



UOHSX006870N

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S481/20114/VZ-18005/2014 /513/PDr

Brno: 27. srpna 2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 11.6.2014, na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Oblastní nemocnice Mladá Boleslav, a.s., nemocnice Středočeského kraje, IČO 27256456, se sídlem třída Václava Klementa 147, 293 01 Mladá Boleslav, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci za dne 25.6.2014 JUDr. Jindřichem Vítkem, advokátem Advokátní kanceláře ERHARTOVÁ VÍTEK & PARTNERS, IČO 63622777, se sídlem Nad Petruskou 1, 120 00 Praha 2,
- navrhovatel – Fresenius Kabi s.r.o., IČO 25135228, se sídlem Želetavská 1525/1, 140 00 Praha 4 – Michle, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 11.6.2014 Mgr. Jakubem Joskou, advokátem, ev. č. ČAK 10304, se sídlem Opletalova 1015/55, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vymezených obsahem návrhu učiněných ve veřejné zakázce „ON Mladá Boleslav – Infuzní roztoky“, zadávané formou zjednodušeného podlimitního řízení, které bylo zahájeno dne 5.5.2014 odesláním výzvy k podání nabídek ze dne 5.5.2014,

**rozhodl** takto:

Návrh navrhovatele – Fresenius Kabi s.r.o., IČO 25135228, se sídlem Želetavská 1525/1, 140 00 Praha 4 – Michle – **se** podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 citovaného zákona.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Oblastní nemocnice Mladá Boleslav, a.s., nemocnice Středočeského kraje, IČO 27256456, se sídlem třída Václava Klementa 147, 293 01 Mladá Boleslav, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci za dne 25.6.2014 JUDr. Jindřichem Vítkem, advokátem Advokátní kanceláře ERHARTOVÁ VÍTEK & PARTNERS, IČO 63622777, se sídlem Nad Petruskou 1, 120 00 Praha 2 (dále jen „zadavatel“) – zahájil zjednodušené podlimitní řízení na veřejnou zakázku „ON Mladá Boleslav – Infuzní roztoky“ dne 5.5.2014 odesláním výzvy k podání nabídek ze dne 5.5.2014 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem veřejné zakázky jsou podle čl. 3 zadávací dokumentace průběžné dodávky různých typů infuzních roztoků pro potřeby Oblastní nemocnice Mladá Boleslav v souladu se zadávacími podmínkami, a to po dobu 1 roku. Veřejná zakázka je rozdělena na 10 samostatných částí, přičemž uchazeč může nabídku podat do jedné, do několika částí, nebo do všech částí, kdy každá část bude posuzována a hodnocena samostatně.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí podle čl. 3 zadávací dokumentace 3 500 000 Kč bez DPH na 1 rok, přičemž zadavatel dále v čl. 3.1 zadávací dokumentace uvedl předpokládaný objem (v Kč bez DPH) pro každou část (1-10).
4. Dále zadavatel v čl. 3.2 zadávací dokumentace uvedl Technickou specifikaci jednotlivých částí veřejné zakázky, a to vždy včetně předpokládaného ročního odběru pro každý druh infuzního roztoku (objem MJ ml a počet MJ/1 rok) v každé části veřejné zakázky.
5. Dále zadavatel v závěru čl. 3 zadávací dokumentace uvedl, že: *„Uvedený roční odběr je předpokládaný na základě spotřeby za předcházející období jednoho roku. Zadavatel si vyhrazuje právo neodebrat či překročit uvedené předpokládané množství s ohledem na počet a skladbu klientů ON Mladá Boleslav“*, a že: *„Dodávky musí být v souladu s požadavky zák. č. 378/2007 Sb. o léčivech a změnách některých souvisejících zákonů a prováděcími předpisy, zejména s požadavky správné distribuční praxe ve smyslu vyhl. č. 229/2008 Sb.“*
6. V čl. 5 zadávací dokumentace je uveden způsob hodnocení nabídek, a to v části 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9 a 10 dle nejnižší nabídkové ceny v Kč včetně DPH za požadovaný počet MJ. V části 3 a 4 veřejné zakázky zadavatel připouští toleranci ve velikosti balení. Z toho důvodu je uchazeč povinen uvést přepočtenou nabídkovou cenu za určitou velikost balení, a v těchto částech bude provedeno hodnocení dle nejnižší celkové přepočtené nabídkové ceny včetně DPH za požadovaný počet MJ.
7. Přílohou č. 2 zadávací dokumentace je Návrh rámcové kupní smlouvy, přičemž předmětem této rámcové kupní smlouvy je podle čl. 1.1. závazek prodávajícího dodávat kupujícímu zboží specifikované v příloze č. 1 této smlouvy a umožnit mu nabytí vlastnického práva ke zboží a dále závazek kupujícího řádně dodané zboží převzít a zaplatit za něj prodávajícímu sjednanou kupní cenu. Zboží bude prodávajícím dodáváno v souladu s objednávkami kupujícího.
8. V čl. 2 Rámcové kupní smlouvy na dodávku léků a léčiv (dále jen „rámcová smlouva“) je dále upravena doba, místo a způsob dodání následovně:  
*„2.1. Za účelem zajištění plynulého zásobování spotřebním zdravotnickým materiálem, léky a léčivy od různých dodavatelů zavedl kupující systém centrálních logistických služeb, a to*

*prostřednictvím společnosti NemLog a.s., se sídlem Praha 1 - Staré Město, Jakubská 647/2, PSČ 110 00, IČ: 276 42 241 (dále jen „poskytovatel“ nebo „NemLog a.s.“). Na základě smlouvy s poskytovatelem byl pro kupujícího zřízen konsignační sklad zboží v areálu komerční zóny Říčany – Jažlovice na adrese NemLog a.s., Zděbradská 249/33, 251 01 Říčany (dále jen „konsignační sklad“).*

*2.2. Kupující bude zboží objednávat prostřednictvím objednávkového systému poskytovatele. Místem plnění (dodání zboží kupujícímu) je konsignační sklad. Rozvoz zboží z konsignačního skladu na jednotlivá pracoviště kupujícího bude zajišťovat poskytovatel.*

*2.3. Dodání zboží v souladu s touto smlouvou a jeho převzetí kupujícím od poskytovatele bude potvrzeno podpisem kupujícího na dodacím listu. Okamžikem podpisu dodacího listu kupujícím přechází nebezpečí škody na zboží a vlastnické právo ke zboží na kupujícího.*

...

*2.5. Služby související se skladováním, dopravou a vyřizováním jednotlivých objednávek zboží, včetně správy databáze objednávkového systému pro nákup a evidenci toku skladovaného zboží (dále jen „logistické služby“) bude pro kupujícího zajišťovat poskytovatel.*

...

*2.7. Úprava vzájemných práv a povinností prodávajícího a poskytovatele při zřizování a správě konsignačních zásob v konsignačním skladu se řídí samostatnou dohodou mezi prodávajícím a poskytovatelem. Prodávající se touto smlouvou zavazuje uzavřít s poskytovatelem tuto dohodu dle vzoru, který přílohou č. 2 této smlouvy.“*

9. Předmětem této dohody, která je přílohou č. 2 rámcové kupní smlouvy, je úprava práv a povinností účastníků (dodavatel – tj. uchazeč a poskytovatel – tj. NemLog a.s.) při zřízení a vedení konsignačních zásob v konsignačním skladu.

10. V čl. II. dohody o úpravě práv a povinností při zřizování a správě konsignačních zásob (dále jen „dohoda o úpravě práv a povinností“) je mj. uvedeno:

*„4. Poskytovatel se zavazuje zajistit skladování zboží v konsignačním skladu v náležitých podmínkách a zavazuje se zajistit při skladování takové podmínky, které nesníží nebo neohrozí jakost zboží a jeho stanovenou expirační dobu. Při tomto skladování bude respektovat podmínky stanovené pro toto skladování právními předpisy a pokyny výrobce zboží.*

*5. Poskytovatel se zavazuje na základě písemných objednávek zdravotnických zařízení uvedených v příloze č. 2 (dále jen odběratel), zajistit převzetí objednávek od odběratelů a na základě nich zajistí dodání zboží odběrateli včetně dopravy zboží odběrateli do místa plnění dle objednávek. ...*

*7. Dodavatel je povinen konsignační zásoby vyskladnit v konsignačním skladu na místě určeném pověřeným zástupcem poskytovatele a v pracovní době (pondělí až pátek od 8 hod do 15 hod). Dodavatel je povinen při vyskladnění konsignačních zásob předat poskytovateli veškerou dokumentaci související se zbožím včetně dodacího listu (převodky zboží) na kterém bude uvedeno označení zboží. Potvrzením dodacího listu (převodky zboží) vztahujícího se k vyskladněnému zboží pověřeným pracovníkem poskytovatele se konsignační zásoby považují za přijaté k uskladnění a tímto okamžikem poskytovatel odpovídá za jejich zničení, poškození nebo ztrátu. ...“*

11. Podle čl. II. odst. 8. dohody o úpravě práv a povinností bude poskytovatel (tj. NemLog a.s.) na základě jednotlivých smluv nebo jiných písemných ujednání uzavřených s odběrateli zboží konsignační zásoby skladovat, vychystávat z konsignačního skladu, zajišťovat jejich dopravu odběratelům a povede databázi skladovaného a prodaného zboží dle jejich šarží. Odměna za služby poskytované poskytovatelem podle tohoto odstavce je hrazena dodavatelem.
12. Podle čl. II. odst. 14. dohody o úpravě práv a povinností poskytovateli (tj. NemLog a.s.) náleží odměna ve výši 10 % z měsíčního obrátu zboží na základě vystavených faktur se splatností 30 dní.
13. Lhůta pro podání nabídek byla v čl. 11 zadávací dokumentace stanovena do 30.5.2014 do 10:00 hodin.
14. Proti zadávacím podmínkám, konkrétně proti využití opčního práva v rozporu se zákonem a proti požadavku na uzavření dohody o úpravě práv a povinností s NemLog a.s., podal navrhovatel – Fresenius Kabi s.r.o., IČO 25135228, se sídlem Želetavská 1525/1, 140 00 Praha 4 – Michle, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 11.6.2014 Mgr. Jakubem Joskou, advokátem, ev. č. ČAK 10304, se sídlem Opletalova 1015/55, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“) – námitky ze dne 20.5.2014, které byly zadavateli doručeny dne 21.5.2014. Zadavatel rozhodnutím ze dne 27.5.2014, které navrhovatel obdržel dne 2.6.2014, podaným námitkám navrhovatele nevyhověl.
15. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 11.6.2014 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgánu dohledu nad dodržováním zákona.

## II. OBSAH NÁVRHU

16. Navrhovatel ve svém návrhu namítá, že zadavatel využil opčního práva v rozporu se zákonem, když na straně 11 zadávací dokumentace uvedl, že: *„Uvedený roční odběr je předpokládán na základě spotřeby za předcházející období jednoho roku. Zadavatel si vyhrazuje právo neodebrat či překročit uvedené předpokládané množství s ohledem na počet a skladbu klientů ON Mladá Boleslav.“* Navrhovatel uvádí, že by např. mohla nastat situace, že by se poptávka po určitém roztoku mnohonásobně navýšila, což by mělo dopad i na konečnou hodnotu veřejné zakázky, která mohla dosahovat i hodnot pro nadlimitní veřejnou zakázku, pro kterou zákon předpokládá odlišný postup v rámci zadávacího řízení.
17. Dále navrhovatel uvádí, že požadavek na uzavření dohody o úpravě práv a povinností s třetím subjektem je v rozporu s pravidly správné distribuční praxe. Navrhovatel uvádí, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že se NemLog a.s. v žádné fázi dodávky zboží do zdravotnického zařízení nestává majitelem zboží, proto v souladu s vyjádřením Státního ústavu pro kontrolu léčiv (dále jen „SÚKL“) uvedený úřad nevydává distribuční povolení. K tomu navrhovatel uvádí, že podle čl. 2.7. rámcové smlouvy požaduje zadavatel po uchazeči, aby se zavázal k uzavření dohody o úpravě práv a povinností, a to s konkrétním subjektem, který určil zadavatel – NemLog a.s., a že odměna má být NemLog a.s. hrazena uchazečem, nikoli zadavatelem, kterému jsou tyto služby reálně poskytovány. Jelikož NemLog a.s. nemá dle aktuálního výpisu z obchodního rejstříku jako předmět podnikání uvedenu distribuci léčiv, je podle názoru navrhovatele požadavek zadavatele, aby vybraný

uchazeč zřizoval konsignační zásoby léčiv prostřednictvím subjektu, který nemá potřebné povolení, v rozporu se zákonem. NemLog a.s. není podle zjištění navrhovatele vedena v přehledu distributorů na webových stránkách [www.sukl.cz](http://www.sukl.cz).

18. K argumentaci zadavatele, že NemLog a.s. se nestává majitelem zboží, proto SÚKL distribuční povolení nevydává, navrhovatel uvádí, že je v rozporu se zákonem o léčivech, k tomu navrhovatel uvádí § 5 odst. 5 zák. č. 378/2007 Sb., o léčivech, ve znění pozdějších předpisů. Sám navrhovatel je distributorem s povolením SÚKL a nese odpovědnost za skladování roztoků před dodáním zadavateli. Navrhovatel uvádí, že požadavek zadavatele, aby navrhovatel skladoval předmětné zboží v prostorách třetí osoby, která nemá potřebné povolení ke skladování léčiv, je v rozporu se zákonem a rovněž v rozporu s požadavkem v zadávací dokumentaci stran zákonnosti dodávek a souladu s požadavky správné distribuční praxe.
19. Dále navrhovatel poukazuje na to, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že služby související s konsignačním zásobováním řádně vysoutěžil a získal tím úsporu v oblasti skladových prostor a nákladů na personál. K tomu navrhovatel uvádí, že zadavatel je povinen za tyto služby společnosti NemLog a.s. platit odměnu v souladu s podmínkami zcela jiného zadávacího řízení. Je zcela iracionální, aby za tyto služby platil jak zadavatel, tak navrhovatel, kterému NemLog a.s. žádné služby neposkytuje. Zadavatel tak podle názoru navrhovatele obchází zákon, když v souvislosti s danou veřejnou zakázkou, která je veřejnou zakázkou na dodávky, spojuje zcela jinou veřejnou zakázku související s poskytováním služeb (tj. provozem konsignačního skladu).
20. Dále navrhovatel uvádí, že má vlastní skladovací prostory, k nimž má uděleno příslušné povolení od SÚKL a je schopen zadavateli zajistit srovnatelné služby. Navrhovatel nemůže přijmout argumentaci zadavatele, že uzavřením dohody dochází k úspoře. Dle dohody je sjednána odměna NemLog a.s. ve výši 10 % z obrátu, což mnohonásobně překračuje výši nákladů na distribuci, kterou by prováděl sám navrhovatel přímo.
21. Navrhovatel považuje provázání předmětu veřejné zakázky s určitým dodavatelem za diskriminační praktiku, tedy postup v rozporu s § 44 odst. 11 zákona ve spojení s § 6 zákona, neboť zadavatel není oprávněn navrhovateli diktovat, jakému subjektu bude zboží dovážet. Pokud by vlastnické právo ke zboží nabýval zadavatel okamžikem dodání zboží do skladovacích prostor, za které by nesl odpovědnost zadavatel, jedná se o zcela odlišnou situaci. Pokud zadavatel trvá na tom, aby služby spojené s konsignačním zásobováním šly k tíži navrhovatele a současně, aby navrhovatel byl vlastníkem zboží do doby, než jej zadavatel převezme, je povinen mu umožnit pro plnění veřejné zakázky použít i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.
22. Navrhovatel v tomto směru považuje výše popsané jednání zadavatele i za jednání, které je narušením hospodářské soutěže, neboť dle zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně hospodářské soutěže“), je dohodou narušující hospodářskou soutěž, pokud uzavření smlouvy je vázáno na přijetí dalšího plnění, které věcně ani podle obchodních zvyklostí a zásad poctivého obchodního styku s předmětem smlouvy nespojuje. V této souvislosti navrhovatel dává Úřadu ke zvážení, zda z moci úřední ne zahájí rovněž řízení ve smyslu § 21 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže.

23. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad přezkoumal postup zadavatele v zadávacím řízení k předmětné veřejné zakázce, a aby celé zadávací řízení na veřejnou zakázku zrušil, neboť jiný způsob nápravy již není dle názoru navrhovatele možný. Současně navrhovatel navrhuje, aby Úřad zadavateli uložil předběžné opatření podle § 117 odst. 1 písm. b) zákona spočívající v pozastavení zadávacího řízení, eventuálně, aby Úřad vydal předběžné opatření podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona, kterým zakáže zadavateli uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

### III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU

24. Úřad obdržel dne 27.6.2014 vyjádření zadavatele z téhož dne, který uvádí, že se s návrhem navrhovatele neztotožňuje, pokládá návrh za účelový, neopodstatněný a neodůvodněný.
25. K navrhovatelem tvrzenému využití institutu opčního práva v rozporu se zákonem zadavatel uvádí, že se nejedná o případ, kdy je využíváno opční právo, resp. zadavatel neměl v úmyslu takové právo zřídit. Zadavatel je přesvědčen, že vytvořil uchazečům podmínky potřebné pro zpracování kvalifikované nabídky, přičemž si však současně vymínil možnost dodávky v rozsahu dle potřeb zadavatele nastalé v budoucnosti. Zadavatel současně v návrhu rámcové smlouvy stanovil, že uchazečem nabídnutá kupní cena je cena „konečná, maximální a nejvýše přípustná“. Použití opčního práva je v daném případě bezpředmětné.
26. Co se týče navrhovatelem uváděného případu týkajícího se možného nárůstu objemu zboží, zadavatel uvádí, že takový případ je reálně nemožný. Z dlouhodobého hlediska (horizontu měsíců) a z kapacitních důvodů zadavatele je nepravděpodobné, že by se jednalo o tak citelný nárůst v takovém rozsahu, že by se zvedla předpokládané hodnota veřejné zakázky nad zákonem stanovené limity. Zadavatel proto považuje tvrzení navrhovatele za nepodložené a za zcela hypotetické.
27. K tvrzením navrhovatele ohledně požadavku na uzavření dohody o úpravě práv a povinností při zřizování a správě konsignačních zásob zadavatel předně uvádí, že musí při zadávání veřejné zakázky postupovat také dle tzv. principů 3E, tj. hospodárnost, efektivita, účelnost.
28. Zadavatelem stanovené obchodní podmínky mimo jiné určují místo plnění nebo způsob dopravy infuzních roztoků. Zadavatel je nucen z objektivních příčin stanovit místem plnění pouze jediný konsignační sklad, aby zajistil plynulé zásobování spotřebním zdravotnickým materiálem, léky a léčivy od různých dodavatelů, zavedl tedy systém centrálních logistických služeb, který byl vyhlášen v rámci řádného zadávacího řízení, jehož vítězem se stala právě společnost NemLog a.s. Zadavatel se rozhodl využít centrálního konsignačního skladování z důvodu úspory finančních prostředků za uvolněné skladové zásoby, a dále také z bezpečnostních a technických důvodů, neboť je pro zadavatele nepřijatelné, aby na jednotlivá zdravotnická oddělení dodávali léčiva a zdravotnický materiál různí dodavatelé.
29. K povinnosti uchazeče k úhradě nákladů za služby poskytované společností NemLog a.s. pak zadavatel uvádí, že na tuto platbu nelze nahlížet jako na platbu za službu poskytnutou zadavateli, neboť tuto platbu by musel vybraný uchazeč hradit, pokud by dopravu zajišťoval sám až k zadavateli. Právní vztah při dodávce zboží, tj. při zřizování a správě konsignačních zásob, vzniká mezi uchazečem a společností NemLog a.s., a proto také odměnu (10 % z obrátu) za logistickou činnost nese přímo sám uchazeč. Opačný postup by byl, dle právního názoru zadavatele, v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách a zejména se zásadou hospodárnosti, včetně zásady 3E.

30. Zadavatel nesouhlasí se závěrem navrhovatele, že po uchazeči je požadováno, aby porušoval pravidla správné distribuční praxe. Společnosti NemLog a.s. nevzniká povinnost získat distribuční povolení, neboť není v žádném okamžiku dopravy zboží do zdravotnického zařízení jejím vlastníkem. Uvedený závěr vyplývá ze sdělení SÚKL, přičemž zadavatel navrhuje důkaz tímto stanoviskem SÚKL. Společnost NemLog a.s. v rámci systému centralizovaného dodávání zajišťuje administrativní a logistickou část procesu a nikdy se nestává vlastníkem dodávaného zboží. Právní vztah (z rámcové smlouvy) při dodávce v rámci systému centrálního dodávání, vzniká mezi kupujícím (zdravotnickým zařízením) a prodávajícím (dodavatelem).
31. K tvrzení navrhovatele, který provázání předmětu veřejné zakázky s určitým dodavatelem služby považuje za diskriminační praktiku, zadavatel uvádí, že nejednal v rozporu s předmětnými ustanoveními zákona. Zadavatel je přesvědčen, že použití odkazu na obchodní firmu NemLog a.s. je v předmětné veřejné zakázce odůvodněno existujícím a zavedeným systémem centrální správy nákupních a logistických procesů spojených s dodávkami zdravotnického materiálu a léčiv (včetně infuzních roztoků). Zadavatel odkazuje na stanovisko odborné veřejnosti (komentářovou literaturu) a uvádí, že dodávka infuzních roztoků v rámci předmětné veřejné zakázky bude navazovat na existující a funkční řešení (systému centrálního dodávání).
32. Závěrem zadavatel uvádí, že mu nemůže být dáváno k tíži, že řádně „vysoutěžil“ systém centrálních logistických služeb a snaží se v navazujících veřejných zakázkách dodržet principy 3E. Vzhledem k tomu, že NemLog a.s. poskytuje centrální správu nákupních a logistických procesů přes celé spektrum dodavatelů, včetně komplexního virtuálního skladového hospodářství, navrhovatel není schopen poskytnout zadavateli obdobné řešení, neboť každé alternativní řešení by vedlo k navýšení přímých i nepřímých nákladů zadavatele.
33. Zadavatel je s ohledem na shora uvedené přesvědčen, že při zadávání předmětné veřejné zakázky postupoval zcela v souladu s požadavky, které jsou na takovéto zadávací řízení kladeny právními předpisy, rovněž má zadavatel za to, že nejsou dány důvody pro vydání předběžného opatření. Zadavatel žádá, aby Úřad rozhodl, že návrh navrhovatele se zamítá.

#### **IV. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

34. Úřad obdržel návrh dne 11.6.2014 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Dne 11.6.2014 obdržel návrh rovněž zadavatel.
35. Účastníky řízení podle § 116 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel.
36. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem ze dne 18.6.2014 č. j. ÚOHS-S481/2014/VZ-12850/2014/512/PDr. K zajištění účelu správního řízení vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S481/2014/VZ-13931/2014/512/PDr ze dne 2.7.2014, v němž určil účastníkům řízení lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, dále tímto usnesením mimo jiné určil zadavateli lhůtu k zaslání stanoviska SÚKL k posouzení potřeby vydání povolení pro NemLog a.s. k distribuci infuzních roztoků, na které zadavatel odkazuje ve vyjádření ze dne 27.6.2014.

37. Dne 3.7.2014 Úřad obdržel sdělení navrhovatele z téhož dne, který žádá Úřad, aby neprodleně vydal rozhodnutí o návrhu na vydání předběžného opatření.
38. Úřad dne 7.7.2014 obdržel od zadavatele stanovisko SÚKL (e-mail) ze dne 7.2.2014, ve kterém je uvedena odpověď MVDr. Vratislava Krupky – vedoucího oddělení kontroly distribuce SÚKL, na dotaz od ředitele NemLog a.s. – Milana Zápotockého: „...Nemlog zajišťuje pro klienty/nemocnice/ centrální správu nákupních a logistických procesů spojených s dodávkami zdravotnického materiálu a léčiv /infuzní roztoky, výživy, dezinfekce operačních polí apod./ Formou outsourcingu provádíme administrativní úkony a fyzický pohyb zboží. ... Správu CS /skladování apod./ a fyzické dodávky do nemocnic pro Nemlog zajišťuje, na základě smluvního vztahu, společnost Promedica Praha Group a.s., vlastníci povolení k skladování a distribuci léčiv. Nemlog zajišťuje administrativní část procesu a nikdy se nestává vlastníkem zboží. Obchodní vztah na dodávky je vždy mezi nemocnicí a distributorem či výrobcem. Prosím o informaci, zda se na Nemlog a.s. vztahuje nějaká povinnost v souvislosti povolením od SÚKL.“ V odpovědi SÚKL je uvedeno: „...Z vašeho podání vyplývá, že se nikdy nestáváte majiteli léčiv, tedy pak ani u Vás nevzniká potřeba získat distribuční povolení. V případě, že budete pro společnosti, které mají ve svém sortimentu léčiva, zajišťovat jejich přepravu, musíte mít uzavřenu s tímto distributorem smlouvu o podmínkách přepravy léčiv, se stanovením podmínek, monitorováním teplot, doby přepravy, komu předávat, bezúhonnosti řidičů apod. Jiné povinnosti vůči našemu Ústavu pro Vás z popsaných informací nevyplývají.“
39. Dne 8.7.2014 se na Úřad na základě předchozí písemné žádosti ze dne 4.7.2014 dostavila Karolína Adámková, zmocněná navrhovatelem na základě substituční plné moci ze dne 7.7.2014 a nahlédla do správního spisu.
40. Úřad obdržel dne 10.7.2014 vyjádření navrhovatele z téhož dne, který uvádí, že skutečnost, že správu centrálního skladu a fyzické dodávky do nemocnic pro NemLog a.s. zajišťuje společnost PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s., IČO 25099019, se sídlem Juarezova 17, 160 00 Praha 6 (dále jen „PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s.“) je pro navrhovatele zcela nová informace, která nevyplývá ze zadávací dokumentace, ani z rámcové smlouvy ani z dohody o úpravě práv a povinností. Navrhovatel uvádí, že informace, které NemLog a.s. sdělil SÚKL jsou zcela odlišné oproti informacím v zadávací dokumentaci, k tomu navrhovatel uvádí čl. 2.1. a 2.5. rámcové smlouvy, a dále pak definice a čl. II.2., II.4., II.5., II.7, II.8. dohody o úpravě práv a povinností. Navrhovatel má za to, že NemLog a.s. poskytla SÚKL zcela zavádějící, nepřesné a neúplné informace, neboť SÚKL nebyl informován, zda společnost PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s. bude ve smluvním vztahu s dodavatelem skladovaného zboží či s nemocnicí. Navrhovatel považuje neuvedení rozhodných skutečností zásadního významu v zadávací dokumentaci zejména ve vazbě na zajištění správné distribuční praxe za netransparentní.
41. Navrhovatel dále uvádí, že PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s. je uvedena v seznamu přijatých a doručených nabídek, kdy tato společnost podala nabídku do části 1, 3, 4, 6, 7, 8 předmětné veřejné zakázky. Jelikož podle článku II.10. dohody o úpravě práv a povinností náleží společnosti NemLog a.s. odměna ve výši 10 % z měsíčního obrátu zboží, a jelikož skladování a fyzické dodávky zadavateli zajišťuje pro NemLog a.s. na základě smluvního vztahu PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s., je postavení navrhovatele vůči společnosti PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s. v zadávacím řízení diskriminační, a zadavatel postupoval v rozporu s § 45



odst. 3 ve spojení s § 6 zákona, když tuto společnost vyzval k podání nabídek. Navrhovatel dále uvádí, že za technické podmínky se v případě veřejných zakázek na dodávky a na služby považují veškeré charakteristiky a požadavky zadavatele na poskytování dodávek či služeb, tedy nepochybně i zajištění dodávek tak, jak si vymínil zadavatel. Pokud by v zadávacím řízení uspěl navrhovatel, nutí ho zadavatel skladovat zboží a nepřímo (prostřednictvím NemLog a.s.) hradit část odměny ve výši 10 % z měsíčního obrátu zboží společnosti PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s. Naopak v případě, že by v zadávacím řízení uspěla PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s., de facto by odměnu hradila sama sobě. Toto umožňuje společnosti PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s. kalkulovat oproti ostatním uchazečům nižší nabídkovou cenu. Výše popsané jednání je podle názoru navrhovatele diskriminační a požadavky zadavatele mohly podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.

42. Podle názoru navrhovatele se zadavatel ani v rozhodnutí o námitkách ani ve vyjádření Úřadu ryze účelově nezmiňuje o skutečnosti, že správu centrálního skladu a fyzické dodávky zadavateli realizuje právě společnost PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s., přičemž zadavatel si musel být vědom skutečnosti, že tato společnost jako provozovatel skladu a dopravce zboží pro NemLog a.s. je subdodavatelem NemLog a.s. S ohledem na výše uvedené má navrhovatel za to, že konstrukce konsignačního zásobování, reálně prováděného společností podávající nabídku do téhož zadávacího řízení, diskriminuje ostatní uchazeče, kteří nejsou provozovateli tohoto konsignačního skladu, k tomu navrhovatel uvádí rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 31 Ca 118/2005 a rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. S238/2009/VZ.
43. V neposlední řadě si navrhovatel dovoluje poukázat i na nezákonnost postupu zadavatele, resp. společnosti NemLog a.s., s ohledem na požadavky zákona o léčivech a požadavky správné distribuční praxe dle prováděcích předpisů k tomuto zákonu, neboť dochází k outsourcingu regulované činnosti. K tomu navrhovatel uvádí § 77 odst. 1 a § 77 odst. 1 písm. c) zákona o léčivech. Pokud zadavatel požaduje po navrhovateli, aby uzavřel se společností NemLog a.s. dohodu o úpravě práv a povinností, nicméně správcem a provozovatelem konsignačního skladu je společnost PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s., pak navrhovatel není schopen zákonné povinnosti zajistit, jelikož není v žádném smluvním vztahu ke společnosti PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s. a do doby dodání infuzních roztoků zadavateli navrhovatel odpovídá za správnou distribuční praxi.
44. Navrhovatel se závěrem vyjadřuje k tvrzení zadavatele v jeho vyjádření ze dne 27.6.2014, že překročení množství odebraného zboží je reálně nemožné či nepravděpodobné, tak, že toto tvrzení je pouhou hypotézou a nic nemění na skutečnosti, že zadávací dokumentace o možnosti překročení uvedeného množství dodávek pojednává. Navrhovatel dále uvádí, že nespátřuje žádný rozdíl v případě dodávek do konsignačního skladu nebo přímo zadavateli. Navíc s odkazem na výše uvedené jistě všichni uchazeči nemají stejné možnosti a podmínky pro zpracování nabídky s přihlédnutím k využití systému centrálního dodávání. Navrhovatel trvá na svém návrhu v plném rozsahu, včetně návrhu na vydání předběžného opatření.
45. Dne 15.7.2014 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S481/2014/VZ-14867/2014/512/PDr, kterým návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření, jímž by měl být zadavateli podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení a návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření, jímž by mělo být zadavateli podle § 117 odst. 1 písm. b) zákona uloženo pozastavení zadávacího řízení, zamítl.

46. Úřad vydal dne 22.7.2014 usnesení č. j. ÚOHS-S481/2014/VZ-15328/2014/513/PDr, v němž účastníkům řízení určil lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí, přičemž zadavatel se k podkladům rozhodnutí ve stanovené lhůtě, ani později, nevyjádřil.
47. Dne 28.7.2014 se na Úřad na základě předchozí písemné žádosti ze dne 24.7.2014 za navrhovatele dostavila Karolína Adámková a nahlédla do správního spisu.
48. Úřad obdržel dne 28.7.2014 vyjádření navrhovatele z téhož dne, ve kterém plně odkazuje na svůj návrh a nadále trvá na tom, že zadavatel vymezením zadávacích podmínek porušil zákon. K institutu opčního práva navrhovatel doplňuje, že jeho podstatou je právě skutečnost, že není známo, zda další plnění s jistotou nastanou. K systému centrálních logistických služeb a k požadavku na správnou distribuční praxi navrhovatel opětovně uvádí skutečnosti shodně jako v návrhu, resp. jeho vyjádření ze dne 10.7.2014.

## V. ZÁVĚRY ÚŘADU

49. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, návrhu navrhovatele, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

### **K tvrzenému využití opčního práva v rozporu se zákonem**

#### *Relevantní ustanovení zákona*

50. Podle § 92 odst. 1 zákona je-li rámcová smlouva uzavřena pouze s jedním uchazečem
  - a) a veškeré podmínky plnění jsou v rámcové smlouvě konkrétně vymezeny, uzavírá veřejný zadavatel smlouvu s uchazečem na realizaci veřejné zakázky na základě písemné výzvy k poskytnutí plnění, jež je návrhem na uzavření smlouvy, a písemného potvrzení této výzvy uchazečem, jež je přijetím návrhu smlouvy, nebo
  - b) všechny podmínky plnění nejsou v rámcové smlouvě konkrétně vymezeny, zadá veřejný zadavatel veřejnou zakázku na základě písemné výzvy k podání nabídky.
51. Podle ustanovení § 99 odst. 1 zákona se opčním právem rozumí právo zadavatele na poskytnutí dalších dodávek, služeb či stavebních prací, jejichž zadání si zadavatel vyhradil v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky zadávané v otevřeném řízení, užším řízení nebo zjednodušeném podlimitním řízení, a v případě veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti i v soutěžním dialogu. Opční právo je zadavatel oprávněn využít pouze ve vztahu k dodavateli, kterému zadal původní veřejnou zakázku.
52. Ustanovení § 99 odst. 2 zákona mj. stanoví, že jde-li o využití opčního práva veřejného zadavatele navazujícího na rámcovou smlouvu uzavřenou s jedním uchazečem, je možné zadat veřejnou zakázku na základě využití opčního práva rovněž postupem podle § 92 odst. 1, a to za předpokladu, že jsou splněny zákonné podmínky.
53. Podle § 13 odst. 6 zákona pokud si zadavatel v zadávacích podmínkách vyhradil opční právo podle § 99, musí předpokládaná hodnota zahrnovat rovněž předpokládanou hodnotu všech veřejných zakázek na dodávky, služby či stavební práce požadovaných zadavatelem při

využití opčního práva; zadavatel je v takovém případě současně povinen zvlášť stanovit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky na dodávky, služby či stavební práce a předpokládanou hodnotu dodávek, služeb nebo stavebních prací při využití opčního práva.

*Posouzení věci*

54. K uvedené problematice Úřad uvádí, že opční právo využije zadavatel v případech, kdy předpokládá, že v budoucnu bude zadávat další konkrétní plnění, navazující na zadávanou veřejnou zakázku, ale současně nemá úplnou jistotou, zda je bude skutečně realizovat (např. otázka financování).
55. Úřad po posouzení předmětného čl. 3 zadávací dokumentace, ve kterém je mj. stanoveno, že: „...Zadavatel si vyhrazuje právo neodebrat či překročit uvedené předpokládané množství s ohledem na počet a skladbu klientů ON Mladá Boleslav“, uvádí, že v postupu zadavatele při vymezení tohoto požadavku neshledal nedodržení postupu stanoveného zákonem, přičemž k tomu uvádí následující.
56. Zadavatel v zadávací dokumentaci v čl. 3.1 stanovil jak předpokládaný objem (v Kč bez DPH) pro každou část veřejné zakázky, tak rovněž dále v čl. 3.2 zadávací dokumentace předpokládaný roční odběr pro každý druh infuzního roztoku (objem MJ ml a počet MJ/1 rok) v každé části veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že zakázka je omezena časově, neboť předmětem veřejné zakázky jsou průběžné dodávky různých typů infuzních roztoků v souladu s objednávkami zadavatele po dobu 1 roku, nejedná se v případě předmětného ujednání zadavatele o žádné další plnění, tedy novou dodávku, která by nebyla předem vymezena v zadávacích podmínkách, ale o totožné plnění, které zadavatel uvedl v rámci zadávacích podmínek předmětné veřejné zakázky a které zahrnul do předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Z uvedeného důvodu se v předmětném případě nejedná o institut opčního práva, ale pouze o ujednání, které zohledňuje specifický charakter předmětu plnění veřejné zakázky a tomu odpovídajícího zadávacího řízení, kdy je uzavírána na předmět plnění veřejné zakázky rámcová smlouva.
57. V případě veřejných zakázek, jejichž předmětem je uzavření rámcové smlouvy, zadavatel nemůže předem se stoprocentní jistotou odhadnout přesný objem zboží, jehož potřeba vyvstane v budoucnu (v daném případě přesný objem různých druhů infuzních roztoků na následující rok), proto stanovil pro účely zadávacího řízení předpokládané objemy infuzních roztoků na základě spotřeby za předcházející období jednoho roku (viz závěr čl. 3 zadávací dokumentace), což Úřad shledává jako zcela odůvodněný postup.
58. Vzhledem k tomu, že předmětem hodnocení bude nejnižší nabídková cena v Kč včetně DPH za požadovaný počet MJ (resp. nejnižší celková přepočtená nabídková cena včetně DPH za požadovaný počet MJ) a jelikož zadávací podmínky byly pro všechny uchazeče stanoveny stejně, zadavatel zajistil, že budou v zadávacím řízení podány vzájemně porovnatelné nabídky.
59. Úřad uzavírá, že zadavatel si v zadávacích podmínkách nevyhradil opční právo podle § 99 zákona, pro úplnost Úřad uvádí, že ani po posouzení předmětného ustanovení v zadávací dokumentaci podle jeho obsahu a ve světle výše uvedených skutečností uzavírá, že se v šetřeném případě o institut opčního práva nejedná.

60. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem Úřad neshledal při stanovení předmětného požadavku zadavatele v čl. 3 zadávací dokumentace, obsahujícího výhradu práva neodebrat či překročit předpokládané množství infuzních roztoků, nedodržení postupu stanoveného zákonem.

**K požadavku na místo plnění v konsignačním skladu, k požadavku na uzavření dohody o úpravě práv a povinností s NemLog a.s. a k povinnosti uchazeče hradit NemLog a.s. odměnu**

*Relevantní ustanovení zákona*

61. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
62. Podle ustanovení § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace souborem dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.
63. Ustanovení § 44 odst. 11 zákona není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky či nemá-li sektorový zadavatel na zboží či službu, která je součástí veřejné zakázky, uzavřenou rámcovou smlouvu dle tohoto zákona, nesmí zadávací podmínky, zejména technické podmínky, obsahovat 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 nebo označení původu, pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. Takový odkaz lze výjimečně připustit, není-li popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a 46 dostatečně přesný a srozumitelný. V případě stavebních prací lze takový odkaz připustit, pouze pokud nepovede k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže. Zadavatel v takových případech vždy výslovně umožní pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.
64. Podle § 45 odst. 1 zákona se technickými podmínkami v případě veřejných zakázek na dodávky nebo služby rozumí vymezení charakteristik a požadavků na dodávky nebo služby stanovené objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem.
65. Podle § 45 odst. 3 zákona nesmí být technické podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Odůvodňuje-li to předmět veřejné zakázky, zohlední zadavatel při stanovení technických podmínek požadavky přístupnosti osob se zdravotním postižením nebo dostupnosti pro všechny uživatele.

*Posouzení věci*

66. Z čl. 2 rámcové smlouvy vyplývá, že zadavatel zavedl systém centrálních logistických služeb prostřednictvím společnosti NemLog a.s., a že byl zřízen konsignační sklad zboží, který je místem plnění (dodání zboží zadavateli) v případě předmětné veřejné zakázky.
67. Podle čl. II. odst. 14. dohody o úpravě práv a povinností, kterou uzavírá uchazeč o veřejnou zakázku s NemLog a.s., náleží NemLog a.s. odměna ve výši 10 % z měsíčního obrátu zboží.

68. V čl. 2.3 rámcové smlouvy je pak uvedeno, že: *„Dodání zboží v souladu s touto smlouvou a jeho převzetí kupujícím od poskytovatele bude potvrzeno podpisem kupujícího na dodacím listu. Okamžikem podpisu dodacího listu kupujícím přechází nebezpečí škody na zboží a vlastnické právo ke zboží na kupujícího.“*
69. Podle rozsudku Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 62 Af 57/2011 je vymezení předmětu veřejné zakázky (tedy co vlastně zadavatel po dodavatelích potřebuje a jaké plnění v rámci zadávacího řízení poptává) otázkou, jejíž zodpovězení závisí výlučně na potřebách zadavatele, neboť je to právě zadavatel, který nejlépe zná své vlastní potřeby a je schopen je nejpřesněji a věcně nejlépe definovat.
70. Zadavatel volbu systému centrálních logistických služeb, resp. konsignačního zásobování odůvodnil ve svém vyjádření ze dne 26.7.2014 v tom smyslu, že tento systém zvolil s ohledem na tzv. principy 3E, a to konkrétně z důvodu úspory finančních prostředků, dále také z bezpečnostních a technických důvodů, které v jeho vyjádření blíže rozvedl. Zadavatel mj. uvedl, že potřebuje zajistit plynulé skladování zdravotnickým materiálem, léky a léčivy od různých dodavatelů, dále že dosáhl významných úspor finančních prostředků za uvolněné skladové zásoby. Zadavatel rovněž uvedl, že pokud by na jeho jednotlivá oddělení dodávali léčiva a zdravotnický materiál různí dodavatelé, vedlo by to k nárůstu nákladů zadavatele na personální obsazení, včetně administrace a skladových prostor.
71. Úřad považuje výše uvedené skutečnosti, pro které zadavatel požaduje v zadávacích podmínkách předmětné veřejné zakázky jako místo dodání zboží konsignační sklad, za odůvodněné a tento požadavek tedy považuje s ohledem na tento zadavatelem zavedený systém centrálního konsignačního skladování za zcela legitimní, neboť nelze shledat, že byl v rozporu s některou ze zásad uvedených v § 6 odst. 1 zákona.
72. K tvrzení navrhovatele, že zadavatel požaduje, aby se uchazeč zavázal k uzavření dohody o úpravě práv a povinností s konkrétním subjektem (NemLog a.s), který určil zadavatel, Úřad uvádí, že ani tuto podmínku zvolenou zadavatelem neshledává v rozporu se zákonem, neboť tento subjekt byl vybrán zadavatelem k poskytování logistických služeb, v důsledku čehož byl zřízen konsignační sklad zboží, který zadavatel zvolil jako místo plnění (dodání zboží zadavateli) v případě předmětné veřejné zakázky.
73. Pokud jde o zjištění navrhovatele, že NemLog a.s. nemá dle aktuálního výpisu z obchodního rejstříku jako předmět podnikání uvedenu distribuci léčiv, a současně není ani vedena v přehledu distributorů na webových stránkách SÚKL, Úřad uvádí, že jak vyplývá ze zadavatelem předloženého stanoviska SÚKL v průběhu správního řízení, resp. emailu ze dne 7.2.2014, příslušné povolení k distribuci léčivých přípravků má na základě smluvního vztahu s NemLog a.s. společnost PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s. Co se týče povinnosti mít podle výpisu z obchodního rejstříku jako předmět podnikání uvedenu distribuci léčiv, Úřad z internetových stránek SÚKL nezjistil, že by mezi podmínkami pro výkon distribuční činnosti na území ČR byl tento požadavek uveden. Úřad na tomto místě uvádí, že považuje všechna navazující tvrzení navrhovatele týkající se porušování zákona o léčivech a zásad správné distribuční praxe s ohledem na právě uvedené za bezpředmětná, neboť příslušné povolení k distribuci léčivých přípravků má na základě smluvního vztahu s NemLog a.s. společnost PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s. Pro úplnost Úřad uvádí, že pro NemLog a.s. nevzniká

potřeba získat distribuční povolení, jak vyplývá ze stanoviska SÚKL, resp. emailu ze dne 7.2.2014.

74. Co se týče tvrzení navrhovatele ohledně požadavku zadavatele, aby byla společnosti NemLog a.s. hrazena odměna uchazečem a nikoli zadavatelem, a že podle názoru navrhovatele je zadavatel povinen společnosti NemLog a.s. platit odměnu v souladu s podmínkami zcela jiného zadávacího řízení, a že je zcela iracionální, aby za tyto služby platil jak zadavatel, tak navrhovatel, Úřad uvádí, že ani v tomto požadavku zadavatele neshledal porušení zákona. Předmětný požadavek, že odměna za služby poskytované NemLog a.s. bude hrazena dodavatelem, vyplývá z čl. II. odst. 8. resp. čl. II. odst. 14 dohody o úpravě práv a povinností. Vzhledem k tomu, že dohoda o úpravě práv a povinností je přílohou č. 2 rámcové smlouvy, přičemž rámcová smlouva je přílohou č. 2 zadávací dokumentace, o povinnosti hradit odměnu NemLog a.s. se tak dozvěděli všichni zadavatelem vyzvaní, resp. i další potenciální uchazeči o veřejnou zakázku již ze zadávacích podmínek, které byly v souladu se zákonem uveřejněny na profilu zadavatele. Všichni potenciální uchazeči tedy od počátku zadávacího řízení věděli, že tento požadavek mají zahrnout a promítnout do svých nabídek, a to zejména při kalkulaci své nabídkové ceny. Úřad tedy ve světle výše uvedených úvah shledal předmětný požadavek jako stanovený jednoznačně a vůči všem dodavatelům stejně, tedy nediskriminačně. K názoru navrhovatele, že je odměnu povinen NemLog a.s. platit zadavatel, Úřad uvádí, že předmětem jeho přezkumu v tomto správním řízení je zadávací řízení na veřejnou zakázku „ON Mladá Boleslav – Infuzní roztoky“, nikoliv vztahy mezi zadavatelem a NemLog a.s. vyplývající z veřejné zakázky související s poskytováním logistických služeb.
75. K tvrzení navrhovatele, že výše odměny 10 % obratu mnohonásobně překračuje výši nákladů na distribuci, než kdyby ji prováděl sám navrhovatel přímo, a že je schopen zajistit srovnatelné služby zadavateli sám, Úřad uvádí, že Úřadu nepřísluší přezkoumávat hospodárnost řešení zvoleného zadavatelem, přičemž Úřad považuje postup zvolený zadavatelem za více transparentní, než když by ponechal na uchazečích, aby si částku nákladů sami vyjednali s NemLog a.s. Pokud navrhovatel tvrdí, že jeho vlastní náklady na distribuci by byly nižší a mohl by srovnatelné služby zajistit zadavateli sám, Úřad pouze opětovně uvádí, že zadávací podmínky byly stanoveny jednoznačně a vůči všem dodavatelům stejně. K tomu Úřad uvádí, že zadavatel je povinen stanovit zadávací podmínky na veřejnou zakázku tak, aby odpovídaly jeho potřebám a požadavkům, nikoliv je přizpůsobovat nárokům nebo možnostem jednotlivých dodavatelů.
76. Úřad dále uvádí, že se neztotožnil s tvrzením navrhovatele, že provázání předmětu veřejné zakázky s určitým dodavatelem je třeba v přezkoumávaném případě považovat za diskriminační praktiku a postup v rozporu s § 44 odst. 11 zákona ve spojení s § 6 zákona. Požadavek zadavatele, který zvolil místem plnění konsignační sklad, který pro zadavatele zřídil NemLog a.s. a požadavek, aby uchazeči uzavřeli s NemLog a.s. dohodu o úpravě práv a povinností, byl odůvodněn předmětem veřejné zakázky, jak vyplývá z výše uvedených úvah, přičemž Úřad rovněž shledal jako odůvodněné tvrzení zadavatele, že jeho požadavek je odůvodněn existujícím a zavedeným systémem centrálních logistických služeb.
77. Pro úplnost Úřad uvádí, že se rovněž zabýval návrhem navrhovatele, který dal Úřadu ke zvážení, zda z moci úřední nezahájí rovněž řízení ve smyslu § 21 odst. 1 zákona o ochraně

hospodářské soutěže. Z uvedeného důvodu předala Sekce veřejných zakázek podání navrhovatele rovněž Sekci hospodářské soutěže.

78. K tvrzení navrhovatele, uvedeném v jeho vyjádření ze dne 10.7.2014, že zadavatel postupoval v rozporu s § 45 odst. 3 ve spojení s § 6 zákona, když společnost PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s. vyzval k podání nabídek a tato společnost pak podala nabídky do šesti částí zadávacího řízení, Úřad uvádí, že s tímto se neztotožnil, neboť jak vyplývá z čl. 2. rámcové smlouvy, zadavatel zavedl systém centrálních logistických služeb prostřednictvím společnosti NemLog a.s., a nikoliv PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s., a dále rovněž, jak vyplývá z čl. 2.7. rámcové smlouvy, uchazeč se zavazuje dohodu o úpravě práv a povinností uzavřít s NemLog a.s., a nikoliv PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s., přičemž uchazeč je povinen hradit odměnu NemLog a.s., a nikoliv PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s. Tvrzení navrhovatele, že pokud by v zadávacím řízení uspěla PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s., de facto by odměnu hradila sama sobě, a že může oproti ostatním uchazečům kalkulovat nižší nabídkovou cenu, Úřad považuje za spekulativní. Jak již bylo uvedeno výše v bodu 74. odůvodnění tohoto rozhodnutí, zadávací podmínky byly stanoveny jednoznačně a vůči všem dodavatelům stejně, a všichni potenciální uchazeči (včetně PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s.) od počátku věděli, že budou mít povinnost hradit NemLog a.s. odměnu ve výši 10 % z měsíčního obratu zboží. Úřad v této věci uzavírá, že smluvní vztah mezi NemLog a.s. a PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s. není předmětem přezkumu tohoto správního řízení.
79. Pokud navrhovatel uvádí, že zadavatel si musel být vědom skutečnosti, že PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s. je subdodavatelem NemLog a.s., toto tvrzení Úřad považuje rovněž za spekulativní, přičemž opětovně uvádí, že vztah mezi zadavatelem a NemLog a.s. vyplývající z veřejné zakázky na poskytování logistických služeb, taktéž ani smluvní vztah mezi NemLog a.s. a PROMEDICA PRAHA GROUP, a.s. nemůže být předmětem přezkumu tohoto správního řízení, neboť toto je vedeno ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „ON Mladá Boleslav – Infuzní roztoky“.
80. K rozsudku Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 31 Ca 118/2005 a rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. S238/2009/VZ, na které navrhovatel poukazyval ve svém vyjádření ze dne 10.7.2014, Úřad uvádí, že tyto se vztahují k případům, kdy zadavatel uplatňuje vůči uchazečům rozdílné podmínky. V nyní přezkoumávaném případě měli všichni uchazeči v zadávacím řízení stanoveny stejné podmínky, když každý uchazeč bude mít povinnost hradit odměnu ve výši 10 % z měsíčního obratu zboží NemLog a.s.
81. Úřad k tvrzenému nezákonnému postupu zadavatele, resp. NemLog a.s. spočívajícím v outsourcingu regulované činnosti uvádí, že tyto skutečnosti nejsou předmětem přezkumu Úřadu v rámci tohoto správního řízení, neboť podle § 112 odst. 1 zákona vykonává Úřad dohled nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, a nikoliv působnost v oblasti dohledu nad dodržováním zákona o léčivech.
82. Úřad vzhledem k výše uvedeným skutečnostem konstatuje, že v zadávacích podmínkách byl požadavek na místo plnění (dodání zboží) do konsignačního skladu včetně povinnosti hradit za služby spojené s konsignačním skladováním odměnu ve výši 10 % z měsíčního obratu zboží společnosti NemLog a.s. stanoven jednoznačně, tedy transparentně a vůči všem dodavatelům stejně, tedy nediskriminačně, přičemž tento požadavek byl stanoven tak, aby odpovídal odůvodněným potřebám a požadavkům zadavatele.

83. Úřad pro úplnost uvádí, že nemůže zadavateli stanovovat, jakému řešení má dát přednost, neboť jak vyplývá ze shora citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně, zadavatel sám nejlépe zná cíle své činnosti a vlastní potřeby a má právo zadávací podmínky veřejné zakázky stanovit tak, aby odpovídaly jeho požadavkům a potřebám, pokud svůj postup řádně odůvodní, jak tomu bylo i v nyní přezkoumávaném případě.

#### **K zamítnutí návrhu**

84. Podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle odstavce 1 nebo 2 tohoto ustanovení zákona.
85. Jak vyplývá z výše uvedených skutečností, Úřad v postupu zadavatele neshledal nedodržení postupu stanoveného zákonem, a proto Úřad rozhodl o zamítnutí návrhu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

### **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí 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, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má 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. JUDr. Jindřich Vítek, advokát Advokátní kanceláře ERHARTOVÁ VÍTEK & PARTNERS, Nad Petruskou 1, 120 00 Praha 2
2. Mgr. Jakub Joska, advokát, Opletalova 1015/55, 110 00 Praha 1

#### **Vypraveno dne**

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