



UOHSX00DLLBE

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0101/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-23356/2020/322/JSr

Brno 30. 7. 2020

V řízení o rozkladu ze dne 29. 5. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **Philips Česká republika s.r.o.**, IČO 63985306, se sídlem Rohanské nábřeží 678/23, Karlín, 186 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 7. 12. 2015 JUDr. Petrou Vlachovou, advokátkou, ev. č. ČAK 8684, se sídlem Vodičkova 710/31, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0065/2020/VZ, č. j. ÚOHS-14497/2020/521/OPI ze dne 15. 5. 2020 vydanému ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele

- **Sušická nemocnice s.r.o.**, IČO 08176302, se sídlem Chmelenská 117, 342 01 Sušice, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 14. 2. 2020 JUDr. Tomášem Samkem, advokátem společnosti Holá, Janík, Samek, advokátní kancelář s.r.o., IČO 03250202, se sídlem Pražská 140, 261 01 Příbram, ev. č. ČAK 10584

učiněných při zadávání části 1 „Pořízení CT přístroje“ veřejné zakázky s názvem „**Pořízení CT a RTG přístroje**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 12. 2019 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 23. 12. 2019 pod ev. č. Z2019-045899 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 24. 12. 2019 pod ev. č. 2019/S 248-612428,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 152 odst. 5 a § 90 odst. 5 a téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0065/2020/VZ, č. j. ÚOHS-14497/2020/521/OPi ze dne 15. 5. 2020

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Postup obviněného a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Dne 20. 12. 2019 zahájil zadavatel – Sušická nemocnice s.r.o., IČO 63985306, se sídlem Rohanské nábřeží 678/23, Karlín, 186 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 14. 2. 2020 JUDr. Tomášem Samkem, advokátem společnosti Holá, Janík, Samek, advokátní kancelář s.r.o., IČO 03250202, se sídlem Pražská 140, 261 01 Příbram, ev. č. ČAK 10584 (dále jen „**zadavatel**“) odesláním oznámení o zahájení řízení podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> otevřené řízení za účelem zadání části 1 „Pořízení CT přístroje“ veřejné zakázky „Pořízení CT a RTG přístroje“, přičemž toto oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 23. 12. 2019, pod ev. č. Z2019-045899 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 12. 2019 pod ev. č. 2019/S 248-612428 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dne 17. 1. 2020 obdržel zadavatel od navrhovatele – Philips Česká republika s.r.o., IČO 63985306, se sídlem Rohanské nábřeží 678/23, Karlín, 186 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 7. 12. 2015 JUDr. Petrou Vlachovou, advokátkou, ev. č. ČAK 8684, se sídlem Vodičkova 710/31, 110 00 Praha 1 (dále jen „**navrhovatel**“) – námítky z téhož dne proti zadávacím podmínkám přezkoumávané veřejné zakázky, přičemž navrhovatel zároveň namítal porušení § 51 odst. 4 zákona zadavatelem z toho důvodu, že zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku před ukončením původního zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Pořízení CT a RTG přístrojů“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 10. 12. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných

---

<sup>1</sup> Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení, v daném případě ve smyslu § 56 odst. 1 zákona.

zakázek dne 12. 12. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-044124 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 12. 2019 pod ev. č. 2019/S 240-588498, přičemž oznámení o výsledku zadávacího řízení – zrušení zadávacího řízení zadavatelem bylo odesláno k uveřejnění dne 17. 12. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 20. 12. 2019 a v Úředním věstníku Evropské unie téhož dne pod ev. č. 2019/S 246-605824 (dále jen „**původní zadávací řízení**“), tedy na zakázku se stejným předmětem plnění.

3. Zadavatel rozhodnutím ze dne 25. 1. 2020, které navrhovatel obdržel dne 27. 1. 2020, námitky navrhovatele odmítl. Jelikož toto rozhodnutí o odmítnutí námitek navrhovatel nepovažoval za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 5. 2. 2020 návrh Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) na zahájení správního řízení.
4. Navrhovatel tvrdil v návrhu nesprávný procesní postup zadavatele v souvislosti se zrušením původního zadávacího řízení a zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku, při kterém měl údajně porušit § 51 odst. 4 zákona. Navrhovatel rovněž napadal nepřiměřeně nastavené technické požadavky, spočívající v požadavku na sklápění gantry<sup>2</sup> CT přístroje min. +30°/-30°. Takový požadavek je dle navrhovatele v rozporu s § 6 odst. 1 a 2 zákona, § 36 odst. 1 zákona a § 37 odst. 1 písm. b) zákona. Dle navrhovatele neexistuje pro tento požadavek medicínské opodstatnění a využití (pro stanovený účel zcela postačí parametr +30°/-24°, který splňuje přístroj navrhovatele) a zadavatel navíc bezdůvodně nepřijal navrhovatelem navrhované řešení na vyřešení požadovaného úhlu použitím podložky hlavy. Zadavatel přitom v původním zadávacím řízení požadoval sklon gantry min. +20°/-20°, přičemž během pouhých 10 dnů tuto podmínku nepřipustně změnil a v kombinaci s nastavením hodnotících kritérií uzpůsobil veřejnou zakázku přístroji jediného dodavatele.

## II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 15. 5. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0065/2020/VZ, č. j. ÚOHS-14497/2020/521/OPi (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
6. Úřad napadeným rozhodnutím rozhodl, že se návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. V otázce tvrzeného nesprávného procesního postupu Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí určil, že vzhledem k tomu, že zadavatel rozhodl o zrušení původního zadávacího řízení v okamžiku, kdy nebyly podány žádné nabídky, a tedy neexistoval žádný účastník, který by byl oprávněn podat námitky, nelze zadavateli vytknout porušení § 51 odst. 4 zákona, jelikož neměl povinnost vyčkat uplynutí lhůty pro podání námitek proti zrušení zadávacího řízení.
7. V odůvodnění k otázce domněle nepřiměřeně nastavených technických požadavků odkázal Úřad na odpovědi dotázaných relevantních subjektů, z nichž vyplynulo, že požadavek na sklon gantry má své medicínské opodstatnění (snížení radiační zátěže oční čočky, snížení artefaktů kovových výplní zubů, speciální nastavení obrazové roviny), ačkoliv někteří provozovatelé používají i modernější CT přístroje stacionární. Rozdíl o 6° se může dle odpovědí ve specifických případech ukázat jako omezující a nelze přístroj se schopností záporného sklonu 24° považovat za funkčně stejný jako při záporném sklonu 30°.

<sup>2</sup> Gantry – součást CT přístroje – prstenec se soustavou detektorů a rotující rentgenkou, kterým projíždí pacient ležící při vyšetření na vyšetřovacím stole.

Také navrhovatelem nabízené řešení nedostatečného úhlu za pomoci použití podložky hlavy není dle Úřadu způsobilé plně nahradit požadavek na úhel sklonu, jelikož u některých pacientů s omezenou hybností není možné podložku použít. Daný požadavek zadavatele je proto odůvodněný, přičemž jej dle zjištění Úřadu splňují CT přístroje minimálně 5 výrobců, není naopak nestandardní či neobvyklý a splňuje jej i přístroj navrhovatele, který je ovšem z vyšší cenové skupiny. Účast dodavatelů v zadávacím řízení je tak podle napadeného rozhodnutí omezena pouze v kontextu jejich výrobní a cenové strategie.

### **III. Rozklad obviněného**

8. Dne 29. 5. 2020 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 15. 5. 2020. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

#### **Námítky rozkladu**

9. Navrhovatel v podaném rozkladu namítá, že Úřad nepostupoval tak, aby byl zjištěn celkový stav věci, neprovedl všechny důkazy a napadené rozhodnutí je zatíženo významnými vadami procesní povahy. Dle navrhovatele jím uvedené skutečnosti implikují snahu zadavatele účelově vyhovět při stanovení zadávacích podmínek ostatním subjektům a nikoliv vlastní potřebě zadavatele, jelikož došlo k identifikaci zcela jiné potřeby během 10 dnů (od zadání původní veřejné zakázky do zadání této veřejné zakázky). Navrhovatel je rovněž toho názoru, že zadavatel pod zástěrkou svých oprávněných zájmů značně omezuje, ba dokonce vylučuje hospodářskou soutěž, přičemž v jiných řízeních se požadavek na sklápění gantry vůbec neobjevuje. Úřad podle navrhovatele nevzal v potaz celý případ jako celek, tedy že zadavatel při stanovení parametrů, které na první pohled nejsou diskriminační, vybral jeden, který předem vybraný přístroj odlišuje od ostatních kvalitativně srovnatelných, a zároveň stanovil jako jediné hodnotící kritérium výši nabídkové ceny. Úřad pak dle navrhovatele nesprávně odůvodňuje oprávněnost požadavku teoretickou možností 5 dodavatelů poptávaný přístroj dodat, když přitom byly reálně podány pouze 2 nabídky.

#### **Závěr rozkladu**

10. Obviněný navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání nebo napadené rozhodnutí změnil a zadávací řízení na veřejnou zakázku zrušil.

### **IV. Řízení o rozkladu**

11. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

12. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných

souvislostech jsem přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

13. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

#### **V. K námitkám rozkladu**

14. Dle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
15. Dle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
16. Dle § 36 odst. 1 zákona nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.

#### *K námitce procesních pochybení Úřadu*

17. Navrhovatel v zásadě brojí v rozkladu proti napadenému rozhodnutí dvojím způsobem. Prvním komplexním argumentem navrhovatele je skutečnost, že zadavatel vypsal a zrušil původní zadávací řízení, v němž stanovil požadavek na sklon gantry CT přístroje  $+20^{\circ}/-20^{\circ}$ , ovšem v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku (která byla vypsána jen 3 dny po ukončení původní veřejné zakázky, tedy 10 dní po oznámení o zahájení zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku) stanovil tento požadavek v parametrech  $+30^{\circ}/-30^{\circ}$ . Dle navrhovatele tato skutečnost implikuje účelovou snahu vyhovět potřebám určitých subjektů, nikoliv vlastním požadavkům zadavatele, jelikož se jedná o identifikaci zcela jiné potřeby se změnou požadavku o 50%. Navrhovatel opakovaně vytýká Úřadu, že případ neposoudil v jeho komplexnosti, jelikož neshledal, že taková radikální změna potřeb zadavatele oproti původní veřejné zakázce svědčí o tendenčním jednání ve prospěch jiných dodavatelů.
18. Předseda Úřadu se s tímto argumentem navrhovatele neztotožňuje. Předně je na místě shledat, že Úřad dostatečně zjistil skutkový stav věci bez jakýchkoliv důvodných pochybností, napadené rozhodnutí tedy netrpí žádnou procesní vadou tohoto charakteru, jak tvrdí navrhovatel v rozkladu. Úřad v napadeném rozhodnutí shrnul veškeré relevantní skutečnosti týkající se zadávacího řízení a dále provedl vlastní dotazování relevantních subjektů, jejichž odpovědi (v rozsahu relevantních částí) kompletně v napadeném rozhodnutí zaznamenal, a to za účelem posouzení, zda se v otázce sklonu gantry  $+30^{\circ}/-30^{\circ}$  jedná o oprávněný a odůvodněný technický požadavek. Předseda Úřadu je přesvědčen, že odpovědi 6 z těchto subjektů tvoří dostatečně reprezentativní vzorek k tomu, aby bylo možno dotazování považovat za relevantní a dostatečné zjištění skutkového stavu. Ačkoliv odpovědi těchto subjektů, jak bude podrobněji rozebráno dále, nebyly pro každou z otázek jednomyslné, podrobil je Úřad prokazatelně kritické analýze a definoval v nich převažující závěry.

19. V otázce tvrzené účelovosti postupu zadavatele při stanovení technických podmínek je na místě shledat, že navrhovatel nepředstavil žádné konkrétní důkazy, které by měly svědčit o nezákonném jednání zadavatele, ani žádné relevantní indicie o účelovém postupu ve prospěch jediného dodavatele. Pokud totiž stanovení některých minimálních technických parametrů poptávaného CT přístroje odpovídá některým parametrům přístroje určitého výrobce, není toto samo o sobě skutečností, která by prokazovala účelové přizpůsobení parametrů veřejné zakázky jedinému dodavateli. V takovém případě je naopak na místě ověřit oprávněnost těchto zadavatelem stanovených podmínek a rovněž okruh dodavatelů, kteří jsou v takovém případě schopni poptávaný přístroj dodat, jak učinil Úřad v bodech 110. – 115. napadeného rozhodnutí, a předseda Úřadu toto posouzení přezkoumal v bodech 28. – 33. tohoto rozhodnutí.
20. V případě vypsání veřejné zakázky za použití otevřeného řízení není zadavatel jakýmkoliv způsobem vázán svou přechodí činností, v konkrétním případě tedy technickými parametry původní veřejné zakázky, kterou zrušil. Jediným ustanovením zákona, které zakazuje zadavateli učinit podstatnou změnu zadávacích podmínek veřejné zakázky, je § 63 odst. 1, a to při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění poté, co v původním řízení vedeném v některém z otevřenějších režimů neexistovala žádná přijatelná nabídka. V konkrétním případě je na místě připustit, že se sice jedná zcela očividně o poptávku téhož CT přístroje, nové zadávací řízení bylo ovšem zahájeno jako otevřené řízení, které na původní veřejnou zakázku realizovanou rovněž v řízení otevřeném a zrušenou pro nesprávné nastavení funkcionality elektronického nástroje nijak nenavazuje, čímž je sama o sobě vyloučena aplikace ustanovení § 61 zákona.
21. Jednou z několika málo změn technických požadavků na předmět plnění je právě diskutovaný sklon gantry, který byl upraven z  $+20^{\circ}/-20^{\circ}$  na  $+30^{\circ}/-30^{\circ}$ . Takový rozdíl technických parametrů dvou zakázek není zákonem nijak upraven a tudíž ani zakázán, zadavatel je proto plně oprávněn stanovit parametry zakázek nezávisle na předchozím zadávání. Je totiž pouze na něm, jakým způsobem nastaví zadávací podmínky, pokud jsou tedy dostatečně odůvodněné (jak bude podrobně rozebráno dále). Na místě proto není ověřovat ani důvody této provedené změny, jelikož zadavatel je oprávněn nastavit podmínky veřejné zakázky zcela nezávisle na předchozím zadávání.
22. Předseda Úřadu nad rámec předchozích závěrů doplňuje, že zadavatel v rozkladu sám poukazuje na předběžné tržní konzultace prováděné Fakultní nemocnicí Hradec Králové před nákupem nového CT přístroje, přičemž odborníci této nemocnice se nejprve v rámci těchto konzultací domnívali, že rozdíl ve sklápění gantry je nezanedbatelný, již o měsíc později však dospěli k závěru, že možnost sklápění gantry požadovat vůbec nebudou. Ačkoliv se v takovém případě jedná o změnu technického požadavku opačným směrem (od určitého sklonu k žádnému, na rozdíl od předmětné veřejné zakázky, v níž došlo k posunu od požadavku na konkrétní sklon k požadavku na ještě větší sklon), je z tohoto případu uvedeného samotným navrhovatelem více než patrné, že ke změně požadavku na sklon gantry může z důvodu změny uvážení lékařských potřeb v poměrně krátkém čase dojít. Zadavatel přitom vysvětlení rozdílu v technických podmínkách veřejných zakázek ve vyjádření k návrhu poskytl (a ve vyjádření k rozkladu pak dále rozvedl), a to tím, že ke stanovení nových technických parametrů přistoupil po konzultacích jednak s vlastními zdravotnickými pracovníky, zejména pak rovněž s odbornými pracovníky Západočeské

univerzity v Plzni, přičemž se tak dělo v době krátce potom, co došlo k převzetí sušické nemocnice od soukromého provozovatele městem Sušice, a to prostřednictvím nově založené obchodní korporace – zadavatele, pro což nebyl narychlo sestavený management tvořen odborníky v oblasti zdravotní techniky.

*K námitce nesprávného posouzení zadávacích podmínek*

23. Druhým argumentem navrhovatele úzce souvisejícím s problematikou uvedenou výše je tvrzení absence medicínského opodstatnění jmenovaného technického požadavku sklonu gantry  $+30^{\circ}/-30^{\circ}$ . Dle názoru navrhovatele dochází tímto požadavkem k omezení hospodářské soutěže pod záminkou oprávněných zájmů zadavatele, když v mnoha zadávacích řízeních požadavek na sklon gantry vůbec nefiguruje a parametry veřejné zakázky jsou ve zdejší věci společně s hodnotícím kritériem nejnižší nabídkové ceny nastaveny takovým způsobem, že navrhovatel nemá šanci v zadávacím řízení na veřejnou zakázku uspět. Podle navrhovatele je 5 potenciálních dodavatelů poptávaného přístroje jen teoretickou veličinou, když reálně se do zadávacího řízení přihlásili pouze 2 dodavatelé. Rovněž dotazování provedené Úřadem z důvodu získání odborných vyjádření k použitelnosti sklonu gantry a rozdílu  $6^{\circ}$  v záporném úhlu, o které technické podmínky nesplňuje přístroj navrhovatele (ačkoliv je plně splňuje jiný jeho přístroj), shledává navrhovatel neprůkazným a podané odpovědi vágními, jelikož podle něj tyto odpovědi nijak nevylučují existenci diskriminace a neodpovídají na otázku, je-li náklon vyšší o  $-6^{\circ}$  oprávněným požadavkem.
24. Zde je na místě připomenout rozhodnutí předsedy Úřadu z 6. 11. 2017, č. j. ÚOHS-R0123/2017/VZ-32483/2017/321/EDo (dále jen „**rozhodnutí 2017**“), které se svou problematikou většinou zcela překrývá se zdejším případem, a to dokonce do té míry, že v něm jako navrhovatel vystupoval navrhovatel zdejší, a to za použití prakticky totožných argumentů návrhu i rozkladu.
25. V daném případě je potřeba vzít v úvahu skutečnosti uvedené v tomto rozhodnutí výše, tedy absenci jakékoliv povinnosti zadavatele reflektovat ve veřejné zakázce požadavky vyřčené v původní veřejné zakázce, jelikož předmětná zadávací řízení na sebe žádným způsobem nenavazují, a to ani v situaci, kdy se jedná o poptávání téhož CT přístroje, pouze s některými pozměněnými parametry. Pro posouzení Úřadem je v tomto případě relevantní, jestli jsou technické požadavky veřejné zakázky stanoveny transparentně a odůvodněně, a je-li tedy zadavatel oprávněn technický požadavek na sklon gantry ve zmiňovaném úhlu v zadávacích podmínkách vznést. Jak je totiž uvedeno již ve zmíněném rozhodnutí 2017, „[z]adavateli je nepochybně dána možnost stanovit technické podmínky podle svých potřeb, pokud technická specifikace vychází z objektivně zdůvodnitelných požadavků a dodavatelé jsou schopni poskytnout kvalitativně i technicky obdobná řešení.“.
26. Zákaz diskriminace uvedený v § 6 zákona zahrnuje jak zákaz diskriminace zjevné, tak skryté. Jak bylo uvedeno v rozhodnutí 2017, je za skrytou formu nepřipustné diskriminace „v souladu s ustálenou rozhodovací praxí soudů třeba považovat i takový postup zadavatele, jímž de facto znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením zjevně nepřiměřených technických podmínek pro pořízení předmětu veřejné zakázky, byť jsou podmínky určeny pro všechny potenciální dodavatele stejně a může-li to omezit okruh případných dodavatelů. Přiměřenost či nepřiměřenost je pak třeba hodnotit ve vztahu k povaze a technické charakteristice, tedy že musí být pro konkrétní výrobek zkoumána jeho

*typická kvalita, vlastnost a jistá příznačnost. Zadavatelem vyžadované technické podmínky pak buď obstojí, nebo nikoliv, ve srovnání s takto vytyčenými podstatnými znaky konkrétního výrobku. Požadavky nad rámec obvyklých vlastností či kvality konkrétního výrobku pak mohou na první pohled působit diskriminačně, nicméně nelze je bez dalšího odmítnout, ale je nutné zkoumat, zdali zadavatelem takto nastavené požadavky nejsou odůvodněny zvláštním charakterem předmětu veřejné zakázky.“*

27. Na tomto místě je tedy potřeba zjistit odůvodněnost a oprávněnost zadavatelova požadavku na sklon gantry. Ve vysvětlení č. 2 zadávací dokumentace a ve vyjádření zadavatele k návrhu bylo zdůvodněno, že diskutovaný parametr byl stanoven z důvodu důležitosti snížení radiační zátěže pacienta, že maximální náklon umožní lepší skenování mozku bez ozáření oční čočky, rovněž v oblastech s kovovými implantáty (např. zuby, krční páteř) se lze díky náklonu vyhnout exponování těchto oblastí a snížit výskyt metalických artefaktů, a také že v kombinaci s co největším otvorem gantry dochází ke snazšímu a komfortnějšímu přístupu při případných intervenčních výkonech, jakým je např. biopsie. Navrhovatel tato zdůvodnění ve svém návrhu rozporoval, a to především z toho hlediska, že uvedené neplatí pro záporný náklon gantry, a že není rozdíl v praktickém využití jeho přístroje se záporným sklonem 24° a potenciálním přístrojem s možným sklonem -30°. Úřad proto pro ověření těchto tvrzení provedl dotazování relevantních subjektů, které popsal a náležitě vyhodnotil v bodech 108. – 114. napadeného rozhodnutí. Předseda však z důvodu opakovaných argumentů navrhovatele, kterými v rozkladu rozporuje závěry Úřadu učiněné z provedeného dotazování, uvádí k otázce oprávněnosti předmětného technického parametru následující.
28. V rámci první otázky se Úřad relevantních subjektů dotazoval, jaký je obecný účel sklápění gantry a jestli jsou v současné době přístroje s touto možností sklápění běžně používány. Doručené odpovědi lze dle předsedy Úřadu shrnout následovně:
  - Masarykova univerzita – obecným účelem sklonu gantry plně souhlasí s důvody uvedenými zadavatelem; CT přístroje s technologií náklonu jsou součástí mnoha pracovišť a nabízeny v rámci spektra CT přístrojů dodavatelů;
  - Technická univerzita v Liberci – naklápění gantry je jednou z možností, jak omezit ozáření, nelze však tuto metodu užít vždy; moderní přístroje nově nainstalované a vysoce sofistikované již nedovolují gantry naklonit;
  - Vysoké učení technické v Brně – metoda sklápění gantry má praktické využití v oblastech uváděných zadavatelem, přičemž v rámci současného rozvoje medicínského vybavení klesá význam tohoto sklápění, jelikož moderní přístroje mají víceřadé reflektory, které používají jiné metody a nepožadují náklon gantry; je-li technika sklápění gantry již překonána či nikoliv nelze spolehlivě zodpovědět, každý výrobce přistupuje k dané problematice jinak;
  - Fakultní nemocnice Hradec Králové – obecný účel sklápění gantry souhlasí s důvody uvedenými zadavatelem; tato technologie je běžnou součástí moderních přístrojů;
  - Fakultní nemocnice Ostrava – tato nemocnice nepoužívá CT přístroje s technikou sklápění gantry;
  - České vysoké učení technické – primární lékařský účel sklápění gantry souhlasí s důvody uvedenými zadavatelem.

29. Z uvedeného je dle předsedy Úřadu zřejmé, že odůvodnění požadavku na sklápění gantry zadavatelem má obecně oporu v reálném stavu medicínské vědy, když 5 z 6 oslovených subjektů potvrzují oprávněnost požadavku z důvodů provádění výkonů uvedených zadavatelem, přičemž šestý subjekt se k této otázce nevyjadřuje z toho důvodu, že používá CT přístroj stacionární. Zároveň 2 subjekty uvedly, že se jedná o běžnou technologii stále používanou na mnoha pracovištích, 2 subjekty uvedly, že jde o technologii spíše starší, o které však nelze přesvědčivě říci, že by již byla nahrazena stacionárními přístroji, a 2 subjekty se k otázce nijak nevyjádřily.
30. Zadavatel má plné právo určit vzhledem ke svým potřebám charakter a parametry předmětu plnění. Do těchto jeho preferencí a rozhodnutí mu není Úřad ani žádný z dodavatelů oprávněn zasahovat, zadavatel je ovšem povinen odůvodnit oprávněnost svých nároků a dodržet tak § 6, § 36 odst. 1 a ostatní relevantní ustanovení zákona (např. § 89 a násl.). V konkrétním případě se CT přístroje s technologií sklonu gantry očividně stále v praxi používají, ačkoliv jsou někdy nahrazovány modernějšími stacionárními přístroji. Skutečnosti uvedené navrhovatelem, tedy že mnohé nemocnice poptávají v rámci veřejných zakázek stacionární CT přístroje, které náklon gantry vůbec nevyužívají, nejsou pro daný případ žádným způsobem vypovídající, a samy o sobě tak nemohou na oprávnění zadavatele požadovat přístroj s technologií „staršího typu“ ničeho změnit.
31. Ve druhé otázce se Úřad ptal, pro jaké typy vyšetření je žádoucí či nezbytná možnost sklápění gantry  $+30^{\circ}/-30^{\circ}$ , respektive jaké konkrétní výhody tento maximální náklon přináší. Relevantní subjekty odpovídaly následovně:
  - Masarykova univerzita – jedná se o vyšetření uvedená zadavatelem, konkrétně pro vyšetření mozku a páteře, přičemž nejvýznamnější výhodou je snížení dávky záření;
  - Technická univerzita v Liberci – nejčastějším odůvodněním užití sklonu gantry byla prevence poškození oční čočky, ovšem podle aktuálních poznatků je radiační zátěž hluboko pod prahovou dávkou;
  - Vysoké učení technické v Brně – jedná se o vyšetření uvedená zadavatelem v odůvodnění požadavku, přičemž ve starších doporučeních je možno nalézt požadavky na nastavení gantry pro vyšetření mozku v úhlu  $10 - 12^{\circ}$ , v dalších doporučeních je možno nalézt i požadavky na sklápění o  $20^{\circ}$  a lze nalézt doporučení i pro  $25^{\circ}$ ; některé důvody náklonu gantry jsou u moderních přístrojů již překonány jinými technikami;
  - Fakultní nemocnice Hradec Králové – obecně jsou pro sklon gantry důvodem vyšetření uvedená zadavatelem v odůvodnění parametru, obzvláště pak v případě, kdy pacient nemůže nebo nedokáže dostatečně sklonit hlavu;
  - Fakultní nemocnice Ostrava – jedná se o vyšetření uvedená zadavatelem; při moderním užití stacionární gantry lze za pomoci dopočtů dosáhnout stejného výsledku;
  - České vysoké učení technické – pro vyšetření uváděná zadavatelem jsou v různých doporučeních využívány různé sklony gantry, přičemž u některých pacientů (nikoliv

však u všech, např. intubovaných) lze požadovaného sklonu dosáhnout i speciálním držákem; obecným poznatkem je, že čím větší může být náklon gantry, tím lépe.

32. Zjištění Úřadu v této druhé otázce jsou pro posouzení celého případu klíčová. Relevantní subjekty se sice většinou nevyjadřují k tomu, zda konkrétně právě náklon gantry  $+30^{\circ}/-30^{\circ}$  je tím parametrem, díky kterému dochází k možnosti požadovaného lepšího provedení výše jmenovaných vyšetření, nicméně žádný z těchto subjektů se na otázku zadavatele nevyjadřuje v tom smyslu, že by  $30^{\circ}$  byl náklon neadekvátní či zbytečný (pouze Technická univerzita v Liberci uvádí, že v otázce snížení ozáření oční čočky není dle aktuálních zjištění sklápění gantry tak významné, jak bylo dříve uváděno). Dle Vysokého učení technického v Brně jsou v rozličných doporučeních k provádění vyšetření pomocí CT přístroje uváděny jako využitelné sklony gantry v míře 10, 20 i  $25^{\circ}$ . České vysoké učení technické přitom uvádí jednoznačný poznatek, že čím větší náklon, tím lépe pro možnosti využití přístroje lékaři.
33. Navrhovatelem uváděná skutečnost, že v mnoha zadávacích řízeních se předmětný technický parametr vůbec neobjevuje, nemá v daném případě žádnou relevanci, respektive by bylo stejným způsobem možno argumentovat, že v mnoha zadávacích řízeních se naopak vyskytuje. Ani jedna z těchto skutečností však ničeho nevypovídá o tom, jestli se v tomto případě jedná o požadavek oprávněný. V situaci jako je tato, je jednoznačně nutné posoudit i otázku, nakolik je náklon gantry  $30^{\circ}$  standardní specifikací CT přístroje. Pokud se totiž pohybujeme v natolik specifických veličinách, jakým je úhel měření mozku a páteře pacientů za pomoci CT přístroje, je dle provedeného dotazování velice obtížné, ne-li až nemožné stanovit ostrou hranici, která jednoznačně a prokazatelně určí, že za ní jsou již případné vlastnosti technického vybavení nadbytečné. Právě proto je potřeba vzít v úvahu skutečnosti zjištěné Úřadem, tedy že minimálně 5 dodavatelů disponuje ve svém portfoliu přístrojem s potřebnou technickou specifikací. Tato zjištění byla navíc více než potvrzena výpovědí Českého vysokého učení technického, které v rámci své odpovědi uvádí parametry CT přístrojů 4 nejvýznamnějších světových výrobců, přičemž 24 z 37 takto uvedených přístrojů splňuje požadavek na náklon gantry  $30^{\circ}$  v kladném i záporném úhlu. Optikou reálné situace na trhu je tak potřeba konstatovat, že se v žádném případě nejedná o vlastnosti, které by byly stanoveny netypicky a specificky pouze pro tento případ.
34. Navrhovatel v rámci rozporování požadavku na záporný sklon  $30^{\circ}$  vytrvale argumentoval, že pro zadavatelem popsané medicínské účely je zcela adekvátní i jeho konkrétní přístroj s parametry záporného úhlu  $-24^{\circ}$ , tedy s náklonem o  $6^{\circ}$  rozdílným. Úřad je však oprávněn posuzovat oprávněnost a odůvodněnost pouze parametrů stanovených zadavatelem, nikoliv alternativních parametrů zadávací podmínky nesplňujících, které má navrhovatelův přístroj. Předmětem přezkumu je konkrétní veřejná zakázka, tedy v danou chvíli jedinečná poptávka zadavatele, u níž Úřad deklaruje, je-li provedena v souladu se zákonem. V daném případě byly náležitě přezkoumány zadávací podmínky, ověřeno odůvodnění stanovených parametrů a Úřad správně a v souladu s provedeným dotazováním shledal, že navrhovatelova námitka o neoprávněnosti stanovené technické podmínky není důvodná. Pokud jde zároveň o předmět plnění, u nějž (jak bylo zjištěno průzkumem) čím větší náklon gantry CT přístroj může mít, tím lépe pro možnosti provedení různých vyšetření, a předmětná vyšetření tak dle odpovědí relevantních subjektů nemají v otázce naklání gantry žádný neměnný předepsaný postup, v jakém se mají provádět, a jak při nich

dosáhnout nejlepších výsledků, je nemožné provést objektivní posouzení, o kolik stupňů by vlastně zadavatel mohl slevit ze svých požadavků. Jak bylo uvedeno v rozhodnutí 2017, v němž použil navrhovatel velice obdobnou argumentaci, „*Úřad nemůže natolik ingerovat do autonomního postavení zadavatele a direktivně mu stanovovat, jaké parametry ještě musí akceptovat, kde tedy má být ona hranice hodnot, které ještě musí připustit, jak se snaží podsouvat navrhovatel, když tvrdí, že medicínského účelu lze dosáhnout i s nižším parametrem. (...) Úřad je pouze oprávněn na základě provedených zjištění posuzovat, zda konkrétní parametry nastavené zadavatelem jsou tímto zadavatelem dostatečně a přesvědčivě odůvodněné, že u nich není důvodná pochybnost, že by byly nastaveny nestandardně či přemrštěně, což Úřad v daném případě přezkoumal.*“.

35. Pokud navrhovatel prosazuje tezi, že právě 6° není rozdílem, který by měl jakoukoliv relevanci pro medicínské využití přístroje, je na místě připomenout výsledek provedeného dotazování, dle kterého se ani odborníci nebyli schopni shodnout, jaká hranice je pro využití konkrétní přístroje adekvátní. Rozhodnutí 2017 přitom právě pro tuto situaci uvádí, že to, že navrhovatel se svým přístrojem „*vytýčeného parametru nedosahuje, tak nemůže být zadavateli kladeno k tíži. Vždy totiž může existovat nějaký dodavatel, který se zadavatelem nastavenými parametry může cítit diskriminovaný, jelikož na jejich hodnoty prostě nedosáhne, což však samo o sobě ještě k posouzení takového postupu zadavatele jako nezákonného nestačí.*“ V daném případě byla výše v tomto rozhodnutí ověřena a shledána odůvodněnost požadavku na sklon gantry +30°/-30°. Posouzení splnění požadovaných medicínských účelů přístrojem s parametrem o -6° rozdílným tak dle odpovědí relevantních subjektů jednak nelze provést, rovněž je však toto posouzení bezpředmětné, jelikož Úřadu přísluší posuzovat zákonnost podmínek veřejné zakázky.
36. Závěry učiněné Úřadem z odpovědí k poslední otázce položené relevantním subjektům týkající se kompenzování sklonu gantry podložkou hlavy navrhovatel v rozkladu nerozporuje, v této věci proto předseda Úřadu plně odkazuje na napadené rozhodnutí, především na jeho body 109. a 113.
37. Navrhovatel v rozkladu napadá rovněž posouzení Úřadem toho zadavatelova postupu, kterým stanovil parametry tím způsobem, že se sice samostatně projevují na první pohled neutrálně, v kombinaci však nepřipustně vylučují některá CT zařízení. Zároveň z důvodu nastaveného hodnotícího kritéria – nejnižší nabídkové ceny jsou dle navrhovatele ty přístroje, které nastavené technické parametry splňují, vyloučeny z plnohodnotné soutěže proto, že spadají do vyšší cenové kategorie, a tedy nemají naději v zadávacím řízení uspět.
38. Zadavatel požaduje přístroj s diskutovanou specifikací, tedy konkrétní možností náklonu gantry alespoň 30° oběma směry, přičemž jak bylo uvedeno výše, takový požadavek lze označit za oprávněný a nikoliv nezvykle specifický, odůvodněný medicínskou potřebou. Zadavatel zároveň stanovil jako jediné hodnotící kritérium nejnižší nabídkovou cenu, což je zákonem předpokládaný a povolený způsob nastavení zadávacích podmínek veřejné zakázky, jehož změnu není možné ze strany dodavatelů či Úřadu jakkoliv diktovat. Pokud tedy zadavatel dle nastavených technických parametrů poptává přístroj s tím, že zároveň o vítězi rozhoduje nejnižší nabídková cena a všechny parametry jsou dostatečně zdůvodněny, jedná se v daném případě o ničem neomezovanou hospodářskou soutěž, v níž zvítězí ten dodavatel, jenž dokáže nabídnout CT přístroj s konkrétní minimální specifikací za nejnižší cenu. Jedinou skutečností, která tak v daném případě dodavatele

eventuálně omezuje, je jejich vlastní spektrum nabízených přístrojů. Taková je ovšem reálná podstata skutečně fungující hospodářské soutěže.

39. S výše uvedeným úzce souvisí poslední navrhovatelův argument, a sice že potenciální existence 5 dodavatelů s odpovídajícími přístroji je pouze teoretickou veličinou, jelikož reálně se veřejné zakázky zúčastnili pouze dva dodavatelé se svými nabídkami, což údajně svědčí o diskriminačním nastavení zadávacích podmínek. S tím se však předseda Úřadu rovněž neztotožňuje.
40. Jednak je na místě shledat, že účast dvou dodavatelů sama o sobě v žádném případě není důkazem o nezákonném omezení hospodářské soutěže. Existence 5 potenciálních dodavatelů je v daném případě rovněž klíčová, a to i přesto, že se tři z nich zadávacího řízení nezúčastnili (příčemž jedním z těchto tří je sám navrhovatel). Úřad totiž není povinen zjišťovat důvody takových neúčastí konkrétních zadavatelů, k prokázání existence způsobilých dodavatelů postačí v daném případě skutečnost, že disponují ve svém portfoliu přístrojem splňujícím zadávací podmínky včetně sporných technických parametrů a zakázky se tedy potenciálně zúčastnit mohli. Na místě proto není ani uvažovat o případném upuštění od určitého zadavatelem stanoveného kritéria a připuštění kvalitativně obdobných řešení (jak uvádí navrhovatel v rozkladu), jelikož se ve zdejším případě nejedná o situaci, v níž by byla natolik omezena hospodářská soutěž, že by se zadávacího řízení byl schopen účastnit jen velmi omezený počet dodavatelů či například jeden jediný. V případě 5 potenciálních dodavatelů na trhu může jistě proběhnout otevřená soutěž o veřejnou zakázku, což je navíc potvrzeno reálným stavem, když byly podány dvě vzájemně konkurenceschopné nabídky odlišující se výší nabídkových hodnot jen o necelá 4%.

#### *Shrnutí*

41. Závěrem tohoto rozhodnutí o rozkladu předseda Úřadu uvádí, že Úřad postupoval tak, aby byl zjištěn skutečný stav věci, o němž nejsou žádné pochybnosti, jelikož se náležitě vypořádal se všemi podstatnými skutečnostmi, z důvodu vypořádání argumentů navrhovatele provedl dotazování relevantních subjektů, z něž vyvodil jednoznačné závěry a správně určil, že zadávací řízení na veřejnou zakázku nenavazuje na původní zadávací řízení, změny v zadávacích podmínkách tudíž nejsou relevantní. Úřad se rovněž vypořádal s tvrzením, že požadavek na sklon gantry  $+30^{\circ}/-30^{\circ}$  je neoprávněný a medicínsky neodůvodněný, jelikož po provedeném dotazování postavil najisto, že se jedná z důvodu potřeby provádět konkrétní jmenovaná vyšetření o parametr odůvodněný, který zároveň není specifickým pouze pro konkrétní případ. Zadávacího řízení se mohlo potenciálně zúčastnit minimálně 5 dodavatelů, o jejichž nabídkách by bylo rozhodnuto na základě oprávněně stanoveného hodnotícího kritéria – nejnižší nabídkové ceny. Skutečnost, že v portfoliu navrhovatele je jak přístroj levnější, který ale nemá specifikované parametry, tak takový, který podmínky splňuje, nicméně za vyšší cenu, nelze klást v daném případě zadavateli k tíži, jelikož veškeré zadávací podmínky stanovil v souladu se zákonem, a jedná se tak pouze o projev hospodářské soutěže, v níž některé nabízené produkty lépe než jiné splňují potřebu zadavatele.

## **VI. Závěr**

42. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a se správními předpisy, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uvedených v rozkladu, a proto jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

## **Obdrží**

1. JUDr. Tomáš Samek, Pražská 140, 261 01 Příbram
2. JUDr. Petra Vlachová, Vodičkova 710/31, 110 00 Praha 1

## **Vypraveno dne**

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