



UOHSX0055PTO

USNESENÍ

Č. j.: ÚOHS-S51/2007/VZ-11031/2013/523/Krk

Brno 24. června 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 13. 2. 2007, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Nemocnice České Budějovice, a.s., IČO 26068877, se sídlem B. Němcové 585/54, 370 87 České Budějovice,
- vybraný uchazeč – B. Braun Medical s.r.o., IČO 48586285, se sídlem V Parku 2335/20, 148 00 Praha 4, ve správním řízení na základě plné moci zastoupen společností – Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Týn 1049/3, 110 00 Praha 1

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Roztoky, inj. stříkačky, drenáže, desinfekce“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod evidenčním číslem 60002972 dne 20. 11. 2006 a v Úředním věstníku evropské unie dne 18. 11. 2006,

vydává toto

usnesení:

Správní řízení se podle § 66 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, zastavuje, neboť odpadl důvod řízení.

ODŮVODNĚNÍ

Průběh zadávacího řízení

1. Nemocnice České Budějovice, a. s., IČO 26068877, se sídlem B. Němcové 585/54, 370 87 České Budějovice (dále jen „zadavatel“), uveřejnila podle zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 20. 11. 2006 pod evidenčním číslem 60002972 a dne 18. 11. 2006 v Úředním věstníku Evropské unie

zadání veřejné zakázky „Roztoky, inj. stříkačky, drenáže, desinfekce“ (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Zadavatel v bodu IV.2.1. „Kritéria pro zadání zakázky“ oznámení o zakázce stanovil kritérium pro zadání zakázky nejnižší nabídkovou cenu.
3. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 5. 1. 2007 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel dvě nabídky. Po posouzení kvalifikace zadavatel vyloučil uchazeče ECP a. s., IČO 25681869, Jesenice u Prahy (dále jen „ECP a. s“), z důvodu neprokázání kvalifikace podle § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona doklady podle § 53 odst. 2 písm a) zákona, což mu oznámil dopisem ze 22. 1. 2007.
4. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídky ze dne 29. 1. 2007 vyplývá, že hodnotící komise ve smyslu § 79 odst. 6 zákona jedinou nabídku nehodnotila. Zadavatel dne 29. 1. 2007 rozhodl, že ekonomicky nejvýhodnější nabídku předložil uchazeč B. Braun Medical s. r. o., IČO 48586285, se sídlem se sídlem V Parku 2335/20, 148 00 Praha 4 (dále jen „B. Braun Medical s. r. o.“), což mu oznámil dopisem ze dne 30. 1. 2007.
5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2007 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. (dále jen „zákon ve znění pozdějšího předpisu“), příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel podnět, na základě kterého požádal zadavatele o zaslání dokumentace o zadání šetřené veřejné zakázky. Po přezkoumání předložené dokumentace získal Úřad pochybnost, zda rozhodnutí a úkony zadavatele učiněné při zadávání předmětné veřejné zakázky byly učiněny v souladu se zákonem, a proto zahájil ve věci přezkoumání úkonů zadavatele správní řízení z moci úřední.

Průběh správního řízení

6. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona ve znění pozdějšího předpisu jsou:
 - zadavatel,
 - vybraný uchazeč
7. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S051/2007-02812/2007/520-KV ze dne 12. 2. 2007. Usnesením č. j. ÚOHS-S051/2007-02968/2007/520-KV ze dne 12. 2. 2007 Úřad účastníkům řízení stanovil lhůty, ve kterých byl oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, vyjádřit své stanovisko v řízení, resp. vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí.
8. Rozhodnutím ze dne 12. 2. 2007 č. j. S051/2007-02974/2007/520-KV o předběžném opatření Úřad uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v v šetřeném zadávacím řízení.

Prvostupňové rozhodnutí Úřadu č. j. S051/2007-11863/2007/520-KV ze dne 27. 6. 2007

9. Úřad dne 27. 6. 2007 vydal rozhodnutí č. j. S051/2007-11863/2007/520-KV, jímž bylo předmětné zadávací řízení dle § 118 zákona zrušeno, neboť zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 45 odst. 3 zákona tím, že stanovil technické podmínky tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

10. Proti uvedenému rozhodnutí podal dne 18. 7. 2007 zadavatel rozklad.

Rozhodnutí předsedy Úřadu R136,153/2007/02-22161/2007/310-KK ze dne 29. 11. 2007

11. Rozhodnutím č. j. R136,153/2007/02-22161/2007/310-KK ze dne 29. 11. 2007 předseda Úřadu prvostupňové rozhodnutí S051/2007-11863/2007/520-KV ze dne 27. 6. 2007 potvrdil a podaný rozklad zamítl.

Zrušení zadávacího řízení

12. Zadavatel o zrušení předmětného zadávacího řízení informoval uchazeče oznámením ze dne 19. 12. 2007.

13. Dne 21. 12. 2007 zveřejnil zadavatel v informačním systému o veřejných zakázkách zrušení zadávacího řízení.

Rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 8/2008 – 54 ze dne 15. 9. 2008

14. Protože se vybraný uchazeč neztotožnil se závěry Úřadu a předsedy Úřadu, podal v zákonné lhůtě žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „soud“), v níž navrhuje zrušit rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R136,153/2007/02-22161/2007/310-KK ze dne 29. 11. 2007, jakož i jemu předcházející rozhodnutí Úřadu č. j. S051/2007-11863/2007/520-KV ze dne 27. 6. 2007.

15. Krajský soud v Brně žalobu rozsudkem č. j. 62 Ca 8/2008 – 54 ze dne 15. 9. 2008 zamítl.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 66/2009 – 111 ze dne 22. 1. 2010

16. Rozsudkem č. j. 2 Afs 66/2009 – 111 ze dne 22. 1. 2010 Nejvyšší správní soud zrušil rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 8/2008 – 54 ze dne 15. 9. 2008 a věc vrátil Krajskému soudu v Brně k dalšímu řízení.

17. Nejvyšší správní soud v odůvodnění svého rozsudku mimo jiné uvádí, že Krajský soud v napadeném rozsudku argumentační pozice obou účastníků sám nehodnotil a neposoudil zjištěné skutečnosti a právní otázky. Dále uvádí, že „nelze ani zjistit (...), zda si krajský soud některé závěry plynoucí z argumentačních výměn účastníků osvojil. Nepřehlednost a naprostou absencí úvah krajského soudu pak již nemůže napravit ani zcela jednoznačně formulovaný závěr, že napadená správní rozhodnutí (...) nejsou nezákonná ani nepřezkoumatelná a vznesené námitky žalobce jsou nedůvodné.“ Závěrem Nejvyšší správní soud konstatoval, že „považuje napadený rozsudek Krajského soudu za nepřezkoumatelný pro absolutní nedostatek důvodů (...) V novém řízení bude na krajském soudu, aby se znovu od počátku zabýval všemi žalobními námitkami, s nimiž se musí vypořádat přezkoumatelným způsobem.“

Rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 7/2010-135 ze dne 2. 3. 2010

18. Rozsudkem č. j. 62 Af 7/2010-135 ze dne 2. 3. 2010 Krajský soud v Brně rozhodl o zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R136,153/2007/02-22161/2007/310-KK ze dne 29. 11. 2007 jakož i rozhodnutí Úřadu č. j. S051/2007-11863/2007/520-KV ze dne 27. 6. 2007 a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.

19. V uvedeném rozsudku Krajský soud v Brně dospěl k závěru, že příliš širokým vymezením předmětu veřejné zakázky (požadavek zadavatele na obecné a specifické vzájemně

nesouvisející plnění) se zadavatel mohl dopustit skryté diskriminace, neboť do veřejné zakázky s takto vymezeným předmětem plnění mohlo podat nabídku méně dodavatelů, než by tomu bylo v situaci, kdy by požadovaná plnění byla zadavatelem poptávána samostatně. V důsledku příliš širokého vymezení předmětu veřejné zakázky došlo k omezení konkurenčního prostředí mezi dodavateli, přičemž diskriminováni jsou zde ti dodavatelé, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna za podmínky, že poptávaná plnění spolu vzájemně nesouvisí. Diskriminaci by mohl zadavatel zabránit tím, že by veřejnou zakázku rozdělil a umožnil podávání nabídek i na její jednotlivé části (např. využitím postupu podle § 98 ZVZ).

Pokračování správního řízení

20. O pokračování správního řízení informoval Úřad účastníky řízení oznámením č. j. ÚOHS-S51/2007/VZ-3290/2011/520/MNe ze dne 2. 3. 2011. Usnesením č. j. ÚOHS-S511/2007/VZ-3324/2011/520/MNe z téhož dne stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy nebo činit jiné návrhy, a lhůtu ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření vybraného uchazeče

21. Dne 31. 3. 2011 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče. V tomto uvádí, že plně odkazuje na veškerá svá vyjádření k dosavadnímu průběhu správního řízení, která doplňuje o argumentaci předloženou v řízení před Krajským soudem v Brně a Nejvyšším správním soudem, jakož i nové argumenty a důkazy, které podporují postup zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky.
22. K části k porušení zákazu diskriminace a omezení soutěžního prostředí uvádí vybraný uchazeč nad rámec svých předešlých vyjádření, že si dovoluje upozornit i na možnost kteréhokoliv z dodavatelů podat společnou nabídku či uzavřít smlouvu se subdodavatelem, což by každému ze zájemců o veřejnou zakázku umožnilo podat nabídku na kompletní sortiment. Tímto způsobem postupoval rovněž vybraný uchazeč, když si smluvně zajistil subdodávku léčivých přípravků (infuzních roztoků), které standardně nemá ve své nabídce.
23. Z výše uvedených skutečností podle názoru vybraného uchazeče vyplývá, že s ohledem na specifika trhu ve zdravotnictví je zřejmé, že zadání veřejné zakázky, jejímž předmětem je jednak plnění spočívající v léčivých přípravcích v podobě infuzních roztoků a jednak plnění z oblasti zdravotnických potřeb není nijak omezující okolností pro dodavatele při jejich rozhodování o podání nabídek do takové veřejné zakázky, neboť podle zkušeností vybraného uchazeče jsou ve většině případů dodavatelé zdravotnických potřeb zároveň držiteli povolení k distribuci léčivých přípravků (infuzních roztoků), které dodávají na trh spolu s odpovídající skupinou zdravotnických potřeb.
24. Ke vzájemné faktické provázanosti plnění vybraný uchazeč uvádí, že je přesvědčen, že zadavatel požadoval komplexní, tj. ucelenou dodávku z hlediska věcného i z hlediska účelu použití, a to z objektivních důvodů. Přestože je předmět podle názoru Úřadu vymezen příliš široce, když zahrnuje dodávku léčivých přípravků (infuzních roztoků) i zdravotnického materiálu, tvoří předmět veřejné zakázky podle názoru vybraného uchazeče jeden logicky

uspořádaný a věcně ucelený soubor zboží, a to v rámci jedné skupiny dodávek zdravotnických potřeb.

25. Vybranému uchazeči je z vlastní praxe znám současný trend spočívající v centralizaci dodávek do zdravotnických zařízení, který lze sledovat u zdravotnických zařízení, která zadávají veřejné zakázky na dodávky léčivých přípravků (infuzních roztoků), zdravotnického materiálu a dalšího zboží potřebného pro poskytování zdravotní péče, a to z důvodu zjednodušení celého procesu, včetně ekonomiky tohoto procesu.
26. K logistické provázanosti jednotlivých plnění vybraný uchazeč uvádí, že na základě svých zkušeností zadání celého vzájemně provázaného plnění jednomu dodavateli umožňuje zadavateli v praxi sledovat stav jednotlivých zásob přímo u dodavatele, který je povinen na základě nastavených smluvních podmínek bez prodlení reagovat na potřeby zadavatele. Vybraný uchazeč je tak přesvědčen, že pořízení dílčího plnění od různých dodavatelů by kladlo vysoké nároky na vzájemnou provázanost a koordinaci jednotlivých dodavatelů a není v mezích zadavatele tuto provázanost mezi jednotlivými subjekty zajistit.
27. Ke zvláštnímu režimu infuzních roztoků v rámci léčivých přípravků vybraný uchazeč uvádí, že důležitým argumentem, na který vybraný uchazeč poukázal v řízení o žalobě i v řízení o rozkladu, je v tomto smyslu samotná povaha infuzních roztoků a v důsledku toho jejich zvláštní režim ve skupině léčivých přípravků. Z tohoto pohledu odkazuje vybraný uchazeč na ust. § 42b odst. 1 písm. c) bod 3. zákona č. 79/1997 Sb., o léčivech a o změnách a doplnění některých souvisejících zákonů (dále jen „zákon o léčivech“). Novelou zákona o léčivech provedenou zákonem č. 129/2003 Sb. bylo umožněno provádět dodávky infuzních roztoků přímo na jednotlivá zdravotnická oddělení spolu s příslušným zdravotnickým spotřebním materiálem dle potřeb oddělení (namísto dodávek do nemocničních lékáren).
28. Infuzní roztoky, které byly součástí předmětu veřejné zakázky, jsou výslovně uvedeny v novelizovaném znění zákona o léčivech, který ve výše citovaném ustanovení vymezuje mj. povinnost distributora dodávat léčivé přípravky osobám poskytujícím zdravotní péči, jde-li o plyny používané při poskytování zdravotní péče nebo infuzní roztoky za podmínek stanovených vyhláškou. Zákonodárce při změně tohoto zákona změnil pravidla distribuce právě pro tyto léčivé přípravky, a to i z toho důvodu, že jejich distribuci je možné zajistit přímo na jednotlivá oddělení. Není tak nutné postupovat jako u jiných „typických léčiv“ a poskytovat dodávky prostřednictvím nemocničních lékáren.
29. Ve vztahu k této změně důvodová zpráva k zákonu č. 123/2003 Sb. zmiňuje, že „návrh umožňuje distribuovat do zdravotnických zařízení kromě medicínálních plynů i infuzní roztoky a veterinárním lékařům léčivé přípravky určené pro léčbu zvířat, protože se to ukazuje jako výhodné a nezvyšuje to nijak rizika.“ (viz text důvodové zprávy k bodům 38 a 39 novelizovaných změn). Podle názoru vybraného uchazeče lze tedy předpokládat, že zákonodárce vyňal distribuci infuzních roztoků používaných při poskytování zdravotní péče z obecného režimu platného pro distribuci klasických léčivých prostředků právě z důvodu vhodnosti distribuce těchto přípravků přímo na jednotlivá zdravotnická oddělení spolu s ostatním dodávaným zdravotnickým materiálem.
30. Přestože se z dnešního pohledu jedná již o zrušený právní předpis, který byl v mezidobí nahrazen zákonem č. 378/2007 Sb., o léčivech, je třeba upozornit, že předchozí právní

úprava byla účinná v době zahájení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku a z věcného hlediska ji nezměnil ani nový zákon o léčivech, který v ust. § 77 odst. 1 písm. c) bodu 3. obsahuje totožnou právní úpravu.

31. K ekonomickým důvodům společného zadání vybraný uchazeč sděluje, že Podle názoru vybraného uchazeče lze současně předpokládat, že pokud by zadavatel rozdělil předmětnou veřejnou zakázku na části, a to v použitém systému dodávek, kdy v této oblasti plnění na základě možnosti dané zákonem o léčivech zrušil interní sklady a dodávky prostřednictvím lékáren, musel by hradit náklady za outsourcing logistiky každému vybranému uchazeči v příslušné části veřejné zakázky, což by opět zvýšilo celkové náklady zadavatele na pořízení plnění, které je předmětem této veřejné zakázky.
32. Závěrem vybraný uchazeč dodává, že na základě všech výše uvedených skutečností se vybraný uchazeč domnívá, že Úřad by měl v novém rozhodnutí ve věci správní řízení zastavit s odůvodněním, že se zadavatel nedopustil porušení zákona.

Vyjádření zadavatele

33. Ve svém vyjádření ze dne 31. 3. 2011 odkazuje zadavatel na argumenty obsažené v předchozích vyjádřeních.

Závěry Úřadu

34. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech souvislostech a po zhodnocení všech podkladů a vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zastavení řízení. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
35. Dle § 66 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“), řízení vedené z moci úřední správní orgán usnesením zastaví, jestliže zjistí, že u některého správního orgánu již před zahájením tohoto řízení bylo zahájeno řízení v téže věci, nebo jestliže v řízení, ve kterém nemohou pokračovat právní nástupci, odpadl jeho důvod, zejména jestliže účastník zemřel nebo zanikl, anebo zanikla věc nebo právo, jehož se řízení týká. Toto usnesení se pouze poznamená do spisu.
36. Dne 3. 12. 2007 nabylo rozhodnutí Úřadu č. j. S051/2007-11863/2007/520-KV ze dne 27. 6. 2007 a rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R136,153/2007/02-22161/2007/310-KK ze dne 29. 11. 2007 právní moci. Tímto dnem bylo předmětné zadávací řízení zrušeno, přičemž oznámení o zrušení zadavatel odeslal dne 19. 12. 2007 uchazečům o předmětnou veřejnou zakázku a dne 18. 12. 2007 do informačního systému o veřejných zakázkách. Oznámení o zrušení předmětného zadávacího řízení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 27. 12. 2007.
37. Vzhledem k tomu, že předmětné zadávací řízení, které bylo přezkoumáváno v rámci vedeného správního řízení, bylo zrušeno, rozhodl Úřad o zastavení správního řízení dle § 66 odst. 2 správního řádu, neboť odpadl důvod řízení.

POUČENÍ

Proti tomuto usnesení lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 7, Brno. Rozklad nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Nemocnice České Budějovice, a.s., B. Němcové 585/54, 370 87 České Budějovice
2. Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, Týn 1049/3, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne

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