



UOHSX00CNQ0P

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0309/2019/VZ-26804/2019/532/LOh

Brno: 1. října 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 12. 8. 2019 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Thomayerova nemocnice, IČO 00064190, se sídlem Vídeňská 800, Krč, 140 00 Praha 4,
- navrhovatel – I.T.A.-Intertact s.r.o., IČO 65408781, se sídlem Revoluční 1546/24, Nové Město, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Dodávky ZP-IVD - Soupravy pro imunofenotypizaci buněčných populací (CD znaky) a zapůjčení zařízení pro tuto analýzu – opakovaná veřejná zakázka“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 6. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 6. 2019 pod ev. č. Z2019-021536, ve znění oprav uveřejněných dne 1. 8. 2019 a dne 5. 8. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 28. 6. 2019 pod ev. č. 2019/S 123-299777, ve znění oprav uveřejněných dne 2. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 148-364426 a dne 6. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 150-369642,

**rozhodl takto:**

### I.

**Zadavatel** – Thomayerova nemocnice, IČO 00064190, se sídlem Vídeňská 800, Krč, 140 00 Praha 4 – při zadávání veřejné zakázky „Dodávky ZP-IVD - Soupravy pro imunofenotypizaci buněčných populací (CD znaky) a zapůjčení zařízení pro tuto analýzu – opakovaná veřejná zakázka“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 6. 2019 a uveřejněno

ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 6. 2019 pod ev. č. Z2019-021536, ve znění oprav uveřejněných dne 1. 8. 2019 a dne 5. 8. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 28. 6. 2019 pod ev. č. 2019/S 123-299777, ve znění oprav uveřejněných dne 2. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 148-364426 a dne 6. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 150-369642, **postupoval v rozporu s § 36 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, neboť nestanovil jednoznačně a určitě svůj požadavek na předmět plnění**, jelikož ze zadávací dokumentace, s ohledem na znění vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 22. 7. 2019, konkrétně odpovědi na dotaz č. 7, ve spojení s nastavením kritéria hodnocení č. 3 „Stejný výrobce: analyzátoru, reagentii, interní kontroly kvality a systému pro přesné stanovení absolutního počtu buněk“ v bodu 16 zadávací dokumentace, jednoznačně nevyplývá, zda zadavatel požaduje nabídnout reagentie, interní kontroly kvality, systém pro přesné stanovení absolutního počtu buněk a analyzátor od stejného výrobce či nikoliv, čímž zadavatel nestanovil a neposkytl dodavatelům zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení a stanovil tak zadávací podmínky v rozporu s citovaným zákonem.

## II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Thomayerova nemocnice, IČO 00064190, se sídlem Vídeňská 800, Krč, 140 00 Praha 4 – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 263 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší zadávací řízení** na veřejnou zakázku – „Dodávky ZP-IVD - Soupravy pro imunofenotypizaci buněčných populací (CD znaky) a zapůjčení zařízení pro tuto analýzu – opakovaná veřejná zakázka“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 6. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 6. 2019 pod ev. č. Z2019-021536, ve znění oprav uveřejněných dne 1. 8. 2019 a dne 5. 8. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 28. 6. 2019 pod ev. č. 2019/S 123-299777, ve znění oprav uveřejněných dne 2. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 148-364426 a dne 6. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 150-369642.

## III.

**Zadavateli** – Thomayerova nemocnice, IČO 00064190, se sídlem Vídeňská 800, Krč, 140 00 Praha 4 – se podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. S0309/2019/VZ **ukládá zákaz uzavřít smlouvu** v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Dodávky ZP-IVD - Soupravy pro imunofenotypizaci buněčných populací (CD znaky) a zapůjčení zařízení pro tuto analýzu – opakovaná veřejná zakázka“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 6. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 6. 2019 pod ev. č. Z2019-021536, ve znění oprav uveřejněných dne 1. 8. 2019 a dne 5. 8. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 28. 6. 2019 pod ev. č. 2019/S 123-299777, ve znění oprav uveřejněných dne 2. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 148-364426 a dne 6. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 150-369642.

## IV.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení

o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, se zadavateli – Thomayerova nemocnice, IČO 00064190, se sídlem Vídeňská 800, Krč, 140 00 Praha 4 – **ukládá**

**uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč** (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Thomayerova nemocnice, IČO 00064190, se sídlem Vídeňská 800, Krč, 140 00 Praha 4 (dále jen „zadavatel“) – jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) zahájil dne 26. 6. 2019 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Dodávky ZP-IVD - Soupravy pro imunofenotypizaci buněčných populací (CD znaky) a zapůjčení zařízení pro tuto analýzu – opakovaná veřejná zakázka“. Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 28. 6. 2019 pod ev. č. Z2019-021536, ve znění oprav uveřejněných dne 1. 8. 2019 a dne 5. 8. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 28. 6. 2019 pod ev. č. 2019/S 123-299777, ve znění oprav uveřejněných dne 2. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 148-364426 a dne 6. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 150-369642 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky jsou podle bodu II.2.4) oznámení o zahájení zadávacího řízení „a)  *dodávky originálních reagentů a originálního provozního spotřebního materiálu k materiálnímu zajištění imunofenotypizací buněčných populací pomocí vhodně značených protilátek (blíže viz příloha č. 1 a 2 zadávací dokumentace) b) bezplatné zapůjčení a instalace vhodného analytického systému na zpracování diagnostik (blíže viz zadávací dokumentace)*“.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla podle bodu II.1.5) oznámení o zahájení zadávacího řízení zadavatelem stanovena na 5 600 000 Kč bez DPH.
4. Dne 28. 7. 2019 doručil dodavatel – I.T.A.-Intertact s.r.o., IČO 65408781, se sídlem Revoluční 1546/24, Nové Město, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“) – zadavateli své námitky proti zadávacím podmínkám z téhož dne (dále jen „námitky“). Rozhodnutím o námitkách ze dne 1. 8. 2019, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne (dále jen „rozhodnutí o námitkách“) zadavatel námitky navrhovatele odmítl s výjimkou námítky týkající se hodnotícího kritéria č. 4, které zadavatel vyhověl.
5. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 12. 8. 2019 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Stejnopis návrhu obdržel zadavatel téhož dne.
6. Dne 12. 8. 2019 doručil navrhovatel zadavateli námitky proti úkonu zadavatele, kterým zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek. Rozhodnutím o námitkách ze dne 16. 8. 2019, které bylo navrhovateli doručeno dne 19. 8. 2019, zadavatel námitky odmítl. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval předmětný úkon zadavatele za souladný se zákonem,

učinil dne 28. 8. 2019 podání u Úřadu, kterým svůj návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 12. 8. 2019 v tomto ohledu doplnil.

## II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

7. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 správního řádu bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dne 12. 8. 2019, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele.
8. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel.
9. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S0309/2019/VZ-22444/2019/532/VZi ze dne 14. 8. 2019.
10. Výrokem 1. usnesení č. j. ÚOHS-S0309/2019/VZ-24728/2019/532/LOh ze dne 6. 9. 2019 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Výrokem 2. citovaného usnesení stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu, a to podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.

### Obsah návrhu

11. Návrh směřuje proti zadávacím podmínkám, neboť tyto jsou dle navrhovatele diskriminační a porušují zásadu rovného zacházení dle § 6 odst. 2 zákona. Podle názoru navrhovatele zadávací podmínky bezdůvodně zvýhodňují určitého účastníka příp. účastníky zadávacího řízení v rozporu s § 36 odst. 1 zákona. Navrhovatel dále upozorňuje na rozpornost a nesprávnost zadávací dokumentace u požadavku zadavatele na dodávky originálních reagensů a originálního provozního spotřebního materiálu. Navrhovatel rovněž namítá neprodloužení lhůty pro podání nabídek v návaznosti na změnu zadávacích podmínek a dále rozporuje postup zadavatele při prodloužení lhůty pro podání nabídek, která byla dle navrhovatele prodloužena až po jejím skončení.
12. V úvodu návrhu navrhovatel rekapituluje zadávací řízení se stejným předmětem plnění, která byla realizována v letech 2017 a 2019, a která byla zadavatelem zrušena. Navrhovatel se domnívá, že předmětná zadávací řízení mohla být zrušena z důvodu, že by nevyhrál zadavatelem předem zvolený účastník. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel je předem rozhodnutý, které zařízení chce vybrat a tomu přizpůsobil i nově stanovené zadávací podmínky, zejména způsob hodnocení nabídek (stanovení dílčích hodnotících kritérií). Tyto úvahy dle navrhovatele potvrzuje i skutečnost, že zadavatel na předmět plnění veřejné zakázky opakovaně uzavírá s danou společností (Becton Dickinson Czechia, s.r.o) smlouvy o výpůjčce analyzátorů.
13. Navrhovatel namítá nepřezkoumatelnost rozhodnutí o námitkách a domnívá se, že zadavatel se nevypořádal s námitkami v souladu se zákonem, neboť podle jeho názoru část námitek vypořádal pouze v obecné rovině a k některým namítaným skutečnostem se nevyjádřil vůbec. V této souvislosti navrhovatel odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu zabývající se problematikou rozhodnutí o námitkách a povinnostmi zadavatele ve vztahu k podaným

námítkám (rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0098/2017/VZ-12065/2017/523/ASo ze dne 27. 4. 2017).

14. Navrhovatel má za to, že hodnotící kritérium č. 3 „Stejný výrobce analyzátoru, reagensů, interní kontroly kvality a systému pro přesné stanovení absolutního počtu buněk“ s vahou 25 %, která byla změněna z původní hodnoty 20 % na základě oznámení zadavatele o změně zadávacích podmínek a o prodloužení lhůty pro podání nabídek (uveřejněné dne 1. 8. 2019 na profilu zadavatele), je nepřiměřené, diskriminační a netransparentní. Navrhovatel konstatuje, že požadovaný přístroj (pro zapůjčení) je otevřeným systémem tzn., že existují jednak výrobci/dodavatelé předmětného zdravotnického prostředku, kteří zároveň nevyrábí reagensie, interní kontrolu kvality a systém pro stanovení absolutního počtu buněk (dále také jen „doplňky“), a dále existují výrobci těchto doplňků, kteří nevyrábí přístroje. Všichni tito výrobci dle navrhovatele deklarují, že se jedná o otevřený systém, kdy přístroje i doplňky jsou vyráběny tak, aby byly vzájemně plně kompatibilní, tzn. způsobilé pro použití spotřebního materiálu od různých výrobců, pokud je tento materiál výrobcem určen pro klinické použití (CE-IVD označení). Navrhovatel doplňuje, že tato skutečnost o kombinaci zdravotnických prostředků a zachování označení in vitro je přímo obsažena v zákoně o zdravotnických prostředcích (zákon č. 268/2014 Sb.).
15. Navrhovatel se domnívá, že hodnotící kritérium č. 3 jednoznačně zvýhodňuje určitou skupinu výrobců/dodavatelů bez ohledu na přínos, resp. bez jakéhokoliv vlivu na výsledek činností prováděných zadavatelem s předmětným zařízením. Navrhovateli není jasné, jaká výhoda by zadavateli plynula ze skutečnosti, že analyzátor i doplňky budou mít stejného výrobce. Tvrzení zadavatele (uvedené v rozhodnutí o námítkách), podle něhož dané technické řešení zvolil z důvodu negativních zkušeností při měření v minulosti (opakované chybné výsledky), kdy přechodně testoval spotřební materiál od jiného výrobce, než byl výrobce analyzátoru, považuje navrhovatel za naprosto obecné a nepřezkoumatelné zdůvodnění. K tvrzení zadavatele uvedenému v rozhodnutí o námítkách, že danou podmínku na trhu splňuje několik dodavatelů, navrhovatel uvádí, že ačkoliv zadavatelem protěžované řešení zdánlivě nespovídá pouze určitému dodavateli, fakticky tomu tak ale není, neboť jeden ze dvou možných výrobců by dle navrhovatele nedokázal splnit všechny požadavky na technickou specifikaci analyzátoru.
16. Navrhovatel konstatuje, že na nesprávnost daného požadavku hodnotícího kritéria č. 3 upozornil zadavatele již v rámci žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace a současně zadavateli nabídl řešení např. v podobě písemného prohlášení výrobců s garancí vzájemné plné kompatibility analyzátoru a nabízených reagensů, garantující a zabezpečující vzájemnou plnou kompatibilitu tak, že nedochází k chybným výsledkům měření (ani k žádným potřebám opakovaných měření, příp. ohrožení zdraví či života pacientů). Tím, že zadavatel řešení navrhovatele zamítl, posílil dle navrhovatele jeho podezření, že v daném případě zadavateli nejde o bezproblémový provoz zařízení, ale o snahu omezit hospodářskou soutěž a pořídit si zařízení preferované zadavatelem bez konkrétních důvodů oproti zařízení nabízenému navrhovatelem, které je stejně výkonné, ovšem ekonomicky výhodnější.
17. Navrhovatel má za to, že hodnotící kritérium č. 3, tj. požadavek na stejného výrobce analyzátorů a doplňků je v podstatě technickým požadavkem, byť zadavatelem přímo jako technický požadavek předmětu veřejné zakázky stanoven nebyl a výrazně ovlivňuje průběh veřejné zakázky, zejména hodnocení. Navrhovatel v této souvislosti uvádí, že stanovení

zadávacích podmínek ve smyslu § 36 odst. 1 zákona v návaznosti na technické podmínky ve smyslu § 89 odst. 5 zákona vedoucí k omezení některých produktů a následné eliminaci dodavatelů, kteří takové produkty dodávají, může být provedena pouze na základě technických důvodů, které odrážejí technické požadavky zadavatele na funkčnost a vlastnosti předmětu plnění veřejné zakázky a technické podmínky nelze založit na „umělých“ požadavcích. Navrhovatel v této souvislosti odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu, konkrétně rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0218/2016/VZ-21421/2016/542/JVo ze dne 12. 12. 2016 a dodává, že se musí jednat o parametry vyžadované odůvodněnou potřebou zadavatele. Dle navrhovatele však objektivní důvody pro takto stanovenou zadávací podmínku neexistují, ačkoliv zadavatel v rozhodnutí o námitkách tvrdí opak, když uvádí, že tímto důvodem je snaha o co nejpřesnější výsledky měření bez nutnosti jejich opakování a dále, že má právo zvýhodnit systém, který je ověřen zadavatelem i renomovanými poskytovateli zdravotní péče.

18. Navrhovatel uvádí, že shodné technické řešení, které hodlá nabídnout v rámci předmětné veřejné zakázky (v rozsahu požadovaného analyzátoru, spotřebního materiálu i reagensů), je v provozu u řady renomovaných poskytovatelů zdravotní péče v České republice zabývajících se stejnou laboratorní diagnostikou, tj. imunofenotypizací buněčných populací pro laboratorní diagnostiku pacientů, včetně komplexního souboru vyšetření bronchoalveonární lavážní tekutiny, např. v Nemocnici Na Homolce, VFN v Praze a FN v Olomouci.
19. Argumentaci zadavatele odůvodňující požadavek na hodnotící kritérium č. 3, že ověřený systém (analyzátor a reagensie od stejného výrobce) zabezpečí kvalitu výsledků měření a zamezí možnému zvyšování nákladů způsobených opakovaným měřením u systému, který nemá žádné reference pro měření absolutního počtu buněk při imunofenotypizaci bronchoalveolárních laváží v České republice, považuje navrhovatel za fabulaci ze strany zadavatele. Navrhovatel odmítá, že jím nabízený systém by neměl žádné reference a dodává, že uvedl renomovaná pracoviště, která disponují shodným technickým řešením, byť zadavatel tvrdí, že tvrzení navrhovatele nejsou pravdivá, neboť ve FN Olomouc i VFN v Praze se požadovaná vyšetření provádí za pomoci analyzátorů a reagensů od stejného výrobce. Navrhovatel dále uvádí příklad jiných laboratorních zařízení disponujících nabízeným zařízením (Laboratoře MIKROCHEM, a.s. a NL – BioLAB s.r.o.) a doplňuje odkazy (z Registru smluv) na smlouvy o výpůjčce přístroje a náhodně vybrané objednávky požadovaných reagensů u vybraných poskytovatelů zdravotní péče (Nemocnice na Homolce, Nemocnice s poliklinikou Havířov, příspěvková organizace a FN Olomouc), které dle navrhovatele potvrzují jím uvedené skutečnosti.
20. Vzhledem k výše uvedenému je navrhovatel přesvědčen, že zadávací řízení porušuje zásady transparentnosti a přiměřenosti dle § 6 odst. 1 zákona a zásadu rovného zacházení dle § 6 odst. 2 zákona.
21. Navrhovatel je dále přesvědčen, že zadávací podmínky si odporují a jsou nejednoznačné a zmatečné, což odůvodňuje následovně. Navrhovatel požádal zadavatele o vysvětlení zadávací dokumentace, konkrétně o vysvětlení pojmu „originální“, a to v souvislosti s požadavkem zadavatele v předmětu plnění veřejné zakázky na dodávky „originálních“ reagensů a „originálního“ provozního spotřebního materiálu. Navrhovatel má za to, že zadavatel svou odpovědí zapříčinil, že si zadávací dokumentace protiřečí. Na jedné straně

totiž dle navrhovatele zadávací dokumentace uvádí, že od stejného výrobce musejí být reagenie, analyzátor, interní kontrola kvality a systém pro stanovení absolutního počtu buněk (což navrhovatel odvozuje z vysvětlení zadávací dokumentace – odpovědi zadavatele na dotaz č. 7), na druhé straně pak za to samé zadávací dokumentace v rámci hodnotícího kritéria č. 3 přiděluje 20 % váhu při hodnocení nabídek. Navrhovatel konstatuje, že obligatorní požadavek zadavatele se tak stává předmětem hodnocení fakultativního kritéria hodnocení, což z hlediska zadávání veřejných zakázek postrádá smysl. Navrhovatel má za to, že zadavatel svou odpovědí: „(...) zároveň zadavatel požaduje, že nabízené reagenie, analyzátor a další (interní kontroly kvality a systému pro přesné stanovení počtu buněk) musí pocházet od stejného, tedy originálního výrobce.“ stanovil jednoznačný požadavek na předmět plnění pouze od stejného výrobce, přičemž neuvedl, že tento požadavek požaduje až v hodnotícím kritériu č. 3. Na podporu svých tvrzení zadavatel odkazuje na související rozhodovací praxi Úřadu (rozhodnutí č. j. S249/2012/VZ-8167/2013/550/HKu ze dne 3. 5. 2013; rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0054/2017/VZ-15994/2017/322/KBe ze dne 25. 5. 2017) i soudů (rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012; rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 86/2008-222 ze dne 25. 3. 2009) k problematice jednoznačnosti a přesnosti zadávací dokumentace související s transparentností zadávání veřejných zakázek.

22. Navrhovatel dále namítá, že výše uvedeným vysvětlením zadávací dokumentace (provedeným dne 22. 7. 2019, tj. 7 dnů před koncem lhůty pro podání nabídek) zadavatel změnil zadávací podmínky ve smyslu § 99 zákona, když nově definoval pojem „originální“ jako „od stejného výrobce“, aniž by současně přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání nabídek (a umožnil dodavatelům přizpůsobit se této změně), přičemž uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele. Navrhovatel odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu zabývající se danou problematikou (rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0255/2018/VZ-26514/2018/522/NRi ze dne 11. 9. 2018).
23. Navrhovatel dále napadá nezákonnost postupu zadavatele, kdy po uplynutí lhůty pro podání nabídek prodloužil zadavatel tuto lhůtu o 4 kalendářní dny se zdůvodněním, aby mohl posoudit oprávněnost podaných námitek, popř. opravit zadávací podmínky, což následně udělal a prodloužil lhůtu pro podání nabídek o celou její původní délku. Navrhovatel upozorňuje, že zadavatel uveřejnil na svém profilu oznámení o prodloužení lhůty pro podání nabídek cca 3,5 hod. po skončení této lhůty.
24. Závěrem navrhovatel připojuje demonstrativní výčet ustanovení zákona, které dle jeho názoru zadavatel porušil (§ 6, § 36, § 39, § 89, § 99 a § 245) a konstatuje, že v důsledku nesprávného postupu zadavatele byl poškozen na svých právech, když se nemohl úspěšně účastnit předmětného zadávacího řízení, přestože disponuje přístrojem a dalším příslušenstvím, které by mohl zadavatel pro účely dané veřejné zakázky bez problémů využívat. Zadavatel rovněž upozorňuje na újmu, která mu vznikla, a to ušlý zisk za nezískání veřejné zakázky a právo na řádnou a spravedlivou hospodářskou soutěž.
25. Vzhledem k výše uvedenému navrhovatel navrhuje, aby Úřad zadavateli uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku.

**Vyjádření zadavatele k návrhu**

26. Ve svém vyjádření k návrhu ze dne 19. 8. 2019, které bylo Úřadu doručeno dne 21. 8. 2019, zadavatel vyjadřuje přesvědčení o svém transparentním a nediskriminačním postupu v zadávacím řízení. Zadavatel předně sděluje, že nesouhlasí s tvrzeními a argumenty navrhovatele a upozorňuje, že navrhovatel opakovaně napadá zadávací řízení na daný předmět plnění veřejné zakázky.
27. Zadavatel uvádí, že navrhovatel se snaží nabídnout reagentie a analyzátor od různých výrobců (nejde o jednotnou sadu od stejného výrobce) a může tak nabídnout sice levnější řešení, ale na úkor kvality, která je však pro zadavatele v daném případě zásadní, neboť zadavatel potřebuje získat velmi kvalitní reagentie spolehlivě reagující na analyzátor stejného výrobce jako je výrobce reagentií i na vzorky, u nichž není dostatečný počet vyšetřovaných buněk. Jde především o vyšetření tzv. plicních bronchoalveolárních výplachů, kde citlivost reagentie (kvalita jejího chemického složení) je primární. Zadavatel uvádí, že u vzorků odebíraných z krve pacientů je ve většině případů dostatek buněk pro vyšetření i na tzv. složené soupravě (kdy analyzátor a reagentie nejsou od stejného výrobce), kdežto u vyšetřování plicních balů to dle zadavatele nefunguje. Nedostatek buněk u málopočetných laváží se dle zadavatele velmi negativně odráží při používání monoklonálních protilátek od „méně renomovaných výrobců“, které na imunofenotypizačním vyšetření způsobují nepřesnost výsledků měření, kdy hrozí opakování vyšetření, přičemž řada pacientů musí podstoupit toto vysoce invazivní vyšetření v hluboké sedaci nebo v celkové anestezii. Zadavatel konstatuje, že žádné zdravotnické zařízení na vyšetřování plicních balů (pokud stanovuje širší spektrum vyšetřovaných markerů a hodnotí četnost buněk v laváži), nepoužívá monoklonální protilátky (reagentie) od výrobce, kterého zastupuje navrhovatel. Zadavatel dodává, že jeho Plicní klinika je celorepublikovým pneumologickým centrem pro multirezistentní TBC a jedním z republikových center pro léčbu alveolární pneumonie. Přesnost výsledků vyšetření plicních balů je proto pro zadavatele stěžejní a ohrožení správnosti výsledků klinických měření by vedlo k ohrožení zdraví a života pacientů.
28. Zadavatel upozorňuje, že navrhovatel založil svoji argumentaci na tom, že reagentie a analyzátory jsou apriori výrobci stavěny jako otevřený systém (zejména však pro vyšetření krevních vzorků), a proto navrhovatel tvrdí, že požadavek zadavatele na dodávku reagentií a analyzátoru od stejného výrobce (jako zvýhodňující subkritérium) je diskriminační. Zadavatel dodává, že v minulosti zkoušel (v testovacím provozu) provádět měření v otevřeném systému zapůjčeném navrhovatelem, avšak výsledky měření početně nízkobuněčných plicních laváží byla natolik nepřesná, že testovací provoz musel být ukončen.
29. Zadavatel rovněž uvádí, že „(...) nemohl vypsát zadávací podmínky přímo tak, aby nabídku mohli podat pouze dodavatelé, kteří nabízejí reagentie a analyzátory od stejného výrobce.“. Jako důvod uvádí skutečnost, že někteří výrobci reagentií a analyzátorů deklarují své výrobky jako otevřený systém, kdy lze reagentie jednoho výrobce použít na analyzátoru jiného výrobce, a to zejména pro klinická měření z krevních vzorků. Zadavatel se domnívá, že když nastavil způsob hodnocení podle ekonomické výhodnosti, kde jedním z dílčích kritérií hodnocení je zvýhodnění nabídky dodavatele nabízejícího reagentie a analyzátor od stejného výrobce, je takový požadavek přiměřený povaze a předmětu veřejné zakázky a v souladu se zákonem i rozhodovací praxí Úřadu.



30. Zadavatel uvádí, že k jednotlivým navrhovatelem namítaným skutečnostem se v rámci vyřizování námitek vyjádřil. Dále dodává, že je v jeho zájmu co nejrychleji zdárně dokončit zadávací řízení. Podle názoru zadavatele na trhu existuje prokazatelně více potencionálních dodavatelů, kteří jsou schopni splnit stanovené zadávací podmínky, přičemž žádný jiný z těchto dodavatelů napadené zadávací podmínky nezpochybňuje, neuvádí jejich formulační nejasnost ani diskriminační charakter.

### **Doplnění návrhu**

31. Dne 28. 8. 2019 doručil navrhovatel Úřadu dokument označený jako „Doplnění Návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů Zadavatele ze dne 12.08.2019“, v němž uvádí, že v návaznosti na další úkony zadavatele (prodloužení lhůty pro podání nabídek dne 29. 7. 2019) podal dne 12. 8. 2019 námitky, které zadavatel rozhodnutím o námitkách ze dne 16. 8. 2019 odmítl. Navrhovatel je přesvědčen, že postup zadavatele, kterým zadavatel dne 29. 7. 2019 prodloužil lhůtu pro podání nabídek, není v souladu se zákonem a z toho důvodu doplňuje svůj návrh ze dne 12. 8. 2019 o přezkum uvedeného postupu.
32. Úřad podotýká, že navrhovatel uvedeným doplněním návrhu prohloubil svoji argumentaci k namítanému nezákonnému prodloužení lhůty pro podání nabídek (viz bod 23. odůvodnění tohoto rozhodnutí), uplatněnou v návrhu ze dne 12. 8. 2019, kterou zde dále doplnil o vyjádření reagující na skutečnosti uvedené zadavatelem v rozhodnutí o námitkách ze dne 16. 8. 2019 (pozn. Úřadu: navrhovatel ve stejný den, tj. 12. 8. 2019, uplatnil argumentaci k namítanému nezákonnému prodloužení lhůty pro podání nabídek v rámci podaného návrhu a rovněž v rámci námitek podaných zadavateli.).
33. Navrhovatel opakovaně upozorňuje na skutečnost, že zadavatel dne 29. 7. 2019 ve 12:33:55 hodin uveřejnil na svém profilu oznámení o prodloužení lhůty pro podání nabídek, tj. 3 hodiny 33 minut a 55 sekund po skončení lhůty pro podání nabídek (která byla stanovena na 29. 7. 2019 do 9:00 hodin). Navrhovatel dodává, že zadavatel tímto úkonem prodloužil lhůtu pro podání nabídek nejdříve o 4 kalendářní dny (do 2. 8. 2019 do 9:00 hodin) a následně dne 1. 8. 2019 uveřejnil na svém profilu oznámení o prodloužení lhůty pro podání nabídek do 2. 9. 2019 do 9:00 hodin.
34. V návaznosti na argumentaci zadavatele uvedenou v rozhodnutí o námitkách ze dne 16. 8. 2019, podle níž zadavatel provedl změnu zadávacích podmínek, kterou prodloužil lhůtu pro podání nabídek v rámci elektronického nástroje dne 29. 7. 2019 již v 8 hodin 58 minut, navrhovatel uvádí, že pokud zadavatel provede jakoukoliv změnu či doplnění zadávací dokumentace, je povinen tuto úpravu (tj. změnu či doplnění) uveřejnit nebo oznámit dodavatelům, a to totožným způsobem, jakým byla zadávací podmínka dotčená danou úpravou původně uveřejněna nebo oznámena. Dodává, že postup zadavatele při změně či doplnění zadávacích podmínek zahrnuje dva kroky, přičemž první spočívá ve vlastním provedení změny zadávacích podmínek, a druhý navazující krok představuje obligatorní uveřejnění anebo oznámení úpravy zadávacích podmínek. Navrhovatel připouští, že první krok zadavatel stihl dvě minuty před koncem lhůty pro podání nabídek, ale upozorňuje, že druhý krok, tedy uveřejnění změny zadávací dokumentace (oznámení zadavatele o prodloužení lhůty pro podání nabídek) provedl zadavatel opožděně.

35. Podle názoru navrhovatele je právě výše zmiňovaný druhý krok velmi důležitý pro dodavatele mající zájem na získání veřejné zakázky. Navrhovatel se domnívá, že by mohla například nastat situace, kdy by nějakému dodavateli pomohlo, a kdyby lhůta pro podání nabídek byla cca o 3,5 hodiny delší. Navrhovatel se domnívá, že újma takového dodavatele je nespecifikovatelná.
36. Navrhovatel je toho názoru, že zadavatel opožděným uveřejněním oznámení o prodloužení lhůty pro podání nabídek porušil zásadu přiměřenosti a transparentnosti, neboť potenciální dodavatelé se o takovéto změně nemohli dozvědět v přiměřené lhůtě před koncem lhůty pro podání nabídek. Navrhovatel nesouhlasí se zadavatelem, který odůvodňuje pozdní uveřejnění tohoto oznámení objektivním důvodem, neboť objektivním důvodem by dle navrhovatele mohla být např. živelná pohroma, revoluce apod., nikoliv však nepřítomnost statutárního orgánu, která je dle navrhovatele důvodem subjektivním. Současně navrhovatel upozorňuje na pověření, kterým byl stanoven zástupce statutárního orgánu na období od 29. 7. 2019 do 2. 8. 2019, který dle navrhovatele mohl oznámení o prodloužení lhůty pro podání nabídek podepsat. Navrhovatel dodává, že podle jeho názoru mohl zadavatel s odkazem na ust. § 211 odst. 5 zákona uveřejnit předmětné oznámení i bez uznávaného elektronického podpisu. Navrhovatel dále polemizuje nad skutečností, kdo ve skutečnosti rozhodl o prodloužení lhůty v elektronickém nástroji Tenderarena, a zda k takovému rozhodnutí byl vůbec oprávněn. Dále opakuje, že zadavatel měl pouze dvě možnosti, jak se vypořádat s námitkami navrhovatele, podanými dne 28. 7. 2019, a sice posoudit podané námitky a současně hodnotit a posoudit podané nabídky nebo posoudit podané námitky jako oprávněné a zadávací řízení zrušit, neboť vady po lhůtě pro podání nabídek už nelze nijak zhojit.
37. Dále navrhovatel doplňuje argumentaci k tvrzení zadavatele, podle něhož docházelo v minulosti k chybným výsledkům měření, když testoval spotřební materiál od jiného výrobce, než byl výrobce analyzátoru. Navrhovatel je toho názoru, že ani stejný výrobce analyzátoru a spotřebního materiálu nijak negarantuje, že nedojde k chybným výsledkům měření. Dodává, že si zadavatel musí být vědom toho, že navrhovatelem nabízené reagenty a interní kontrola kvality jsou z více jak 90 % tvořeny materiálem vyrobeným stejným výrobcem, vyrábějícím rovněž nabízený přístroj/analyzátor a pouze tři položky jsou od jiných výrobců. Navrhovatel upozorňuje, že žádnou z těchto 3 položek spotřebního materiálu v minulosti zadavateli nikdy nedodal a tento je tedy ani nemohl testovat.
38. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad jeho návrhu v plném rozsahu vyhověl a rozhodl tak, že zadavateli uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.

#### **Vyjádření navrhovatele k podkladům pro vydání rozhodnutí**

39. Dne 11. 9. 2019 doručil navrhovatel Úřadu dokument označený jako „Vyjádření účastníka řízení navrhovatele I.T.A.-Intertact s.r.o., IČ 65408781, se sídlem Revoluční 1546/24, 110 00 Praha 1 k podkladům rozhodnutí dle § 261 odst. 3 Zákona a doložení nové skutečnosti“, v němž uvádí, že s ohledem na nově získanou informaci dokládá další důkaz potvrzující neoprávněnost kritéria hodnocení č. 3. Navrhovatel navazuje na skutečnosti, které uvedl již v podaném návrhu a jeho doplnění, že ani stejný výrobce analyzátoru a spotřebního materiálu nezaručuje, že nedojde k chybným výsledkům měření, přičemž chybovost zdravotnických prostředků IVD spadá v rámci České republiky pod oznamovací

povinnost Státního ústavu pro kontrolu léčiv a tento byl dle navrhovatele opakovaně upozorněn výrobcem na nesprávné fungování reagensů z portfolia zadavatelem preferovaného dodavatele. Navrhovatel k této skutečnosti přikládá žádosti Státního úřadu pro kontrolu léčiv o sdělení informací a o zaslání podkladů ve věci monitorování bezpečnostního nápravného opatření týkajícího se zdravotnických prostředků výrobce Becton Dickinson and Company, BD Biosciences, USA, které dle jeho názoru jednoznačně prokazují tvrzení navrhovatele. Navrhovatel doplňuje, že daný důkaz nemohl předložit Úřadu dříve, neboť se o něm dozvěděl až zveřejněním v Registru smluv publikovaným dne 6. 9. 2019. Navrhovatel opakuje, že zadavatel stanovením předmětného kritéria hodnocení cílí k omezení hospodářské soutěže a bezdůvodnému zvýhodnění předem vybraného dodavatele zdravotnického zařízení.

### III. Závěry Úřadu

40. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o zadávacím řízení a stanovisek předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### **Relevantní ustanovení zákona**

41. Dle ustanovení § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
42. Dle ustanovení § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
43. Dle ustanovení § 36 odst. 3 zákona zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.

#### **Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení**

44. V bodě 1. „Popis předmětu veřejné zakázky“ zadávací dokumentace, uveřejněné na profilu zadavatele dne 28. 6. 2019, je uvedeno následující:

»I. Předmětem veřejné zakázky jsou:

a)  **dodávky originálních reagensů a originálního provozního spotřebního materiálu k materiálnímu zajištění imunofenotypizací buněčných populací pomocí vhodně značených protilátek v rozsahu uvedeném v příloze č. 1 a 2 této zadávací dokumentace (dále též jen „ZD“)**

b)  **bezplatné zapůjčení a instalace:**

- vhodného analytického systému na zpracování diagnostik (digitálního průtokového cytometru) včetně řídicího počítače a tiskárny, se zajištěním jeho případné modernizace za dobu plnění předmětu veřejné zakázky
- bezplatné stanovení podmínek pro bezpečný a správný provoz analytického systému (teplotní rozsah, maximální povolená vlhkost, rozměry, hmotnost, příkon

*analytického systému a podmínky napojení na odpad uvede uchazeč v rámci nabídky)*

- *bezplatná doprava všech věcných položek na místo určení a užití*
- *bezplatná instalace a uvedení do provozu jednotlivých zapůjčených zařízení, včetně ověření jejich funkčnosti:*
  - *připojení zařízení na potřebná media, odpady a zdroje energií*
  - *připojení a datová komunikace zařízení s LIS zadavatele*
- *bezplatná dodávka reagensů potřebných pro počáteční verifikace všech metod*
- *bezplatné poskytnutí PC pro obsluhu systému, včetně monitoru, klávesnice, myši, čtečky čárových kódů a laserové tiskárny.*
- *externí HD pro simultánní úschovu naměřených dat*
- *bezplatná dodávka SW pro správu dat a sledování toku vzorků celým analytickým systémem a komunikaci s analyzátory a LIS (SW pro standardizaci pracovních postupů a validaci výsledků umožňující technickou validaci dat podle kritérií zadaných uživatelem, sledování výkonu laboratoře a dohledatelnost všech operací uživatele)*
- *bezplatné zaškolení obsluhy*
- *veškeré další s instalací související náklady (pojištění, bankovní poplatky, clo atd.)*

*c) zajištění bezplatných servisních služeb pro zapůjčené přístrojové vybavení. (...)*

*Předmět veřejné zakázky (reagencie a originální provozní spotřební materiál k materiálnímu zajištění stanovení imunofenotypizace buněčných populací (CD markery) a analyzátor k jejich vyšetření musí splňovat všechny předepsané normy a musí být v souladu s platnou legislativou pro tuto oblast zejména:*

- *se zákonem č. 268/2014 Sb., o zdravotnických prostředcích v platném znění: nařízeními vlády ke zdravotnickým prostředkům č. 54/2015 Sb., č. 55/2015 Sb., č. 56/2015 Sb.) a vyhláškou č. 62/2015;*
- *se zákonem č. 102/2001 Sb., o obecné bezpečnosti výrobků, ve znění pozdějších předpisů;*
- *se zákonem č. 22/1997 Sb., o technických požadavcích na výrobky a o změně a doplnění některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů a jeho příslušnými prováděcími nařízeními vlády a vyhláškami vztahujícími se k problematice zdravotnických prostředků a*
- *s harmonizovanými českými technickými normami a ostatními ČSN vztahujícími se k předmětu plnění VZ.*
- *dodavatel / výrobce má zaveden funkční systém vigilance - sledování všech dodávaných ZP IVD výrobků ke konečnému uživateli, neprodlené akce a reakce v souvislosti s vigilančními kroky výrobců a SUKL se všemi povinnostmi a následky z jejich neplnění (např. náhrady škody v případě poškození pacienta atd., viz zákon č. 268/2014 Sb., ve znění pozdějších předpisů).*

II. Podrobná technická specifikace požadavků na reagentie a originální provozní spotřební materiál k materiálnímu zajištění stanovení imunofenotypizace je uvedena v příloze č. 2. ZD.

III. Podrobná technická specifikace na analyzátory je uvedena v příloze č. 3 této ZD. (...).“

45. V bodě 16. „Způsob hodnocení nabídek (§ 114 ZZVZ)“ zadávací dokumentace, uveřejněné na profilu zadavatele dne 28. 6. 2019, je uvedeno následující:

„Hodnocení nabídek bude provedeno podle § 114 odst. 2. ZZVZ tak, že zadavatel bude hodnotit podle **ekonomické výhodnosti takto:**

<b>Kriterium č. 1</b>	<b>Nejnižší nabídková cena</b>	<b>Váha 60%</b>
<b>Kriterium č. 2</b>	<b>Optimalizace fluorochromů a monoklonálních protilátek tak, aby každé jednotlivé vyšetření bylo provedeno maximálně ve 2 zkumavkách (2 zkumavky na krev a 2 zkumavky na BAL)</b>	<b>Váha 5%</b>
<b>Kriterium č. 3</b>	<b>Stejný výrobce: analyzátoru, reagentii, interní kontroly kvality a systému pro přesné stanovení absolutního počtu buněk</b>	<b>Váha 20%</b>
<b>Kriterium č. 4</b>	<b>Tovární připravenost analyzátoru pro dodatečnou instalaci třetího laseru bez nutnosti dodatečného upravování cytometru, a tak zvýšení počtu citlivých detektorů na 10 (tj. 8 fluorescenčních detektorů a 2 detektory pro měření rozptylu světla v přímém a kolmém směru (FSC, SSC).</b>	<b>Váha 15%</b>

(Uvedený počet % bude přidělen jen při úplném splnění požadavku, částečné splnění = 0 %)

Způsob hodnocení:

Kriterium č. 1

Ceny uchazečů budou seřazeny vzestupně, nejnižší ceně bude přiřazeno 100%, další nabídkové ceny budou hodnoceny **podle vzorce  $100 \times N/A$**  (kde **N** je nejnižší nabídková cena a **A** je cena právě hodnocené nabídky).

Kriterium č. 2 - 4 (fakultativní kritéria)

Účastník zadávacího řízení splnění/nesplnění těchto fakultativních kritérií vepíše slovy ANO/NE do přílohy č. 3 ZD (technické požadavky na reagentie a technické požadavky na analytický systém, do tabulky fakultativní kritéria). Jednotlivým dílčím hodnotícím kritériím č. 2 až č.4 zadavatel stanovil váhy v procentech podle jejich důležitosti. Hodnocení bude provedeno tak, že nabídce splňující obsah těchto kritérií bude přiděleno 100 bodů a vynásobeno váhou v % každého jednotlivého kritéria.

Na základě součtu výsledných hodnot u jednotlivých nabídek bude stanoveno pořadí úspěšnosti jednotlivých nabídek tak, že jako nejúspěšnější bude stanovena nabídka, která dosáhla nejvyšší hodnoty.“

46. V bodě 16. „Způsob hodnocení nabídek (§ 114 ZZVZ)“ zadávací dokumentace, ve znění upraveném v rámci „OZNÁMENÍ ZADAVATELE O ZMĚNĚ ZADÁVACÍCH PODMÍNEK

A O PRODLOUŽENÍ LHŮTY PRO PODÁNÍ NABÍDEK“ ze dne 1. 8. 2019, uveřejněném na profilu zadavatele téhož dne, je uvedeno následující:

„Hodnocení nabídek bude provedeno podle § 114 odst. 2. ZZVZ tak, že zadavatel bude hodnotit podle **ekonomické výhodnosti takto**:

<b>Kriterium č. 1</b>	<b>Nejnižší nabídková cena</b>	<b>Váha 60%</b>
<b>Kriterium č. 2</b>	<b>Optimalizace fluorochromů a monoklonálních protilátek tak, aby každé jednotlivé vyšetření bylo provedeno maximálně ve 2 zkumavkách (2 zkumavky na krev a 2 zkumavky na BAL)</b>	<b>Váha 15%</b>
<b>Kriterium č. 3</b>	<b>Stejný výrobce: analyzátoru, reagensii, interní kontroly kvality a systému pro přesné stanovení absolutního počtu buněk</b>	<b>Váha 25%</b>

(Uvedený počet % bude přidělen jen při úplném splnění požadavku, částečné splnění = 0 %)

Způsob hodnocení:

Kriterium č. 1

Ceny uchazečů budou seřazeny vzestupně, nejnižší ceně bude přiřazeno 100%, další nabídkové ceny budou hodnoceny **podle vzorce  $100 \times N/A$**  (kde **N** je nejnižší nabídková cena a **A** je cena právě hodnocené nabídky).

Kriteria č. 2 - 3 (fakultativní kritéria)

Účastník zadávacího řízení splnění/nesplnění těchto fakultativních kritérií vepíše slovy ANO/NE do přílohy č. 3 ZD (technické požadavky na reagentie a technické požadavky na analytický systém, do tabulky fakultativní kritéria). Jednotlivým dílčím hodnotícím kritériím č. 2 až č.3 zadavatel stanovil váhy v procentech podle jejich důležitosti. Hodnocení bude provedeno tak, že nabídce splňující obsah těchto kritérií bude přiděleno 100 bodů a vynásobeno váhou v % každého jednotlivého kritéria.

Na základě součtu výsledných hodnot u jednotlivých nabídek bude stanoveno pořadí úspěšnosti jednotlivých nabídek tak, že jako nejúspěšnější bude stanovena nabídka, která dosáhla nejvyšší hodnoty.“

47. V příloze č. 3 „Požadavky na analytický systém – technická specifikace“ zadávací dokumentace, uveřejněné na profilu zadavatele dne 28. 6. 2019, je uvedeno následující:

	»Specifikace	Splnění kritéria účastník zadávacího řízení doplní slovem „ano“
1.	Stolní, plně digitální, klinický (CE IVD) průtokový cytometr.	
2.	Dva excitační pevnolátkové lasery	
3.	8 detektorů (tj. 6 a více fluorescenčních detektorů a 2 detektory pro	

	<i>měření rozptylu světla v přímém a kolmém směru (FSC, SSC).</i>	
4.	<i>Součástí dodávky je pracovní stanice, monitor, klávesnice a myš, tiskárna a současně akviziční a analytický software.</i>	
5.	<i>(...)</i>	

**Nesplnění kteréhokoliv požadavku uvedeného v tabulce bude důvodem k vyřazení nabídky.**

<b>Fakultativní kritéria</b>		<b>Splňuje: ANO/NE</b>
1.	<b><i>Optimalizace fluorochromů a monoklonálních protilátek tak, aby každé jednotlivé vyšetření bylo provedeno maximálně ve 2 zkumavkách (2 zkumavky na krev a 2 zkumavky na BAL).</i></b>	
2.	<b><i>Stejný výrobce analyzátoru, reagensů, interní kontroly kvality a pomocných roztoků a systému pro přesné stanovení absolutního počtu buněk</i></b>	
3.	<b><i>Tovární připravenost analyzátoru pro dodatečnou instalaci třetího laseru bez nutnosti dodatečného upravování cytometru, a tak zvýšení počtu citlivých detektorů na 10 (tj. 8 fluorescenčních detektorů a 2 detektory pro měření rozptylu světla v přímém a kolmém směru (FSC, SSC).</i></b>	

**Fakultativní kritéria jsou předmětem hodnocení (viz čl. 16 ZD). (...)**

48. V příloze č. 3 „Požadavky na analytický systém – technická specifikace“ zadávací dokumentace, ve znění upraveném v rámci „OZNÁMENÍ ZADAVATELE O ZMĚNĚ ZADÁVACÍCH PODMÍNEK A O PRODLOUŽENÍ LHŮTY PRO PODÁNÍ NABÍDEK“ ze dne 1. 8. 2019, uveřejněném na profilu zadavatele téhož dne, je uvedeno následující:

	<i>»Specifikace</i>	<i>Splnění kritéria účastník zadávacího řízení doplní slovem „ano“</i>
1.	<i>Stolní, plně digitální, klinický (CE IVD) průtokový cytometr.</i>	
2.	<i>Dva excitační pevnolátkové lasery</i>	
3.	<i>8 detektorů (tj. 6 a více fluorescenčních detektorů a 2 detektory pro měření rozptylu světla v přímém a kolmém směru (FSC, SSC).</i>	
4.	<i>Součástí dodávky je pracovní stanice, monitor, klávesnice a myš, tiskárna a současně akviziční a analytický software.</i>	

5.	(...)	
----	-------	--

**Nesplnění kteréhokoliv požadavku uvedeného v tabulce bude důvodem k vyřazení nabídky.**

<b>Fakultativní kritéria</b>		<b>Splňuje: ANO/NE</b>
1.	<b>Optimalizace fluorochromů a monoklonálních protilátek tak, aby každé jednotlivé vyšetření bylo provedeno maximálně ve 2 zkumavkách (2 zkumavky na krev a 2 zkumavky na BAL).</b>	
2.	<b>Stejný výrobce analyzátoru, reagensů, interní kontroly kvality a pomocných roztoků a systému pro přesné stanovení absolutního počtu buněk</b>	

**Fakultativní kritéria jsou předmětem hodnocení (viz čl. 16 ZD). (...)**«.

49. V dokumentu označeném zadavatelem jako „Dodatečné informace č. 4-9“, uveřejněném na profilu zadavatele dne 22. 7. 2019, zodpověděl zadavatel dotazy k zadávací dokumentaci ze dne 17. 7. 2019, mj. dotaz č. 7, a to následovně:

**„Text dotazu:**

*Zadavatel v předmětu veřejné zakázky požaduje dodávky originálních reagensů a originálního provozního spotřebního materiálu. A dále Zadavatel požaduje, že předmět veřejné zakázky musí splňovat všechny předepsané normy a musí být v souladu s platnou legislativou pro tuto oblast. Pokud dodavatel nabídne dodávky reagensů a provozního spotřebního materiálu, které splňují všechny předepsané normy a budou v souladu s platnou legislativou pro tuto oblast, jedná se o originální reagensie a originální provozní spotřební materiál?*

**Odpověď zadavatele:**

***Dodavatel musí nabídnout reagensie a provozní spotřební materiál, které splňují všechny předepsané normy IVD a jsou v souladu s platnou legislativou pro tuto oblast, zároveň zadavatel požaduje, že nabízené reagensie, analyzátor a další (interní kontroly kvality a systému pro přesné stanovení absolutního počtu buněk) musí pocházet od stejného, tedy originálního výrobce.***

*Pozn. Všechny reagensie a materiály dodávané do zdravotnických laboratoří musí obecně splňovat legislativní požadavky IVD. Tím však ještě není zaručena jejich originalita, kterou požaduje zadavatel, tj. aby pocházely od stejného tedy originálního výrobce. (viz odpověď na dotaz č. 7)“.*

50. V rozhodnutí o námitkách, v části „K námitce č. 2“ je uvedeno:

*»Zadávací podmínky si neprotiřečí. Zadavatel v odpovědi na dotaz č. 7 odpovídal na dotaz, „zda když dodavatel nabídne reagensie a provozní spotřební materiál, které splní všechny předepsané normy a budou v souladu s platnou legislativou pro tuto oblast, jedná se*



*o originální reagentie a originální provozní spotřební materiál“. Nešlo tedy o dotaz na originální reagentie a originální analyzátor (od stejného výrobce), což je právě požadavek stanovený až ve fakultativním hodnotícím kritériu č. 3.«.*

### **K výroku I. tohoto rozhodnutí**

51. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že řádné stanovení zadávacích podmínek je jednou ze základních povinností zadavatele v rámci zadávacího řízení a má výrazný dopad na další průběh zadávacího řízení. Odpovědnost za nastavení zadávacích podmínek leží plně na zadavateli, přičemž tento nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele, jak ostatně explicitně plyne z ustanovení § 36 odst. 3 zákona. Zadávací dokumentaci, jež v sobě obsahuje zadávací podmínky, je nutno považovat za soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek, které tvoří nejvýznamnější dokument, na jehož základě dodavatelé zpracovávají své nabídky, a proto musí být zpracována dostatečně konkrétně a podrobně tak, aby dodavatelé mohli podat vzájemně porovnatelné nabídky. V tomto smyslu se vyjádřil rovněž Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 9 Afs 30/2010-182 ze dne 16. 11. 2010, když uvedl, že *„(...) zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Za jeho zpracování je plně odpovědný zadavatel a je povinen ho zpracovat dostatečně kvalitně a s patřičnou odborností tak, aby na jeho základě bylo možno podat odpovídající a především vzájemně porovnatelné nabídky.“*. Úřad předesílá, že byť se citované rozsudky týkaly předchozí právní úpravy, tj. zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jsou závěry v nich vyjádřené plně aplikovatelné i na současnou právní úpravu, tj. na zákon č. 134/2016Sb., o zadávání veřejných zakázek, neboť smysl a účel nastavení zadávacích podmínek (zadávací dokumentace) je shodný (viz § 44 předchozí právní úpravy a § 36 zákona). Uvedené přitom platí i ve vztahu k navazující odkazované judikatuře.
52. Význam kvality zpracování zadávací dokumentace lze z pohledu zadavatele spatřovat v tom, že dodavatelé na jejím základě podají vzájemně porovnatelné nabídky, které umožní zadavateli jejich hodnocení dle stanovených kritérií hodnocení. V této souvislosti Úřad odkazuje např. na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 33/2007 ze dne 20. 3. 2008, v němž uvedený soud judikoval, že *„[z]adávací dokumentací se tedy rozumí souhrn všech konkrétních požadavků zadavatele na zpracování nabídky. Z těchto požadavků pak následně, nad rámec kritérií obsažených v oznámení zadávacího řízení, vyplynou i podrobná pravidla pro určení, která nabídka je pro zadavatele nejvýhodnější a která se tak stane nabídkou vítěznou. Základem zadávací dokumentace je tedy co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky, provedené natolik podrobným, srozumitelným a co do významu jednotlivých údajů jednoznačným způsobem, který umožní samotné sestavení nabídky, její následné transparentní hodnocení zadavatelem a poté i následné objektivní přezkoumání toho, zda zadavatel hodnotil nabídky takovým způsobem, jakým měl.“*
53. Požadavek jednoznačnosti, konkrétnosti a přesnosti zadávací dokumentace plyne rovněž z obecné zásady transparentnosti uvedené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona. Zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek je totiž vedle zásady přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, která musí být zadavatelem

bezvýhradně dodržována v celém průběhu zadávacího řízení. Otázkou zásady transparentnosti se již opakovaně zabývaly soudy i Úřad. Např. v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 bylo judikováno, že *„[ú]kolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“*

54. Úřad doplňuje, že velmi rozsáhle se zásadou transparentnosti zabýval Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, který potvrzuje interpretaci Krajského soudu v Brně podanou v rozsudku č. j. 62 Ca 31/2008-114 ze dne 19. 1. 2010 tak, že požadavek na transparentnost není splněn tehdy, pokud jsou v zadatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Navíc je tento závěr rovněž v plném souladu s výkladem této zásady ze strany Soudního dvora Evropské unie, např. stanoviskem generální advokátky Christine Stix-Hackl ze dne 12. 4. 2005 ve věci C-231/03 Coname, které shrnuje dosavadní judikaturu Soudního dvora Evropské Unie, a k problému uvádí, že *„transparentnost podle směrnic obsahuje více než pouhé aspekty spojené s publicitou konkrétních zadávacích řízení“*. Princip transparentnosti představuje naopak vůdčí zásadu pro celé zadávací řízení, která v sobě zahrnuje rovněž například přezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele a obecně objektivní postup během zadávacího řízení.
55. Obdobný názor je přitom patrný i z ustálené rozhodovací praxe Úřadu, kdy je kladen důraz na to, aby požadavky zadavatele byly v zadávací dokumentaci vymezeny především objektivně, tj. takovým způsobem, který bude vnímán a chápán všemi dotčenými subjekty, čili jak zadavatelem, tak i dodavateli, identickým způsobem. Požadavky zadavatele musí být rovněž stanoveny jednoznačně, tj. nesmí dávat žádný prostor pro pochybnosti či jejich rozdílný výklad. Je tedy na místě konstatovat, že neurčitosti v nastavení zadávacích podmínek nemohou jít k tíži dodavatelů (účastníků), neboť stanovit zadávací podmínky přesně a jednoznačně je povinností, jež stíhá výlučně zadavatele. Z výše uvedeného tak vyplývá, že zadávací podmínky, vymezující požadavky zadavatele v zadávacím řízení, musí být, s ohledem na dodržení zásady transparentnosti, nastaveny jasně, srozumitelně, určitě a jednoznačně tak, aby nepřipouštěly rozdílný výklad.
56. V šetřeném případě zadavatel stanovil v bodu 1. „Popis předmětu veřejné zakázky“ zadávací dokumentace, že předmět plnění veřejné zakázky tvoří dodávky originálních reagensů a originálního provozního spotřebního materiálu k materiálnímu zajištění imunofenotypizací buněčných populací (dále také jen „komponenty“ nebo „komponenty nezbytné pro provedení imunofenotypizační analýzy“), bezplatné zapůjčení a instalace analyzátoru (tj. vhodného analytického systému na zpracování diagnostik) včetně souvisejícího vybavení a dále zajištění bezplatných servisních služeb. Předmět plnění veřejné zakázky musí dále podle tohoto bodu zadávací dokumentace splňovat předepsané normy a musí být v souladu s příslušnou legislativou (viz bod 44. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel tedy podle

výše uvedeného bodu zadávací dokumentace požaduje mj. dodat originální reagentie, originální provozní spotřební materiál a zapůjčit analyzátor.

57. Zadavatel v zadávací dokumentaci rovněž stanovil, že bude podané nabídky hodnotit podle ekonomické výhodnosti, a to podle nejnižší nabídkové ceny a podle splnění/nesplnění fakultativních kritérií, přičemž jedno z těchto kritérií definoval jako **„Stejný výrobce: analyzátoru, reagentii, interní kontroly kvality a systému pro přesné stanovení absolutního počtu buněk“** (dále také jen „kritérium č. 3“) (viz bod 45. a 46. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Údaje o splnění či nesplnění kritéria č. 3 jsou dodavatelé povinni zaznamenat do přílohy č. 3 „Požadavky na analytický systém – technická specifikace“ zadávací dokumentace (viz bod 47. a 48. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z této přílohy mj. vyplývá, že dodavatel, musí splnit vyjma fakultativních kritérií všechny požadavky zadavatele na technickou specifikaci analyzátoru, jinak bude jeho nabídka ze zadávacího řízení vyřazena. Z uvedeného plyne, že zadavatel při hodnocení nabídek bude lépe hodnotit takového dodavatele, který bude nabízet analyzátor, reagentie, interní kontrolu kvality a systém pro přesné stanovení absolutního počtu buněk od stejného výrobce. Z uvedeného zadání lze rovněž dovodit, že pokud by potenciální dodavatel tuto podmínku nespĺňoval (tj. nabízel by analyzátor a komponenty od jiných výrobců), a měl by zájem v předmětném zadávacím řízení uspět, musel by zadavateli nabídnout takovou nabídkovou cenu, která by v rámci hodnocení ostatních nabídek byla schopná úspěšně konkurovat, a to zejména nabídkovým cenám dodavatelů nabízejících analyzátor i příslušné komponenty od stejného výrobce, protože tito dodavatelé by v rámci hodnocení navíc profitovali ze zisku bodů za splnění předmětného fakultativního kritéria (kritéria č. 3). Nicméně z tohoto znění zadávací dokumentace jednoznačně plyne, že se zadávacího řízení mohou účastnit i dodavatelé, kteří nebudou nabízet analyzátor a k němu požadovaný spotřební materiál či příslušenství (viz výše) od stejného výrobce, avšak skutečnost spočívající v nabídnutí či nenabídnutí těchto výrobků od jednoho či více výrobců bude mít odraz v hodnocení nabídek.
58. V návaznosti na uvedené skutečnosti lze z obsahu zadávací dokumentace dovodit, že zadavatel požaduje dodání/zapůjčení určitých výrobků, které musí splňovat požadované normy a legislativní požadavky. Dále je zřejmé, že zadavatel favorizuje takové plnění, které splní podmínku stejného výrobce u analyzátoru, reagentii, interní kontroly kvality a systému pro přesné stanovení absolutního počtu buněk. Lze tedy konstatovat, jak bylo uvedeno již výše, že zadavatel připouští rovněž plnění, které podmínku stejného výrobce u výše jmenovaných částí předmětu plnění nespĺňuje, avšak taková nabídka bude hůře hodnocena v rámci dílčího kritéria č. 3.
59. Z vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 22. 7. 2019 vyplývá, že zadavatel obdržel ke znění zadávací dokumentace následující dotaz: *„Zadavatel v předmětu veřejné zakázky požaduje dodávky originálních reagentii a originálního provozního spotřebního materiálu. A dále Zadavatel požaduje, že předmět veřejné zakázky musí splňovat všechny předepsané normy a musí být v souladu s platnou legislativou pro tuto oblast. Pokud dodavatel nabídne dodávky reagentii a provozního spotřebního materiálu, které splňují všechny předepsané normy a budou v souladu s platnou legislativou pro tuto oblast, jedná se o originální reagentie a originální provozní spotřební materiál?“* (dotaz č. 7), na který zadavatel odpověděl následovně: **„Dodavatel musí nabídnout reagentie a provozní spotřební materiál, které splňují všechny předepsané normy IVD a jsou v souladu s platnou legislativou pro tuto**

**oblast, zároveň zadavatel požaduje, že nabízené reagentie, analyzátor a další (interní kontroly kvality a systému pro přesné stanovení absolutního počtu buněk) musí pocházet od stejného, tedy originálního výrobce. Pozn. Všechny reagentie a materiály dodávané do zdravotnických laboratoří musí obecně splňovat legislativní požadavky IVD. Tím však ještě není zaručena jejich originalita, kterou požaduje zadavatel, tj. aby pocházely od stejného tedy originálního výrobce. (viz odpověď na dotaz č. 7)**“.

60. V odpovědi reagující na podaný dotaz tedy zadavatel uvedl, že reagentie a provozní spotřební materiál musí splňovat předepsané normy a příslušné legislativní požadavky a současně musí nabízené reagentie, **analyzátor**, interní kontroly kvality a systém pro přesné stanovení absolutního počtu buněk pocházet od stejného výrobce. Pokud jde o výklad pojmu „originální“, z odpovědi zadavatele vyplývá, že zadavatel tím myslí „od stejného výrobce“, neboť uvádí, že originalita reagentií a materiálů dodávaných do zdravotnických zařízení je zaručena v případě, že reagentie a tyto materiály budou pocházet od stejného (originálního) výrobce.
61. Úřad podotýká, že výše uvedenou odpověď zadavatel podal, aby objasnil pojem „originální“ ve vztahu k reagentiím a provoznímu spotřebnímu materiálu (tj. vysvětlil význam spojení „originální reagentie“ a „originální provozní spotřební materiál“). Zadavatel tedy na otázku ohledně významu slova „originální“, resp. na dotaz, zda splnění požadovaných norem a legislativy u reagentií a provozního spotřebního materiálu zaručí originalitu těchto výrobků, upřesnil, že originalitou je myšlen požadavek na stejného výrobce. Současně však na dotaz, který směřoval pouze k reagentiím a provoznímu spotřebnímu materiálu odpověděl, že stejného výrobce požaduje u **analyzátoru**, reagentií, interní kontroly kvality a systému pro přesné stanovení absolutního počtu buněk. Ve vztahu k dotazu č. 7 lze tedy konstatovat, že zadavatel upřesnil, co znamená pojem „originální“, když vyvrátil domněnku tazatele, že originalita reagentií a provozního spotřebního materiálu je zajištěna pouze splněním legislativních požadavků a norem, avšak současně svou odpovědí nad rámec uvedeného dotazu stanovil, že podmínku stejného výrobce musí splňovat spolu s reagentiemi a spotřebním materiálem rovněž analyzátor.
62. V kontextu zadavatelem podaného vysvětlení pojmu „originální“ (tj. od stejného výrobce) Úřad upozorňuje, že v bodu 1. „Popis předmětu veřejné zakázky“ zadávací dokumentace jsou tímto pojmem označeny pouze reagentie a provozní spotřební materiál, nikoliv však analyzátor. Z právě uvedeného by tedy vyplynulo, že zadavatel požaduje splnit podmínku na stejného výrobce jen u reagentií a provozního spotřebního materiálu, ne však u analyzátoru, neboť v textu této kapitoly ani jinde v zadávací dokumentaci není u slova analyzátor uveden pojem „originální“. Stejně tak z kontextu znění zadávací dokumentace jako celku, před poskytnutím vysvětlení zadávací dokumentace na dotaz č. 7, nebylo dle názoru Úřadu možno dovodit, že by zadavatel požadoval analyzátor a s ním další požadované plnění dodat od jediného výrobce. Zadavatel však ve vysvětlení zadávací dokumentace uvedl, že podmínku stejného výrobce musí splnit kromě reagentií a provozního spotřebního materiálu rovněž analyzátor. Dle názoru Úřadu právě tato odpověď – vysvětlení zadávací dokumentace – na dotaz č. 7, kde zadavatel výslovně uvádí, že „*požaduje, že nabízené reagentie, analyzátor a další (...) musí pocházet od stejného, tedy originálního výrobce*“ je schopna v dodavatelích vyvolat dojem, že zadavatel skutečně požaduje veškerý předmět plnění dodat od jediného výrobce. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že již ve fázi odpovědi na dotaz č. 7

zadavatel podal matoucí vysvětlení, neboť z jedné jeho části lze dovést, že požadavek na stejného výrobce je v zadávací dokumentaci stanoven pouze u reagentů a provozního spotřebního materiálu, avšak v jiné části vysvětlení zadavatel požaduje stejného výrobce navíc i u analyzátoru, přičemž zadavatel v rozhodnutí o námitkách i ve vyjádření k návrhu právě výklad vyplývající z vysvětlení zadávací dokumentace předložený Úřadem výše (ve shodě s argumentací navrhovatele) demontuje. Úřad však má za to, že s ohledem na znění vysvětlení zadávací dokumentace v reakci na dotaz č. 7 je možno znění zadávací dokumentace chápat tak, že zadavatel požaduje i dodání samotného analyzátoru vč. dalšího plnění s tím souvisejícího od jediného (originálního) výrobce, a je tedy možno vnímat posun ve vymezení předmětu veřejné zakázky oproti tomu, jak byl specifikován v bodě 1. „Popis předmětu veřejné zakázky“ zadávací dokumentace.

63. Úřad má za to, že zadavatel výše zmíněným vysvětlením zadávací dokumentace posunul vymezení původního předmětu plnění veřejné zakázky do jiné roviny, protože až dosud ze zadávací dokumentace striktní požadavek na stejného výrobce analyzátoru i komponentů nevyplýval, což ostatně potvrzoval i zadavatelem nastavený systém hodnocení, podle něhož jsou dodavatelé dodávající analyzátor, reagentie, interní kontroly kvality a systém pro přesné stanovení absolutního počtu buněk od stejného výrobce lépe hodnocení v rámci dílčího kritéria hodnocení č. 3. Z výše uvedeného vysvětlení zadávací dokumentace lze tedy znění zadávací dokumentace chápat tak, že na původně nepovinný požadavek zadavatele na stejného výrobce analyzátoru a komponentů nezbytných pro provedení imunofenotypizační analýzy lze (po vysvětlení zadávací dokumentace) nahlížet de facto jako na povinný.
64. Jak však vyplývá z rozhodnutí o námitkách či z vyjádření zadavatele k návrhu, zadavatel výše popsaný nový výklad (změnu) zadávacích podmínek nepřipouští, naopak setrvává na tom, že požadavek na stejného výrobce analyzátoru a komponentů vnímá jako nepovinný. V rozhodnutí o námitkách zadavatel jednoznačně vyloučil rozpornost zadávacích podmínek a uvedl, že jeho odpověď na dotaz č. 7 byla koncipována pouze ve vztahu k originálním reagentiím a originálnímu provoznímu spotřebnímu materiálu, nikoli ve vztahu k originálnímu analyzátoru (viz bod 50. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a ve vyjádření k návrhu mj. uvedl, že „(...) nemohl vypsát zadávací podmínky přímo tak, aby nabídku mohli podat pouze dodavatelé, kteří nabízejí reagentie a analyzátory od stejného výrobce.“ (viz bod 29. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Uvedené však neodpovídá výše dovozenému závěru Úřadu, že zadavatel zcela pregnantně uvedl v odpovědi na dotaz č. 7, že stejný výrobce musí být i u analyzátoru, tzn. analyzátor vč. všech komponentů má být od stejného výrobce. Zadavatel jím předestřený výklad zadávací dokumentace rovněž odůvodňuje s ohledem na nastavení kritérií hodnocení. Dle nastavení kritérií hodnocení v zadávací dokumentaci je zřejmé, že zadavatel chce lépe hodnotit takového dodavatele, který nabídne analyzátor a komponenty od stejného výrobce. Lze tedy důvodně předpokládat, že pokud bude podmínka uvedená v kritériu hodnocení č. 3 dodavatelem splněna, bude vnímána zadavatelem jako „bonus“ a nikoliv jako splnění povinného požadavku. Jakkoliv tedy z postupu zadavatele vyplývá, že zadavatel odmítá zařazení příslušné podmínky na stejného výrobce přímo do předmětu plnění šetřené veřejné zakázky, tzn. jako obligatorní podmínku účasti zadávacího řízení, nelze s ohledem na znění odpovědi na dotaz č. 7 s jistotou uzavřít, že požadavek na stejného výrobce reagentií, analyzátoru, interní kontroly kvality a systému pro přesné stanovení absolutního počtu buněk není součástí předmětu plnění, neboť toto ze

současného znění zadávací dokumentace nevyplývá, resp. minimálně tato odpověď činí vymezení předmětu veřejné zakázky zmatečným. Ačkoliv je totiž zadavatel přesvědčen, že v interpretaci zadávací dokumentace neexistuje v kontextu provedeného vysvětlení rozpor (a v tomto ohledu i navrhovatele ujišťuje), Úřad se domnívá, že prostor pro rozdílný výklad zadávacích podmínek nepochybně existuje. Zadavatel musí přistupovat k tvorbě zadávacích podmínek a celé zadávací dokumentace, včetně jejího vysvětlení, zodpovědně, tedy tak, aby zadávací podmínky byly formulovány jasně a srozumitelně, a aby tyto neobsahovaly rozpory a nepůsobily na dodavatele zmatečně. Skutečnost, že zadavatel navrhovatel v rozhodnutí o námitkách (a obdobně se vyjádřil i v průběhu správního řízení) sdělil, že nepožaduje dodání analyzátoru a všech s ním souvisejících komponentů od jediného výrobce, nemůže zhojit fakt, že tato skutečnost srozumitelně nevyplývá ze zadávací dokumentace ve znění vysvětlení zadávací dokumentace.

65. Úřad v návaznosti na výše uvedené konstatuje, že zadavatel provedeným vysvětlením zadávací dokumentace způsobil, že zadávací podmínky v současné podobě působí zmatečně a nejsou jednoznačné. Existuje totiž pochybnost, co vlastně zadavatel poptává, tzn. jestli požaduje dodat analyzátor a komponenty pro provedení imunofenotypizační analýzy (reagencie, interní kontroly kvality a systém pro přesné stanovení absolutního počtu buněk) pocházející od stejného výrobce nebo zda se může výrobce dodaného analyzátoru lišit od výrobce komponentů, a kdo tedy, resp. s jakým plněním se může zadávacího řízení účastnit, aby byly splněny požadavky stanovené zadavatelem. Potenciální dodavatel si na základě předmětného vysvětlení zadávací dokumentace může rovněž oprávněně klást otázku, z jakého důvodu je v zadávací dokumentaci uvedeno kritérium hodnocení č. 3, kterým zadavatel zjišťuje, zda dodavatel nabízí analyzátor a komponenty pro provedení imunofenotypizační analýzy od stejného výrobce, když požadavek na stejného výrobce je už de facto součástí samotného předmětu plnění. Úřad podotýká, že v kontextu Úřadem provedeného výkladu (ve shodě s argumentací navrhovatele), že analyzátor i komponenty musí pocházet od stejného výrobce, vyznívá kritérium hodnocení č. 3 poněkud zvláště, neboť toto kritérium hodnotí povinnou vlastnost nabízeného plnění, a tedy každý dodavatel by měl toto kritérium v intencích toho, jakým způsobem zadavatel vyložil zadávací podmínky v rámci vysvětlení zadávací dokumentace v reakci na dotaz č. 7, naplnit. V návaznosti na výše uvedené vysvětlení zadávací dokumentace lze tak ve vztahu k nastavenému způsobu hodnocení dovodit, že zadavatel lépe ohodnotí de facto všechny dodavatele ucházející se o veřejnou zakázku, protože všichni tito dodavatelé mají povinnost splnit požadavek na stejného výrobce analyzátoru a komponentů, v tomto případě pak kritérium č. 3 postrádá smysl. Avšak ani tento fakt, případná nelogičnost nastavení kritéria hodnocení, nemůže vést k závěru, že ze zadávacích podmínek je zřejmé, jakým způsobem je vymezen předmět veřejné zakázky. Úřad konstatuje, že na základě uvedených skutečností tedy nelze dospět k jednoznačnému závěru, jakým způsobem zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky, neboť s ohledem na obsah odpovědi zadavatele na dotaz č. 7 jsou zadávací podmínky nejasné.

#### **K přezkoumatelnosti rozhodnutí zadavatele o námitkách**

66. Ve vztahu k argumentaci navrhovatele, podle níž zadavatel nevypořádal dostatečně rozhodnutí o námitkách, Úřad uvádí následující. Úřad posoudil obsah rozhodnutí o námitkách ve vztahu k obsahu podaných námitek a dospěl k závěru, že zadavatel

v předmětném rozhodnutí vypořádal všechny podané námitky. Úřad nikterak nezpochybnuje, že si lze představit i podrobněji vypořádaný obsah jednotlivých namítaných skutečností, nicméně má za to, že se navrhovateli od zadavatele dostala vůči všem namítaným skutečnostem dostatečná zpětná vazba v tom smyslu, aby byl navrhovatel srozuměn s tím, proč zadavatel jednotlivým namítaným skutečnostem nevyhověl. Úřad uvádí, že z obsahu rozhodnutí o námitkách je zřejmé, že v případě vypořádání námítky týkající se rozpornosti, potažmo změny zadávací dokumentace a případného neprodloužení lhůty pro podání nabídek v návaznosti na změnu zadávací dokumentace, která namítanou rozpornost způsobila, se zadavatel vyjádřil v tom smyslu, že rozpor či nejednoznačnost v zadávací dokumentaci neshledal. V návaznosti na uvedenou skutečnost tedy lze považovat za vypořádanou nejen argumentaci týkající se rozpornosti zadávací dokumentace, ale i argumentaci ve vztahu k neprodloužení lhůty pro podání nabídek, neboť pokud zadavatel nepovažuje zadávací podmínky za změněné, je zřejmé, že nehodlá přistoupit ani k prodloužení lhůty pro podání nabídek v návaznosti na tuto (ne)změnu. Úřad podotýká, že na uvedeném závěru nemůže nic měnit ani skutečnost, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách dospěl ve vztahu k rozpornosti zadávací dokumentace k jinému závěru než Úřad v tomto rozhodnutí. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyložil svůj právní názor na namítanou skutečnost, který sice není shodný jak s názorem navrhovatele, tak, s ohledem na výše uvedené v tomto rozhodnutí, i názor Úřadu, avšak tato skutečnost neznamena, že by rozhodnutí o námitkách bylo zadavatelem učiněno v rozporu se zákonem. Úřad nad rámec uvedeného uvádí, že z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že v návaznosti na vyhovění jedné z námítek zadavatel souběžně s vydáním rozhodnutí o námitkách změnil zadávací podmínky a prodloužil lhůtu pro podání nabídek. Pro úplnost Úřad podotýká, že ani sám navrhovatel nijak blíže v návrhu nekonkretizuje, v čem, resp. v jakých namítaných skutečnostech spatřuje nepřezkoumatelnost rozhodnutí o námitkách a v tomto ohledu uplatnil pouze velmi obecnou námitku.

#### **K dalším v návrhu namítaným skutečnostem**

67. Navrhovatel ve svém návrhu namítá další případná pochybení, kterých se měl zadavatel v zadávacím řízení dopustit. Úřad k tomu uvádí, že výše uvedená navrhovatelem namítaná pochybení zadavatele nijak nepřehlídí, avšak s ohledem na skutečnost, že z předložené dokumentace o zadávacím řízení Úřad zjistil, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem (viz výrok I. tohoto rozhodnutí), v důsledku čehož Úřad rozhodl o zrušení zadávacího řízení, považuje za nadbytečné zabývat se ostatními argumenty navrhovatele. Úřad má za to, že šetření dalších skutečností uvedených v návrhu by nemohlo mít na výsledek rozhodnutí Úřadu (tj. na to, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem, důsledkem čehož je přijetí nápravného opatření dle ustanovení § 263 odst. 3 zákona – zrušení zadávacího řízení) vliv. Úřad tak postupuje v souladu s konstantní rozhodovací praxí, podle níž zkoumání dalších důvodů pro uložení nápravného opatření je nadbytečné, existuje-li alespoň jeden oprávněný důvod. Takový postup v rámci přezkumu je nejen v souladu s rozhodovací praxí Úřadu a správních soudů, ale je zejména v souladu se zásadou procesní ekonomie zakotvenou v § 6 odst. 2 správního řádu. Je tedy neúčelné, aby se Úřad věcně zabýval všemi možnými důvody pro uložení nápravného opatření a k prokázání či vyvrácení jejich existence prováděl rozsáhlé dokazování, jež neúměrně zatíží účastníky řízení i Úřad, a případně též nedůvodně pozdrží průběh zadávacího řízení. Pokud tedy Úřad dospěl k závěru, že důvod pro uložení nápravného opatření existuje, je zkoumání

existence dalších důvodů, jež by případně vedly k přijetí téhož nápravného opatření, nadbytečné.

68. Úřad v návaznosti na výše uvedené konstatuje, že zadavatel, nestanovil jednoznačně svůj požadavek na předmět plnění veřejné zakázky, v důsledku čehož může být zadávací dokumentace interpretována různými způsoby a není tak jasné s jakým nabízeným plněním se mohou dodavatelé hlásit do zadávacího řízení (tak aby splnili základní požadavek zadavatele na předmět veřejné zakázky). Popsaná nejasnost zadávacích podmínek mohla v krajním případě odradit potenciální dodavatele (zamýšlející účastnit se zadávacího řízení s nabídkou analyzátoru a komponentů pro provedení imunofenotypizační analýzy od různých výrobců) od účasti v zadávacím řízení, neboť mohli zadávací podmínky interpretovat určitým, ač třeba zadavatelem nezamýšleným, způsobem (z nepovinného požadavku na stejného výrobce analyzátoru a komponentů pro provedení imunofenotypizační analýzy se v kontextu vysvětlení zadávací dokumentace mohl předmětný požadavek jevit jako závazný), a v důsledku toho vyhodnotit, že nejsou schopni podat konkurenceschopnou nabídku, příp. mohli v důsledku této nejasnosti na podání nabídky zcela rezignovat. S ohledem na výše popsanou zmatečnost vysvětlení však rovněž nelze vyloučit, že potenciální dodavatele mohla od účasti v zadávacím řízení odradit samotná rozpornost odpovědi zadavatele v rámci vysvětlení zadávací dokumentace. Dle názoru Úřadu, není možno považovat nejasnosti uvedené v zadávací dokumentaci (mající přímý vliv na specifikaci předmětu veřejné zakázky) za okrajové, nepodstatné, či nevýznamné. Dle Úřadu proto takto stanovené zadávací podmínky nelze označit za transparentní.
69. Na základě všech shora uvedených skutečností tak Úřad uzavírá, že zadavatel postupoval při zadávání veřejné zakázky v rozporu s § 36 odst. 3 zákona, v návaznosti na zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 zákona, neboť nestanovil jednoznačně a určitě svůj požadavek na předmět plnění, jelikož ze zadávací dokumentace, s ohledem na znění vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 22. 7. 2019, konkrétně odpovědi na dotaz č. 7, ve spojení s nastavením kritéria hodnocení č. 3 „Stejný výrobce: analyzátoru, reagentii, interní kontroly kvality a systému pro přesné stanovení absolutního počtu buněk“ v bodu 16 zadávací dokumentace, jednoznačně nevyplývá, zda zadavatel požaduje nabídnout reagentie, interní kontroly kvality, systém pro přesné stanovení absolutního počtu buněk a analyzátor od stejného výrobce či nikoliv, čímž zadavatel nestanovil a neposkytl dodavatelům zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení a stanovil tak zadávací podmínky v rozporu s citovaným zákonem.
70. Vzhledem k výše uvedenému proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

#### **K výroku II. tohoto rozhodnutí – uložení nápravného opatření**

71. Podle § 263 odst. 3 zákona stanoví-li zadavatel zadávací podmínky v rozporu s tímto zákonem, Úřad uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.
72. V případě, že jsou zadávací podmínky stanoveny v rozporu se zákonem, není v dané situaci možné k dosažení nápravy protiprávního stavu uložit jiné nápravné opatření, než nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.



73. Úřad ve výroku I. tohoto rozhodnutí konstatoval, že zadavatel postupoval při zadávání veřejné zakázky v rozporu s § 36 odst. 3 zákona, v návaznosti na zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 zákona, neboť nestanovil jednoznačně a určitě svůj požadavek na předmět plnění, jelikož ze zadávací dokumentace, s ohledem na znění vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 22. 7. 2019, konkrétně odpovědi na dotaz č. 7, ve spojení s nastavením kritéria hodnocení č. 3 „Stejný výrobce: analyzátoru, reagentii, interní kontroly kvality a systému pro přesné stanovení absolutního počtu buněk“ v bodu 16 zadávací dokumentace, jednoznačně nevyplývá, zda zadavatel požaduje nabídnout reagentie, interní kontroly kvality, systém pro přesné stanovení absolutního počtu buněk a analyzátor od stejného výrobce či nikoliv, čímž zadavatel nestanovil a neposkytl dodavatelům zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení a stanovil tak zadávací podmínky v rozporu s citovaným zákonem.
74. Vzhledem k tomu, že došlo k naplnění podmínky dle § 263 odst. 3 zákona, je Úřad povinen rozhodnout o uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení. S ohledem na výše uvedené skutečnosti rozhodl Úřad o uložení nápravného opatření tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

#### **K výroku III. tohoto rozhodnutí – zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení**

75. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
76. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem vydání rozhodnutí, a tedy je účinný i u nepravomocného rozhodnutí. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.
77. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení, zakázal zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít v předmětném zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

#### **K výroku IV. tohoto rozhodnutí – uložení úhrady nákladů řízení**

78. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí právní předpis. Prováděcí právní předpis – vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1 in fine, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.

79. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
80. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2019000309.

## 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, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výroku I., II. a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

### Obdrží

Thomayerova nemocnice, Vídeňská 800, Krč, 140 00 Praha 4  
I.T.A.-Intertact s.r.o., Revoluční 1546/24, Nové Město, 110 00 Praha 1

### Vypraveno dne

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