělil předmět veřejné zakázky do 6-ti skupin podle způsobu použití, a u hodnotícího kritéria „Celková nabídková cena“ stanovil subkritéria – nabídkovou cenu u jednotlivých skupin poptávaných výrobků. Případná vyšší administrativní a logistická náročnost, na niž se zadavatel odvolal, není důvodem, který by ospravedlňoval omezení konkurence. Současně je pravděpodobné, že by se v případě samostatného zadávání jednotlivých skupin poptávaných výrobků rozšířil okruh vzájemně si konkurujících dodavatelů v jednotlivých skupinách poptávaných výrobků, kteří mohli zadavateli nabídnout výhodnější podmínky plnění veřejné zakázky než vybraný uchazeč. O široce vymezeném předmětu veřejné zakázky dále svědčí i množství podaných nabídek. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že si ji vyzvedlo celkem 18 dodavatelů, avšak nabídku podali pouze 3 uchazeči. S ohledem na tuto skutečnost si Úřad v rámci šetření veřejné zakázky před zahájením správního řízení vyžádal od dodavatelů, kteří si u zadavatele vyzvedli zadávací dokumentaci, ale nepodali nabídky, sdělení, z jakých důvodů se neúčastnili předmětného zadávacího řízení a konkrétních položek vymezených v zadávací dokumentaci, které nebyli schopni dodat. Častým důvodem pro nepodání nabídky byla neschopnost dodavatelů pokrýt široce koncipovaný předmět veřejné zakázky z jimi nabízeného sortimentu. Z podaných vyjádření lze současně vyvodit závěr, že pokud by byl předmět veřejné zakázky rozdělen na části, mohli se tito dodavatelé ucházet alespoň o příslušnou část veřejné zakázky. Široce vymezený předmět veřejné zakázky tak způsobil skrytou diskriminaci, v důsledku které došlo k omezení konkurenčního prostředí mezi dodavateli. V tomto případě byli diskriminováni ti dodavatelé, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nebyli schopni nabídnout plnění všechna. V souvislosti s vyslovenou skrytou diskriminací odkázal Úřad na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152. Úřad současně dodal, že zákon sice umožňuje dodavateli, který není schopen realizovat předmět veřejné zakázky samostatně, podat společnou nabídku s dalším dodavatelem nebo realizovat část předmětu veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele, avšak jedná se o jednu z možností plnění předmětu veřejné zakázky. Není tedy stanovena povinnost postupovat daným způsobem, neboť vedle nepopiratelných výhod nese tento postup i určité nevýhody. Jak vyplývá z odpovědí zadavatelem oslovených dodavatelů, s ohledem na široký sortiment předmětu veřejné zakázky, jeho technickou specifikaci a lhůtu pro podání nabídky takový postup nebyl reálný a byl celkově ekonomicky nevýhodný. Zadavatelův postup tak představoval porušení zásady zákazu diskriminace stanovené v § 6 zákona, který mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

10. V další části odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval způsobem stanovení požadavků na předmět veřejné zakázky. S odkazem na § 44 odst. 1 zákona, po rekapitulaci obsahu Přílohy č. 2 zadávací dokumentace a obsahu odpovědi na dotaz vybraného uchazeče směrem k zadavateli ohledně tolerance rozměrů u fixační náplasti orgán dohledu shledal, že zadavatel umožňuje podání nabídek s výrobky s odlišnými rozměry, nežli jaké byly uvedeny v zadávací dokumentaci, avšak současně nestanovuje, jaké odchylky bude při posuzování splnění zadávacích podmínek akceptovat. Nebylo tedy zřejmé, jaké rozměry mohou uchazeči nabídnout, aby vyhověli požadavkům na předmět plnění. V takovém případě jsou technické podmínky nejednoznačně stanovené, kdy uchazeči si nejsou jisti, zda mohou podat nabídku s odchýlnými technickými parametry, než požaduje zadavatel, a vstupují do zadávacího řízení s rizikem, že jejich nabídka bude vyřazena pro nesplnění podmínek zadání. Nelze přitom připustit postup, kdy až v průběhu posuzování nabídek zadavatel určuje možnou toleranci od již stanovených požadavků na předmět plnění. Takovým postupem nelze dodržet zásadu transparentnosti v zadávacím řízení, neboť není předem jasné, jak budou nabídky posuzovány. Ačkoli se výše uvedený dotaz vybraného uchazeče vztahoval pouze k jednomu výrobku, odpověď zadavatele zakládá nejistotu i ohledně ostatních požadovaných výrobků. Nelze tedy vyloučit, že tato nejasnost mohla mít zásadní vliv pro rozhodování dodavatelů o podání nabídky, což v daném případě rovněž potvrzují i odpovědi dodavatelů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, avšak nepodali v zadávacím řízení nabídku. Vzhledem k vyjádřením těchto dodavatelů, v nichž poukazují na přesné rozměry požadovaného plnění, nelze vyloučit, že pokud by zadavatel vymezil možnou toleranci rozměrů předmětné dodávky, zadavatel by obdržel v zadávacím řízení více nabídek s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele. Tím, že zadavatel v zadávací dokumentaci neuvedl, jaké odchylky od požadovaných parametrů akceptuje, nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, neboť dodavatelům neposkytl dostatek informací, aby mohli zvážit, zda jimi nabízené plnění bude splňovat požadavky zadavatele. Z tohoto pohledu je nutno zadávací dokumentaci považovat rovněž za nesprávnou, když zadavatel v rámci odpovědi na dotazy jednoho z dodavatelů připustil, že v rámci posuzování nabídek nebude trvat na parametrech specifikovaných v zadávacích podmínkách. Použití ustanovení § 44 odst. 9 zákona je možné pouze ve výjimečných případech, pokud není popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a 46 zákona dostatečně přesný a srozumitelný. V daném případě bylo možné předmětné výrobky specifikovat prostřednictvím § 45 a 46 zákona, a proto nelze dospět k závěru, že zadavatel mohl v daném případě využít § 44 odst. 9 zákona. Ve vztahu k předmětu veřejné zakázky Úřad neshledal důvody, pro něž zadavatel nemohl technické podmínky stanovit např. vymezením maximálních či minimálních hodnot. Zadavatel sice v zadávacích podmínkách umožnil s odkazem na § 44 odst. 9 zákona pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, nicméně v tomto případě se jednalo o formální ustanovení, které nebylo možno ze strany dodavatelů prakticky uplatnit, jelikož zadavatel stanovil přesné technické parametry požadovaných výrobků (přesné rozměry, savost, počet kusů v balení apod.). Zadavatel tedy nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona, tím, že nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť mohl v zadávacím řízení obdržet nabídky od dalších dodavatelů s výhodnějšími podmínkami. K návrhu na další provedení

důkazů Úřad uvedl, že není zřejmé, jaké konkrétnější údaje by si měl od dodavatelů vyžádat. V případě, že těmito údaji má zadavatel na mysli doložení snahy o sestavení nabídky, pak je nutno uvést, že tuto věc lze považovat za zcela bezpředmětnou, a to vzhledem k tomu, že dodavatelé již sdělili, jaké důvody jim bránily v podání nabídky. Dodavatelé tedy nepodali nabídku v zadávacím řízení především z důvodů, jež Úřadu sdělili, a nikoli primárně z důvodu nedostatečné snahy o podání nabídky.

11. Konečně ve vztahu k textu rozhodnutí o rozkladu č. j. ÚOHS-R161/2010/VZ-4114/2011/310-ASc ze dne 15. 3. 2011 týkajícímu se porušení § 45 odst. 3 zákona v návaznosti na § 6 zákona, Úřad konstatoval, že posouzení nabídek podle § 76 odst. 1 zákona náleží hodnotící komisi, přičemž Úřadu nepřísluší provádět odborné posouzení splnění zadávacích podmínek. Vzhledem k tomu, že Úřad v rámci správního řízení zjistil, že zadavatel pochybil již při vymezení předmětu veřejné zakázky, když technické podmínky veřejné zakázky nevymezil v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, považuje Úřad za bezpředmětné zabývat se otázkou, zda danými technickými podmínkami došlo rovněž k porušení § 45 odst. 3 zákona v návaznosti na § 6 zákona. Nebylo rovněž možné přezkoumat postup hodnotící komise při posouzení splnění technických podmínek uchazeči, kteří byli vyloučeni z účasti v zadávacím řízení, neboť hodnotící komise splnění technických podmínek těmito uchazeči nezkoumala. I v případě, pokud by uvedení uchazeči technické podmínky splňovali, je nutno zdůraznit, že byli vyloučeni z důvodů, které s prokázáním splnění technických podmínek předmětného plnění nesouvisely.
12. Co se týče uložené sankce, s odkazem na § 120 odst. 1 a 2 a § 121 odst. 2 a 3 zákona a po ověření splnění podmínek pro její uložení, Úřad uvedl, že podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč; horní hranice možné pokuty tak představovala částku ve výši 4 374 593 Kč. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nedodržel jednu ze základních zásad zadávacího řízení, a to zásadu zákazu diskriminace dodavatelů, neboť znevýhodnil oproti ostatním dodavatelům ty dodavatele, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, avšak nebyli schopni podat nabídky na všechna plnění požadovaná zadavatelem. O uvedeném svědčí i skutečnost, že zadávací dokumentaci si vyzvedlo celkem 18 dodavatelů, přičemž nabídku podali pouze tři. Požadavek zadavatele na dodávku tak širokého sortimentu zdravotnických a hygienických potřeb jedním dodavatelem nebyl žádným způsobem odůvodněn a zcela zásadně omezil okruh potencionálních dodavatelů. Tento postup pak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky dále porušil ustanovení § 44 odst. 1 zákona, neboť v zadávací dokumentaci stanovil technické podmínky tak, že nebylo předem jasné, jak budou nabídky posuzovány a zda vyhoví zadávacím podmínkám. Dodavatelé se na základě toho domnívali, že zadavatel trvá na parametrech uvedených v zadávací dokumentaci, a proto nepodali v zadávacím řízení nabídku, což výslovně potvrdili. Uvedený postup zadavatele mohl také podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Problematika vymezení předmětu veřejné zakázky navíc byla v rozhodovací praxi Úřadu opakovaně řešena. Při stanovení konkrétní výše pokuty však orgán dohledu akcentoval její preventivní funkci a uložil ji na dolní hranici maximální sazby. Při zohlednění nálezu Ústavního soudu č. 405 uveřejněného

ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb., konstatoval, že uložená pokuta nemá pro zadavatele likvidační charakter a její výši (200 000 Kč) posoudil jako dostačující.

### III. Námitky rozkladu

13. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 29. 7. 2011 rozklad zadavatele, který napadenému rozhodnutí vytýká především to, že Úřad při jeho vydání vycházel z nesprávně zjištěného skutkového stavu týkajícího se vymezení předmětu plnění veřejné zakázky. Zadavatel nesouhlasí s tím, že v zadávací dokumentaci údajně nevymezil předmět veřejné zakázky v souladu s požadavky v § 44 odst. 1 zákona. Je naopak přesvědčen, že v duchu tohoto ustanovení postupoval. Na podporu svého tvrzení rekapituluje obsah čl. 4 „Vymezení plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace a její Přílohy č. 2, v níž jsou uvedena místa plnění, rozdělení předmětu veřejné zakázky do skupin, podrobné členění jednotlivých částí a parametry jednotlivých položek (rozměry, počet kusů v balení).
14. K pochybnostem Úřadu o způsobu stanovení požadavků na předmět veřejné zakázky zadavatel uvedl, že je zdravotnickou organizací s dlouhodobou zkušeností s používáním materiálů ošetrovatelské péče, a proto je nejlépe schopen vyhodnotit potřeby jednotlivých pracovišť (resp. potřeby jednotlivých pracovníků, kteří s těmito materiály denně přicházejí do styku při provádění lékařských výkonů). Z tohoto důvodu popsal předmět plnění v zadávací dokumentaci způsobem, který jednoznačně vyjadřuje účel plnění i potřeby moderního a profesionálního poskytování lékařské péče. Poptávané jednorázové sety plně reflektují současné požadavky na ošetrovatelský materiál, který je používán k provádění lékařských výkonů, výrazně šetří čas a usnadňují aseptický postup, odpadá pracná kompletace zdravotního materiálu, a tím se zvyšuje i kvalita poskytnuté zdravotní péče. Díky dlouholeté praxi se ustálilo optimální složení setů podle typu lékařského zákroku. Zadavatel dále znovu uvádí, že předmět plnění vymezil pomocí obecných specifikací, které jsou však zároveň dostatečně přesné a srozumitelné všem dodavatelům a umožňují podání porovnatelných nabídek. Zadávací dokumentace neobsahuje odkazy na specifická označení zboží a služeb, obchodní firmy, průmyslové vzory, atp., v čemž dostala požadavku nejen § 44 odst. 9 zákona, ale i čl. 23 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, ve znění pozdějších předpisů (dále též jen „směrnice“). Předmět plnění je popsán pouze popisem potřeb zadavatele a plnění, které mu nejvíce vyhovuje. Navíc výslovně připustil možnost, aby uchazeči nabídli i jiná, kvalitativně a technicky obdobná řešení, a to jednak s ohledem na širší jednotného vnitřního trhu, jednak proto, že nemohl vědět, zda mu nakonec takové kvalitativně a technicky obdobné řešení nebude vyhovovat lépe. Zadavatel nesouhlasí se závěrem napadeného rozhodnutí, že tato možnost byla pouze formální proklamací, když stanovil přesné technické parametry požadovaných výrobků. Zdůrazňuje v této souvislosti, že postupoval rovněž v souladu s rozhodnutím Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 A 6/2002.
15. V další části rozkladu zadavatel podrobně rozebírá pochybnosti Úřadu o nastavení předmětu veřejné zakázky a schopnosti dodavatelů jej plnit. Nesouhlasí, že nastavením předmětu plnění jsou zaručeny konkurenční výhody některým dodavatelům. Opětovně připomíná, že



nikde neuvádí bližší požadavky na vlastní vzhled požadovaných setů (např. na uložení jednotlivých komponent), požadavky naopak jsou nastaveny tak, aby výrobci byly schopni bez větších obtíží tyto sety sestavit. Materiály ošetřovatelské péče v těchto setech přitom představují nezbytné minimum pro provedení péče *de lege artis*. Zadavatel je přesvědčen, že sestavení požadovaných sterilních setů bylo pouze otázkou individuálního přístupu a snahy dodavatelů vyhovět požadavkům uvedeným v zadávací dokumentaci. Dodavatelé nebyli zatíženi požadavky platné legislativy v oblasti požadavků na sterilizaci, neboť již v současné době jsou při výkonu své podnikatelské činnosti v oblasti výroby a distribuce ošetřovatelských materiálů povinni tuto právní úpravu dodržovat. Z odpovědí dodavatelů na otázky orgánu dohledu, na nichž tento vystavěl v napadeném rozhodnutí svou argumentaci, nevyplývají jednoznačné důkazy o faktické neschopnosti dodavatelů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, podat nabídku, a spíše lze konstatovat, že tito dodavatelé nebyli na získání veřejné zakázky dostatečně zainteresováni. Důvěryhodnost odpovědí také snižuje náznak nerealizované obchodní příležitosti, na základě čehož označuje zadavatel podaná vyjádření za účelová a jednostranná; úvahy o tom, že zadavatelem požadovaný sortiment je schopen dodat jediný dodavatel, označuje zadavatel za spekulaci, čemuž neodpovídá ani počet přijatých nabídek. Úřad tedy neprokázal neexistenci dodavatelů odlišných od vybraného uchazeče, kteří disponují sortimentem nezbytným pro podání samostatné nebo společné nabídky a zcela rezignoval na získání důkazů o nemožnosti oslovených dodavatelů podat společnou nabídku či vyhledat vhodného subdodavatele. Zadavatel má zato, že se tito dodavatelé ani nepokusili najít obchodního partnera pro účely podání společné nabídky, neuvedli konkrétní čísla, která by prokazovala ekonomickou nevýhodnost takového postupu, a Úřad si ani nevyžádal žádný doklad o neúspěšné snaze dodavatele sestavit nabídku; argumentace Úřadu pouhou fakultativní možností podat společnou nabídku více dodavatelům či využít institutu subdodavatele tím spíše prokazuje nezáměr dodavatelů nabídnout plnění, které je schopné v konkurenci ostatních nabídek uspět. Přílišná liknavost potenciálních dodavatelů nemůže jít zadavateli k tíži. Zadavatel rovněž odmítá nařčení o tom, že jeho postupem došlo k omezení hospodářské soutěže. S odkazem na vládní návrh novely zákona, který počítá se zrušením zadávacího řízení v případě, kdy zadavatel obdrží méně než 3 nabídky, konstatuje, že soutěž byla v tomto případě zachována.

16. V závěrečné části podaného rozkladu poukazuje zadavatel na porušení zásad činnosti Úřadu a procesní pochybení v rámci správního řízení. V první řadě nepřijímá argumentaci, že nelze po hodnotící komisi přezkoumávat postup při posouzení splnění technických podmínek nabídek uchazečů, kteří byli vyloučeni z účasti v zadávacím řízení. V tomto směru Úřad rezignoval na svou pravomoc, která je mu zákonem svěřena. Splnění technických požadavků není předmětem hodnocení ze strany hodnotící komise, které by v sobě zahrnovalo prvky subjektivity, a naopak je otázkou objektivně přezkoumatelnou. Úřad dále nepředložil důkazy, které by prokazovaly faktickou nemožnost plnění předmětu veřejné zakázky pouze vybraným uchazečem. Odůvodnění napadeného rozhodnutí je v rozporu se základními zásadami správního řízení a v rozporu s § 3 a § 50 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), tj. povinnosti zjistit stav způsobem, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Opatřovat podklady si má Úřad sám, i přes povinnost součinnosti zadavatele (který jí dle svého mínění dostal). Úřad však svou argumentaci postavil pouze na nepodložených tvrzeních oslovených dodavatelů a průkazně nevyloučil

možnost, že i jiní dodavatelé mohli poskytnout osloveným dodavatelům potřebné kapacity pro podání společné nabídky či subdodávky. Orgán dohledu neaplikoval dále svou pravomoc podle zákona, jak mu přikazuje § 2 odst. 2 správního řádu a ustanovení § 44 odst. 1 a 9 zákona aplikoval nad rámec, který z textu těchto ustanovení zákona vyplývá, a proti jejich smyslu.

17. Zadavatel proto ve světle shora uvedeného navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil správnímu orgánu prvního stupně k novému projednání a současně vyslovil právní názor, kterým bude Úřad při novém rozhodování vázán.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

18. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-12083/2011/510/HOd ze dne 2. 8. 2011 vybranému uchazeči lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. Vybraný uchazeč se ve svém vyjádření s rozkladem zadavatele plně ztotožňuje a je přesvědčen, že k porušení zákona nedošlo, neboť postup zadavatele byl zcela v souladu s platnou českou i evropskou legislativou.
19. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
20. 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 s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
21. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-6348/2011/510-HOd ze dne 13. 7. 2011, jehož prvním výrokem rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona, když v zadávacím řízení požadoval po dodavatelích zajištění dodávky různých samostatných skupin výrobků, jejichž dodávku mohou zajistit různí dodavatelé, čímž diskriminoval dodavatele, kteří mohli zajistit dodávku jednotlivých skupin výrobků, avšak nikoliv dodávku všech skupin výrobků požadovaných zadavatelem, a že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 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, přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dne 12. 7. 2010 byla uzavřena smlouva, za což zadavateli uložil pokutu ve výši 200 000 Kč, nerozhodl správně, neboť nedostatečně respektoval závazný právní názor, který předseda Úřadu vyjádřil v rozhodnutí ze dne 15. 3. 2011, č. j. ÚOHS-R161/2010/VZ-4114/2011/310-ASc, a tento právní názor nepromítl do výroku a odůvodnění napadeného rozhodnutí. Z uvedeného důvodu jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a k jeho vrácení orgánu dohledu k novému projednání.

22. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a k jeho vrácení úřadu k novému projednání.

#### **V. K námitkám rozkladu**

23. Přezkum napadeného rozhodnutí je v první řadě třeba směřovat k zodpovězení otázky, proč (a zda správně) v napadeném rozhodnutí (tj. v druhém prvostupňovém rozhodnutí) orgán dohledu překvalifikoval původně konstatované porušení § 45 odst. 3 zákona na porušení § 44 odst. 1 zákona, tj. namísto jednání spočívajícího ve „stanovení technických podmínek tak, že vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže“ shledal jako nezákonné jednání zadavatele, když tento „nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“. To vše za situace, kdy výrok napadeného rozhodnutí (tj. druhého prvostupňového rozhodnutí) ne zcela koresponduje s jeho odůvodněním. Aby tato nejasnost mohla být osvětlena, je třeba se znovu podrobně zabývat skutkovou stránkou věci a subsumovat ji pod příslušné zákonné ustanovení, a tím s jistotou určit, která právní kvalifikace byla správná.
24. Ze správního spisu, všech dosud vydaných správních rozhodnutí a podaných vyjádření účastníků řízení a oslovených dodavatelů, kteří si vyzvedli u zadavatele zadávací dokumentaci, jsem podobně jako Úřad zjistil, že zadavatel předmět veřejné zakázky vymezil poměrně široce, neboť poptávaná veřejná zakázka v sobě zahrnuje dodávku různých skupin výrobků spadajících do oblastí zdravotnických i hygienických potřeb, které se odlišují způsobem použití a které spolu přímo nesouvisejí, a tudíž je lze poptávat samostatně. Posuzování otázky, kdy se jedná o jednu veřejnou zakázku a naopak, kdy lze poptávat plnění ve vícero veřejných zakázkách, se zabýval mj. i Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 2 Afs 198/2006-69 ze dne 27. 6. 2007 a to ve vztahu k § 67 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. V tomto rozsudku Nejvyšší správní soud judikoval, že zadáním jedné veřejné zakázky, spočívající v plnění stejného nebo srovnatelného druhu, je nutno rozumět i zadání určitých relativně samostatných plnění, týkají-li se tato zadání plnění spolu úzce souvisejících zejména z hlediska místních, urbanistických, funkčních, časových nebo technologických. Ve výše citovaném rozsudku soud dovodil, že v případě, kdy funkční hledisko nelze s ohledem na charakter veřejné zakázky aplikovat, přichází namísto něho v úvahu hledisko věcné. Právě věcný charakter plnění je pak zpravidla pro posouzení této otázky rozhodující.
25. Předmět veřejné zakázky zahrnoval jak vysoce specializovaný sortiment typu „jednorázové sterilní sety pro malé výkony“ (v závěru o vysoké specifičnosti tohoto výrobku vycházím z vysvětlení zadavatele v podaném rozkladu, v němž zadavatel podrobně popisuje nezbytné vlastnosti, funkce a další zvláštní okolnosti lékařské praxe, které odůvodňují formu a podobu těchto výrobků; je na místě zdůraznit zejména zadavatelem zmiňovanou potřebu rychlého odborného zásahu *de lege artis*), tak i dodávku poměrně běžného hygienického materiálu jako je „spotřební materiál inkontinence“ (zahrnující jednorázové pleny či vložky a nepromokavé podložky), v jejichž případě o nutnosti zvláštního postupu *de lege artis*

hovořit nelze. Závěru, že by bylo možné tyto skupiny výrobků poptávat samostatně, svědčí ostatně i rozdělení předmětu plnění do šesti podskupin, stejně jako hodnocení dílčích nabídkových cen u těchto jednotlivých podskupin výrobků. Je třeba v této souvislosti poznamenat, že ohledně povahy dílčích poptávaných plnění se rozkladová argumentace omezuje výhradně na popis důvodů, které zadavatele vedly ke specifikaci obsahu poptávaných „hotových sterilních setů“; ostatních kategorií materiálu ošetřovatelské péče se však námitky rozkladu nikterak netýkají. Zadavatel tak ničím nevyvrací závěr orgánu dohledu, že přinejmenším mohl dodavatelům umožnit ucházet se o jednotlivé části veřejné zakázky.

26. Názor, že by dodávky uvedených šesti skupin výrobků mohly být realizovány odděleně, umocňuje právě i fakt, že si zadávací dokumentaci vyzvedlo osmnáct dodavatelů, avšak nabídku podali pouze tři. Jak vyplynulo z odpovědí na dotaz Úřadu směřovaný k těm dodavatelům, kteří od záměru podat nabídku upustili, za účelem zjištění, proč se tak stalo, pak častým důvodem pro nepodání nabídky byla právě neschopnost dodavatelů pokrýt široce koncipovaný předmět veřejné zakázky z jimi nabízeného sortimentu, přičemž podání společné nabídky s jiným dodavatelem či plnění za pomoci subdodavatele nebylo reálné či ekonomicky výhodné. Z těchto vyjádření tedy nelze bez dalšího dovodit nezáměr dodavatelů o účast v soutěži o veřejnou zakázku, jak namítá zadavatel, spíše naopak. Uvedené odpovědi pak nutně vedou k závěru, že zadavatel zúžil okruh potenciálních dodavatelů veřejné zakázky a současně se dopustil diskriminace těch dodavatelů, kteří sice nebyli schopni dodat veškerý požadovaný sortiment, nicméně v případě, že by zadavatel předmět plnění rozdělil do více veřejných zakázek, eventuelně umožnil podávat nabídky i jen do částí jedné veřejné zakázky, mohli se takového zadávacího řízení zúčastnit a dokonce nabídnout i výhodnější (dílčí) plnění než vybraný uchazeč. Postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
27. Ke konceptu skryté diskriminace se ve skutkově a právně obdobném případě vyjádřil již Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 7/2010-135 ze dne 2. 3. 2010, a to následovně: „V případě, kdy zadavatel vymezí předmět veřejné zakázky příliš široce (tzn. v rámci jedné veřejné zakázky požaduje plnění, která spolu vzájemně nesouvisejí) a v důsledku toho podalo nabídku méně dodavatelů než v situaci, kdy by byla tato jednotlivá plnění poptávána samostatně, může se zadavatel dopouštět skryté diskriminace. Diskriminováni jsou zde ti dodavatelé, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna. Podmínkou zde je požadavek, aby se jednalo o plnění, která spolu vzájemně nesouvisejí. Právě popsané diskriminaci by pak bylo možno (...) zabránit buď tím, že by zadavatel plnění, která spolu věcně nesouvisejí, poptával ve více veřejných zakázkách, případně tím, že by veřejnou zakázku rozdělil a umožnil podávání nabídek i na její jednotlivé části.“
28. Argumentaci ekonomickými hledisky, které zadavateli údajně znemožňovaly rozdělení přezkoumávané veřejné zakázky do více veřejných zakázek či umožnění dílčích plnění v rámci jedné veřejné zakázky, je taktéž nutno odmítnout. Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 62 Af 7/2010-135 ze dne 2. 3. 2010 jasně uvedl, že: „Pokud by žalovaný shledal, že jediným důvodem, pro který zadavatel veřejnou zakázku nerozdělil, byla tvrzená úspora finančních prostředků při zadávání veřejné zakázky, bude třeba, aby vážil na jedné straně hospodárnost

při zadávání veřejných zakázek a na druhé straně otevřenost zadávacího řízení více dodavatelům. Soud k tomu dodává, že v obecné rovině je třeba při tomto střetu dát přednost větší otevřenosti zadávacího řízení.“ Co se týče dodavatelům vytýkané neochoty vstoupit do sdružení s jiným dodavatelem (za účelem podání společné nabídky v zadávacím řízení) či do subdodavatelského vztahu, tj. údajného nedostatečného zájmu o účast v přezkoumávané veřejné zakázce, pak není zcela zřejmé, z jakých důkazů měl Úřad tento nezájem vyvodit. Ani zadavatel nepředkládá žádné konkrétní důkazy, které by nezájem (založený na laxnosti, nikoli na zralé úvaze o výhodnosti a smysluplnosti snahy o získání předmětné veřejné zakázky) dokládal. Lze jen stěží očekávat, že potenciální dodavatelé poté, co zjistí, že nejsou schopni dodat podstatou část poptávaného sortimentu, budou vypracovávat nabídky, které posléze nepodají; taktéž je sporné, nakolik lze z jejich strany očekávat podrobné písemné analýzy výhodnosti případných aliancí s jinými dodavateli nebo subdodavateli – je velmi pravděpodobné, že se jedná o každodenní běžnou obchodně-manažerskou činnost těchto dodavatelů, nežádajících si nikterak složité a podrobné kalkulace. Mám tedy zato, že jako důkazy o tom, že zahrnutím vzájemně nesouvisejících dodávek do jedné veřejné zakázky za situace, kdy nebylo umožněno dílčí plnění, došlo k omezení okruhu potenciálních dodavatelů, mohou zcela dostatečně sloužit předložená vyjádření oslovených potenciálních dodavatelů. Kromě toho lze stěží vytýkat soukromým subjektům, že se při rozhodování o účasti v zadávacím řízení řídí mj. kritériem výhodnosti a zisku, když sám zadavatel za účelem ospravedlnění svého postupu opakovaně na ekonomické aspekty věci poukazuje.

29. Až potud se s napadeným rozhodnutím ztotožňuji a podaný rozklad, který se omezuje na pouhé obecně formulované nesouhlasy se závěry napadeného rozhodnutí, aniž by mířil na stěžejní pilíře, na nichž závěry tohoto rozhodnutí stojí, považuji za nedůvodný. Pokud však jde o další konstatované porušení zákona, konkrétně § 44 odst. 1 zákona, zde je třeba dát za pravdu zadavateli v tom smyslu, že nekoresponduje skutkovému stavu, který byl pod naposledy citované ustanovení subsumován.
30. Jak vyplývá z odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad zadavateli vytýkal, že v odpovědi na dotaz vybraného uchazeče týkajícího se tolerance rozměrů u fixační náplasti zadavatel připustil podání nabídek s výrobky s odlišnými rozměry, než byly uvedeny v zadávací dokumentaci. Zadávací dokumentace ale obecně nestanovuje, jaké odchylky bude zadavatel při posuzování splnění zadávacích podmínek akceptovat; vybraný uchazeč se tedy o této možnosti dozvěděl až na základě položeného dotazu, další uchazeči (zejména ti, kteří nabídku nakonec nepodali) se o této možnosti nedozvěděli vůbec. Orgán dohledu tedy dovodil, že technické podmínky nejsou jednoznačně stanovené a že v důsledku toho si uchazeči nejsou jisti, zda mohou podat nabídku s odchýlnými technickými parametry, než požaduje zadavatel, a vstupují do zadávacího řízení s rizikem, že jejich nabídka bude vyřazena pro nesplnění podmínek zadání. Ačkoli se výše uvedený dotaz vybraného uchazeče vztahoval pouze k jednomu výrobku, odpověď zadavatele zakládá nejistotu i ohledně ostatních požadovaných výrobků. Vzhledem k vyjádřením dodavatelů, kteří si zadávací dokumentaci vyzvedli, avšak nabídku nakonec nepodali, v nichž poukazují na přesné rozměry požadovaného plnění, nelze vyloučit, že pokud by zadavatel vymezil možnou toleranci rozměrů předmětné dodávky, obdržel by v zadávacím řízení více nabídek s výhodnějšími

podmínkami. Z tohoto pohledu pak orgán dohledu považoval za nesprávnou i zadávací dokumentaci, neboť dodavatelům neposkytovala dostatek informací, aby mohli zvážit, zda jimi nabízené plnění bude splňovat požadavky zadavatele. Proto tedy dospěl k závěru, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona, tím, že nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky a že tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť mohl v zadávacím řízení obdržet nabídky od dalších dodavatelů s výhodnějšími podmínkami.

31. V predestřené argumentaci Úřadu se objevuje jak pojem „předmět veřejné zakázky“, tak pojem „technické podmínky“. Ačkoli spolu tyto pojmy souvisejí, nelze je používat ve shodném významu, což konstatoval i Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 7/2010-135 ze dne 2. 3. 2010: „Z § 7 odst. 1 a § 8 odst. 1 zákona plyne, že předmětem veřejné zakázky na dodávky je pořízení již vytvořeného zboží (...). V technických podmínkách tedy zadavatel popíše předmět veřejné zakázky, jakož i jeho jednotlivých částí a dílčích položek. (...) Předmětem veřejné zakázky je tedy dodávka určitého zboží (např. osobních automobilů) a technickými podmínkami jsou potom vymezeny bližší charakteristiky a požadavky na toto zboží (např. rozměry, výkon motoru, velikost zavazadlového prostoru, barva). Technické podmínky jsou pak vymezovány způsoby uvedenými v § 46 zákona, tedy zejména odkazy na příslušné technické normy, schválení či osvědčení. Technické podmínky tedy blíže konkretizují (charakterizují) předmět veřejné zakázky. Oba pojmy nelze ztotožňovat.“ V případě šetřené veřejné zakázky jsou technickými podmínkami, které vyjadřují účel využití požadovaného zboží, právě informace typu rozměry náplastí, obvazů, obinadel či jednorázových prostěradel, velikosti inkontinenčních pomůcek (kalhotek), atp.
32. Z citovaného rozsudku tedy vyplývá, že informace o toleranci rozměrů poptávaného zboží spadá pod „charakteristiky a požadavky na dodávky a služby“, tedy pod technické podmínky, nikoli pod předmět veřejné zakázky. Právě tím, že by zadavatel uvedl již v zadávací dokumentaci (tj. v technických podmínkách), tj. nikoli až v reakci na dotaz vybraného uchazeče, konkrétní toleranci rozměrů konkrétních typů materiálu ošetrovatelské péče, by tyto technické podmínky stanovil nejen objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel jejich využití, ale především nediskriminačně vůči jednotlivým uchazečům. Nebyl tedy důvod, aby Úřad subsumoval výše popsany skutek pod obecné ustanovení § 44 odst. 1 zákona, tj. pod ustanovení, které se technických podmínek netýká, nýbrž hovoří o zadávací dokumentaci jakožto souboru dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.
33. Jak již bylo nastíněno výše, hlavním důvodem, pro který jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a jeho vrácení orgánu dohledu k novému projednání, je formulace závazného právního názoru, který byl vysloven v původním rozhodnutí o rozkladu č. j. ÚOHS-R161/2010/VZ-4114/2011/310-ASc ze dne 15. 3. 2011. Nedostačující respektování závazného právního názoru je mj. důsledkem nesprávné změny právní kvalifikace zadavatelova postupu při zadávání předmětné veřejné zakázky. V bodu 29 naposledy citovaného rozhodnutí bylo uvedeno, že: „Pokud se však jedná o druhé shledané porušení, tj. porušení § 45 odst. 3 zákona v návaznosti na § 6 zákona, když zadavatel stanovil technické

podmínky tak, že vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, zde jsem nabyl pochybností, zda Úřad přezkoumal všechny skutečnosti, které se k tomuto porušení vztahují. Zásadní skutečností pak je to, zda nabídky dvou uchazečů, kteří se účastnili zadávacího řízení, avšak jejich nabídky byly vyřazeny z důvodů uvedených v bodu 5. napadeného rozhodnutí, splnily stanovené technické podmínky, dle požadavků vymezených zadávací dokumentací. V případě, že by bylo zjištěno, že tyto nabídky by uvedené technické podmínky beze zbytku naplnily stejně, jako tomu bylo u nabídky vybraného uchazeče, nebylo by možné konstatovat vytvoření neodůvodněných překážek hospodářské soutěže, neboť okruh tří uchazečů, kteří by dané podmínky byly schopni splnit, by nasvědčoval tomu, že nešlo o nastavení podmínek shodujících se pouze s parametry zboží nabízeného vybraným uchazečem tak, jak je tomu konstatováno v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Tyto pochybnosti jsou důvodem, pro něž jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a jeho vrácení Úřadu k novému projednání tak, aby zhodnotil obsah jednotlivých nabídek v korelaci s obsahem zadávací dokumentace, případně si vyžádal stanoviska dalších dodavatelů s ohledem na možnost splnění technických podmínek.“

34. Jak vyplývá z ustanovení § 45 odst. 3 zákona, technické podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Skutečnost, že taková konkurenční výhoda pro některé dodavatele na základě způsobu stanovení technických podmínek existuje, případně že dokonce způsob stanovení technických podmínek vedl k neodůvodněným překážkám hospodářské soutěže, představuje nezbytnou podmínku aplikace tohoto ustanovení, potažmo nezbytné podmínky pro následné konstatování spáchání správního deliktu § 120 odst. 1 písm. a) zákona ze strany zadavatele. Právě proto bylo třeba, aby se prokázáním existence konkurenční výhody či překážek hospodářské soutěže v příčinné souvislosti se způsobem vymezení technických podmínek Úřad zabýval. Lze souhlasit plně se zadavatelem v tom směru, že splnění technických požadavků není předmětem hodnocení ze strany hodnotící komise, které by v sobě zahrnovalo prvky subjektivity, a naopak je otázkou objektivně přezkoumatelnou. Citované rozhodnutí o rozkladu mu navíc dalo jasný návod, jakým směrem se má při dokazování ubírat; přesto Úřad na tato zjištění rezignoval. Jelikož tedy vada zjištěná rozhodnutím č. j. ÚOHS-R161/2010/VZ-4114/2011/310-ASc ze dne 15. 3. 2011 nebyla dosud dostatečně odstraněna, nezbyvá mi, než napadené rozhodnutí, které tak mělo učinit, opětovně zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání. Dodávám, že pokud správní orgán zahájil se zadavatelem správní řízení mj. o možném porušení § 45 odst. 1 zákona (viz oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-10880/2010/510/MCh ze dne 22. 7. 2010), měl napadeným rozhodnutím o tomto porušení kvalifikovaným způsobem rozhodnout (tj. ve výroku rozhodnutí), a to případně i tak, že se v této části správní řízení zastavuje, neboť porušení citovaného ustanovení nebylo shledáno; to se však nestalo.
35. Pro úplnost uvádím, že z dikce § 44 odst. 9 zákona i rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 30/2010 – 182 ze dne 16. 11. 2010, který konstatoval, že: „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.“, vyplývá, že k tomu, aby byl odkaz na specifická označení zboží či služeb akceptovatelný, musí být kumulativně splněny dvě, resp. tři podmínky. Zaprvé musí být tento odkaz odůvodněn předmětem veřejné zakázky, zadruhé (a současně) by popis předmětu veřejné zakázky bez tohoto odkazu nebyl 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. Vzhledem k tomu, že zadavatel žádné takové odkazy na konkrétní obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží nebo služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu (viz věta první § 44 odst. 9 zákona) nepoužil (k jejich použití by ostatně nebyl ani dán žádný důvod) a naopak (správně) požadované zboží popsal výhradně za pomoci objektivních technických parametrů, nebylo třeba připouštět „kvalitativně a technicky obdobné řešení“. Lze dokonce říci, že připuštění nabídek s kvalitativně a technicky obdobným řešením bylo v uvedeném kontextu nepřipadné až matoucí. Současně nelze z povahy věci zaměřovat „toleranci rozměrů poptávaných výrobků“ a „jiné kvalitativně a technicky obdobné řešení“, mj. proto, že druhý vyjmenovaný pojem je svou povahou značně širší.

## VI. Závěr

36. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí bylo zatíženo vadami majícími vliv na jeho zákonnost, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro jeho zrušení a pro vrácení věci Úřadu k novému projednání.
37. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl 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:**

1. Krajská zdravotní, a. s., Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem
2. HARTMANN-RICO, a. s., Masarykovo náměstí 77, 664 71 Veverská Bítýška

**Vypraveno dne:**

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