



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci žalobce: **Krajská zdravotní, a.s.**, se sídlem Sociální péče 3316/12a, Ústí nad Labem, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R252/2014/VZ-42006/2015/321/MMI ze dne 3.12.2015,

t a k t o :

- I. Žaloba se **zamítá**.
- II. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení **nepřiznává**.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce se domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R252/2014/VZ-42006/2015/321/MMI ze dne 3.12.2015, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26.6.2014, č.j. ÚOHS-S507/2013/VZ-13240/522/MBa.

I. Shrnutí podstaty věci

Žalovaný prvostupňovým rozhodnutím rozhodl o tom, že se žalobce dopustil správních deliktů a uložil žalobci, jako zadavateli veřejné zakázky „*Distributor léků pro KZ, a.s.*“, pokutu ve výši 500 000 Kč. Žalobce se podle žalovaného dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných

zakázkách (dále jen „ZVZ“), tím, že neomezil rozsah požadované kvalifikace dle § 50 odst. 3 ZVZ pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky (výroková část I.). Žalobce se podle žalovaného dále dopustil správního deliktu tím, že stanovil nepřiměřenou minimální úroveň technických kvalifikačních požadavků dle § 56 odst. 7 písm. c) ZVZ, čímž porušil zákaz diskriminace stanovený v § 6 ZVZ (výroková část II.). Žalobce podle žalovaného porušil i § 44 odst. 3 písm. h) a § 6 ZVZ, neboť nestanovil hodnotící kritérium „*Návrh způsobu poskytování služeb distribuce léčivých přípravků a zdravotnických prostředků*“ dostatečně přesně a srozumitelně, čímž se dopustil dalšího správního deliktu (výroková část III.). Podle žalovaného pochybil žalobce také tím, že dílčí hodnotící kritérium „*Cena-výše distribuční přírážky ke skutečně zaplacené ceně*“ nevyjadřuje vztah užitné hodnoty a ceny dle § 78 odst. 4 ZVZ; tím se žalobce dopustil dalšího správního deliktu (výroková část IV.).

Předseda žalovaného poté žalobou napadeným rozhodnutím toto prvostupňové rozhodnutí potvrdil a žalobcem podaný rozklad zamítl. Závěry žalovaného nyní žalobce napadá žalobou; domáhá se zrušení napadeného i jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí.

II. Shrnutí procesního postoje žalobce

Žalobce namítá, že napadené rozhodnutí „...bylo vydáno dílem na základě nesprávného posouzení věci, dílem na základě nedostatečně zjištěného skutkového stavu, případně na základě nedostatečného a tím nepřezkoumatelného odůvodnění rozhodnutí...“.

Žalovaný se podle žalobce ve vztahu k výrokové části I. prvostupňového rozhodnutí nedostatečně vypořádal se žalobcem předestřenými argumenty. Uchazečem opožděně uplatněná námitka nemůže podle žalobce obstát; uchazeč splnění požadovaného kvalifikačního předpokladu prokázal. Žalovaný podle žalobce také nijak neprokával, že postup žalobce dle výrokové části I. prvostupňového rozhodnutí mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Ve vztahu k výrokové části II. prvostupňového rozhodnutí žalobce namítá, že vymezení minimální úrovně kvalifikačních předpokladů odpovídá povaze zakázky; zakázka je specifická svým rozsahem (dodávky do 5 nemocnic, které jsou od sebe rozmístěny více než 90 km). Podle žalobce je nutné, aby při aplikaci kritéria „*zjevné nepřiměřenosti*“ byl poskytnut prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele.

K výrokové části III. prvostupňového rozhodnutí žalobce namítá, že z napadeného rozhodnutí „...není žádným způsobem patrné, v čem konkrétně Úřad spatřuje netransparentnost či nedostatečnost vymezení příslušného dílčího hodnotícího kritéria či popisu způsobu hodnocení. V některých částech je pak obsah odůvodnění rozhodnutí dokonce v rozporu s obsahem zadávacích podmínek...“. Žalobce namítá, že

nemohl přesně vymezit, co požaduje, neboť pak by dílčí hodnotící kritérium zcela ztratilo smysl.

Ve vztahu k výrokové části IV. prvostupňového rozhodnutí žalobce namítá, že ceny léčivých přípravků jsou regulovány a cenová konkurence tak probíhá pouze v rozsahu přidané marže. Dílčí hodnotící kritérium „*Cena – výše distribuční přírážky ke skutečně zaplacené ceně*“ tedy podle žalobce vyjadřuje vztah užitné hodnoty a ceny.

Žalobce také namítá, že pokuta ve výši 500 000 Kč je nepřiměřená; podle žalobce v této oblasti zadávacích řízení chybí návodná rozhodovací praxe soudů a problematika dodávek léků je složitá a technicky náročná.

Žalobce tedy navrhuje napadené i jemu předcházející rozhodnutí zrušit, eventuálně navrhuje snížit uloženou pokutu či od jejího uložení upustit, a na tomto procesním postoji setrval v průběhu celého řízení před zdejší soudem.

III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

Podle žalovaného je napadené rozhodnutí i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí správné. Žalovaný na napadené rozhodnutí odkázal, dále ve vyjádření argumentuje k jednotlivým žalobním bodům věcně shodně jako v napadeném rozhodnutí. Žalovaný tedy navrhuje zamítnutí žaloby jako nedůvodné. I žalovaný setrval na svém procesním postoji po celou dobu řízení před soudem.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů – dále jen „s.ř.s.“) a včas (§ 72 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68, § 70 s.ř.s.).

Napadené rozhodnutí bylo přezkoumáno v mezích uplatněných žalobních bodů podle § 75 odst. 2 s.ř.s., podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování žalovaného postupem podle § 75 odst. 1 s.ř.s. Zdejší soud rozhodoval bez jednání za splnění podmínek podle § 51 odst. 1 s.ř.s.

Žalobce v žalobě opakovaně odkazoval na „*předchozí argumenty*“ či „*argumenty uvedené v řízeních před Úřadem*“ bez jejich bližšího upřesnění s argumentací, podle které žalovaný „*nedokázal postihnout celou problematiku veřejné zakázky, její složitost, rozsáhlost a logistickou náročnost*“. Odkaz na dříve učiněná podání, resp. na argumentaci v nich obsaženou, je jistě obecně přípustný, přesto je však povinností žalobce v případě využití takového odkazu pro řádné naplnění jednotlivých žalobních bodů (§ 71 odst. 1 písm. d/ s.ř.s.) dostatečně specifikovat, o jaké konkrétní podání či argumenty se jedná. Typový odkaz na předchozí argumentaci ve správním řízení v žalobě je bez dalšího nedostatečný

(*mutatis mutandis* rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20.12.2005, č.j. 2 Azs 92/2005-98). Proto v případech takového typového odkazu se zdejší soud zabýval konkrétními žalobními body obsaženými v žalobě s přihlédnutím k argumentaci žalobce ve správním řízení, jež věcně těmito žalobními body odpovídá.

IV.1.

Pokud jde o první porušení ZVZ (první ze správních deliktů), zdejší soud musel nejprve posoudit, zda požadavek na poskytnutí informace o obchodních maržích v rámci kvalifikačních předpokladů byl v souladu s § 50 odst. 3 ZVZ či nikoli.

Podle § 50 odst. 3 ZVZ je zadavatel povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Žalobce v podání ze dne 2.9.2013 („Vyjádření zadavatele dle § 36 odst. 1 až 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád“) uvedl, že údaj o výši marží bezprostředně úzce souvisí s předmětem plnění veřejné zakázky a tato informace dává žalobci relevantní informaci o schopnosti dodavatele finančně pokrýt realizaci služeb. Žalobce v podání dále uvedl, že v rámci bodu 4.2 písm. d) kvalifikační dokumentace požadoval pouze obecné informace o zájemcem uplatňovaných obchodních maržích, nikoli konkrétní informace ve vztahu ke konkrétním zákazníkům zájemce.

Z kvalifikační dokumentace, jak je žurnalizována ve správním spisu, zdejšímu soudu plyne, že podle bodu 4.2 písm. d) kvalifikační dokumentace měli zájemci splnění technických kvalifikačních předpokladů prokázat mimo jiné seznamem významných zakázek, jehož součástí bude „...*název objednatele, popis (rozsah) a předmět významné služby, včetně seznamu distribuovaných léčiv, a dobu realizace služby (zahájení a ukončení), a finanční hodnotu léčiv distribuovaných v rámci významné služby v posledních 3 letech, a obchodní marži jednotlivých léčiv, které zájemce v dané zakázce uplatnil...*“. Z bodu 3.2 kvalifikační dokumentace vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je „...*průběžné poskytování služeb distribuce léčiv a zdravotnických prostředků pro zadavatele (včetně odštěpných závodů zadavatele, tj. Masarykovy nemocnice v Ústí nad Labem, o. z. Nemocnice Děčín, o. z., Nemocnice Teplice, o. z., Nemocnice Most, o. z. a Nemocnice Chomutov, o. z.), včetně poskytování případných souvisejících služeb v rozsahu a za podmínek vymezených zadávacími podmínkami této veřejné zakázky...*“. Podle bodu 3.7 kvalifikační dokumentace musí zájemce plně a bezvýhradně respektovat požadavky žalobce uvedené v kvalifikační dokumentaci.

Žalobce v rozkladu uvedl, že bylo na jednotlivých zájemcích, jakým způsobem a formou požadované údaje o obchodních maržích doloží, neboť „...*účel požadavku poskytoval jednotlivým dodavatelům jednoznačné interpretační vodítko, vedoucí k závěru, že předmětem požadavku zadavatele jsou pouze obecné informace o zájemcem uplatňovaných obchodních maržích (např. na úrovni skupin či druhů léčiv)...*“. Výklad kvalifikační dokumentace, jak jej nastínil žalobce v rozkladu, podle zdejšího soudu neodpovídá bodu 4.2 písm. d) kvalifikační dokumentace. Žalobce

v tomto bodu stanovil jednoznačný požadavek na poskytnutí informace o obchodní marži jednotlivých léčiv. Podle § 1 odst. 1 písm. a) zákona č. 387/2007 Sb., o léčivech, je léčivem léčivý přípravek nebo léčivá látka. Stanovil-li tedy žalobce výslovně požadavek na doložení obchodní marže jednotlivých léčiv, vztahoval se tento požadavek na uvedení marže k jednotlivým léčivům a nikoli k „úrovni skupin“ či k „druhům léčiv“.

Rozsah kvalifikace musí odpovídat rozsahu a složitosti veřejné zakázky a požadavky na kvalifikaci musí být přiměřené. Při posuzování stanovených (nejen) technických kvalifikačních předpokladů přitom nelze odhlédnout od podmínek na trhu či konkrétních důsledků, které stanovené kvalifikační předpoklady mohou u uchazečů vyvolat. Je pochopitelné, že žalobce vzhledem k předpokládanému rozsahu plnění, jež tvořilo předmět veřejné zakázky, vyžadoval, aby dodavatelé prokázali poskytování dřívějšího plnění spočívajícího v distribuci léčiv ve smyslu § 56 odst. 1 písm. a) ZVZ. Požadavkem na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů zadavatel směřuje k získání alespoň částečné „záruky“, že je dodavatel schopen poptávanou veřejnou zakázku realizovat, tj. že disponuje dostatečnými zkušenostmi a dostatečnou kapacitou k realizaci veřejné zakázky; v případě požadavků na doložení tzv. referencí jde o požadavek směřující – jednoduše řečeno – k doložení toho, že dodavatel obdobné plnění v minulosti (v rozsahu přiměřeném aktuálně zadávané veřejné zakázce) již úspěšně realizoval. Podle zdejšího soudu však v nyní posuzované věci informace o maržích k jednotlivým léčivům nemohla ničeho vypovídat o technické (věcné) způsobilosti dodavatelů k plnění veřejné zakázky. Zdejší soud se žalobcem souhlasí potud, že hodnota dodávaných léků sestává z obchodní přírážky distributora (dodává-li léky distributor a nikoli výrobce) a cenou léčiva, jak uvedl žalobce v rozkladu ze dne 10.7.2014, informace o výši marže účtované dodavatelem však v žádném ohledu nedokládá jeho schopnost realizovat žalobcem poptávané plnění. Pro posouzení způsobilosti a kapacity (po stránce obsahové i rozsahové) dodavatele k realizaci veřejné zakázky je podstatné, zda dodavatel v minulosti poskytoval obdobná plnění v (alespoň řádově) obdobném rozsahu, nikoli jakou část z hodnoty v minulosti poskytnutých plnění představuje marže (zisk).

Údaj o výši marží tedy podle zdejšího soudu bezprostředně nesouvisí s předmětem plnění veřejné zakázky a tato informace nedává žalobci reálnou možnost seznat schopnost dodavatele plnění realizovat. Zdejší soud tedy dává zapravdu žalovanému, že žalobce v rozporu s § 50 odst. 3 ZVZ neomezil rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky, a tedy ZVZ porušil.

S ohledem na uplatněné žalobní body je nutně navazující otázkou, zda uvedené porušení § 50 odst. 3 ZVZ mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a tedy zda tímto jednáním žalobce spáchal správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Pro posouzení této otázky není podstatné, zda informace o konkrétní marži naplňuje v každém konkrétním případě všechny zákonné znaky pro to, aby mohlo jít o předmět obchodního tajemství; podstatné je, že informace o marži je bezpochyby údajem, který

není v obchodních kruzích běžně dostupný a dodavatelé (coby podnikatelé) mohou mít oprávněný zájem výši marže nesdělovat. Jestliže tedy žalobce po dodavatelích neoprávněně vyžadoval poskytnutí informace o konkrétní výši marže jednotlivých léčiv, mohl tento požadavek vést k odrazení dodavatelů z účasti v zadávacím řízení.

Jestliže tedy žalovaný v obou postupně vydaných rozhodnutích způsobilost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky opřel o konstrukci, podle níž nelze vyloučit existenci dodavatele, který by podal nabídku v případě, že by po něm žalobce nevyžadoval v rámci prokazování kvalifikace sdělení údajů o konkrétní výši marže jednotlivých léčiv, nic podstatného mu zdejšího soudu nemůže vytknout. Žalovaný nemusí zevrubně prokazovat, že v rozhodné době existoval konkrétní dodavatel, který se zadávacího řízení nemohl zúčastnit jen proto, že žalobce uvedený požadavek uplatnil, a zúčastnil-li by se jej, že by jeho nabídka byla nabídkou vítěznou; v takovém případě by totiž žalovaný fakticky neprokazoval ohrožení výběru nejvhodnější nabídky, nýbrž faktické porušení povinnosti vybrat nejvhodnější nabídku (obdobně Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 28.6.2016, č.j. 4 As 61/2016-34, a v rozsudku ze dne 18.8.2016, č.j. 9 As 63/2016-43). Skutková podstata správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ zahrnuje jak poruchový, tak ohrožovací delikt; dovozovat naplnění znaků ohrožení musí být opřeno o srozumitelnou a logickou konstrukci, jež má oporu ve skutkových zjištěních. Tyto nároky úvaha provedená žalovaným podle zdejšího soudu splňuje. Pokud jde o samotné námitky ze strany PHOENIX lékárenský velkoobchod, a.s., ty se tedy nestaly nosným argumentem způsobilosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky; fakt, že tento dodavatel žalobcem požadovanou kvalifikaci v tomto směru prokázal, na naplnění znaku alespoň způsobilosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, jak ji žalovaný v napadeném rozhodnutí – podle zdejšího soudu správně – konstruoval, ničeho nemění.

V této části je tedy žaloba nedůvodná.

IV.2.

Dále ve vztahu ke druhému porušení ZVZ (druhému správnímu deliktu) s ohledem na uplatněné žalobní body zdejší soud posuzoval, zda žalobcem požadovaná minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů byla stanovena přiměřeně ve vztahu k povaze veřejné zakázky – tj. druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění.

Podle § 56 odst. 7 písm. c) ZVZ je zadavatel povinen vymezit minimální úroveň kvalifikačních předpokladů tak, aby odpovídaly druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. V případě, že jsou technické kvalifikační předpoklady nastaveny zjevně nepřiměřeně ve vztahu k povaze veřejné zakázky, a o zakázku se proto nemohou ucházet dodavatelé, kteří by se jinak – byť potenciálně – o zakázku ucházet mohli, jde o skrytou diskriminaci, tj. postup v rozporu s § 6 ZVZ (shodně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5.6.2008, č.j. 1 Afs 20/2008-152, či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9.7.2009, č.j. 9 Afs 87/2008-81).

Z bodu 4.2 písm. d) kvalifikační dokumentace plyne, že dodavatelé museli doložit realizaci významných zakázek v souhrnné hodnotě distribuovaných léčiv ve výši alespoň 6 000 000 000 Kč bez DPH za poslední 3 roky. V každém roce z posledních 3 let musela být v případě jedné zakázky hodnota distribuovaných léčiv alespoň 1 000 000 000 Kč bez DPH. Z čl. 4 odst. 4.6 zadávací dokumentace je zřejmé, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena na 2 826 360 000 bez DPH na období 4 let. Průměrná předpokládaná hodnota plnění poskytnutého v období jednoho roku v nyní posuzované věci tedy byla 706 590 000 Kč a z ničeho neplyne, že by se v jednotlivých letech rozsah plnění a jeho hodnota měly významně odlišovat.

Míra přísnosti požadavků na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů je odvislá od řady okolností, jež souvisejí s druhem, rozsahem a složitostí předmětu plnění veřejné zakázky. Skutečnost, že dodávky léků měly být určeny pro 5 nemocnic, které jsou od sebe vzdáleny více než 90 km, může bezesporu klást na dodavatele vyšší nároky z hlediska logistiky než v případě, že by veškeré plnění mělo být dodáváno do jednoho místa. Náročnější logistika však nutně nesouvisí s hodnotou plnění, jež má být dodáváno. V nyní posuzované věci je však navíc již *prima vista* patrný i značný rozdíl mezi žalobcem požadovanými minimálními hodnotami v minulosti realizovaných (tj. tzv. referenčních) plnění (6 000 000 000 Kč za poslední 3 roky) a předpokládanou hodnotou veřejné zakázky (2 826 360 000 Kč za 4 roky). Zdejší soud má tedy za to, že větší počet nemocnic rozmístěných od sebe 90 km přímo nesouvisí s hodnotou plnění (nejvýše může souviset s nutností zajistit více vozidel, více pracovníků a sofistikovanější logistické a organizační zázemí, popř. může souviset s výhodou „pevnějších nervů“ při koordinaci plnění) a už vůbec neodůvodňuje stanovení kvalifikačního požadavku na dříve realizovaná plnění ve výši více než dvojnásobné oproti předpokládané hodnotě veřejné zakázky. Nadto veřejná zakázka v nyní posuzované věci měla být realizována v období čtyř let, zatímco souhrnná hodnota v minulosti realizovaných zakázek se vztahovala k období tří let. Přestože tedy existence více nemocnic 90 km od sebe mohla znamenat zvýšené logistické a organizační obtíže při distribuci léčiv a zdravotnických pomůcek, nemohla tato skutečnost ospravedlnit stanovení požadavku na minimální hodnotu v minulosti realizovaných zakázek 6 000 000 000 Kč, neboť tato částka – a to dokonce o několik miliard – přesahuje předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, a je tak podle přesvědčení zdejšího soudu zjevně excesivní.

Stejně tak požadavek stanovený žalobcem, aby dodavatelé ve vztahu ke každému z posledních 3 let prokázali, že alespoň v případě jednoho plnění byla hodnota distribuovaných léčiv nejméně 1 000 000 000 Kč bez DPH, je zjevně nepřiměřený. Jestliže předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla 2 826 360 000 Kč za 4 roky, pak v průměru na jeden rok plnění připadá hodnota veřejné zakázky ve výši 706 590 000 Kč. Je pravdou, že rozdíl mezi roční předpokládanou hodnotou veřejné zakázky a požadavkem žalobce na doložení minimální hodnoty distribuovaných léčiv u jednoho ročního plnění není tak excesivní jako v případě shora uvedeného celkového požadavku na minimální hodnotu v minulosti realizovaných zakázek 6 000 000 000 Kč, tu je však třeba zohlednit, že podle čl. 4.1 zadávací dokumentace

(a shodně podle bodu 3.1 kvalifikační dokumentace) bylo účelem veřejné zakázky uzavření rámcové smlouvy se třemi vybranými dodavateli. Průměrná předpokládaná hodnota veřejné zakázky realizovaná jedním ze tří vybraných dodavatelů by tedy mohla být výrazně nižší než 706 590 000 Kč. Z argumentace žalobce v průběhu správního řízení navíc vyplývá, že si byl vědom skutečnosti, že minimální hodnotu distribuovaných léčiv ve výši 1 000 000 000 Kč lze prokázat pouze dodávkami soukromým subjektům, tj. z pohledu plnění, jež je veřejnou zakázkou, nepochybně nejde o obvyklou výši. Navíc minimální hodnota v minulosti poskytnutých plnění se vztahuje pouze k léčivům. Předmětem veřejné zakázky v nyní posuzované věci však jsou také zdravotnické prostředky dle zákona č. 123/2000 Sb., o zdravotnických prostředcích (čl. 4.2 zadávací dokumentace); z předpokládané hodnoty veřejné zakázky tak na léčiva připadá pouze část.

Skutečnost, že nabídku podal pouze jediný dodavatel, na závěru o nepřiměřenosti uvedených požadavků na prokázání splnění kvalifikace v jejich souhrnu nemá vliv; naopak tato skutečnost může svědčit o tom, že žalobcovy požadavky reálně mohly odradit dodavatele od účasti v zadávacím řízení.

Podle zdejšího soudu tedy byly v nyní posuzované věci stanoveny požadavky na doložení splnění technických kvalifikačních předpokladů v podobě hodnot dříve distribuovaných léčiv stanoveny excesivně a o zakázku se tak hypoteticky nemohli ucházet dodavatelé, kteří by se jinak – bez uplatnění těchto požadavků – o zakázku ucházet mohli. Podle přesvědčení zdejšího soudu jsou z napadeného rozhodnutí i jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí zřejmé nosné důvody, které vedly k závěru o nepřiměřenosti stanovených technických kvalifikačních předpokladů a ani žalobce vyjma obecného odkazu na § 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“), k jím tvrzené nepřezkoumatelnosti rozhodnutí pro nedostatek důvodů podrobnější argumentaci neuvedl. Byť předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí rozsáhle cituje ze souvisejících soudních rozhodnutí, činí tak proto, aby vypořádání jednotlivých námitek rozkladu bylo dostatečně patrné. Kupříkladu v bodu 39. napadeného rozhodnutí předseda žalovaného v reakci na námitku žalobce odkazuje na rozsudek zdejšího soudu a v závěru bodu doplňuje vlastní hodnocení, které se vztahuje k nyní posuzované věci. Ve vztahu k odkazu na vyhlášku č. 232/2012 Sb. a stavební práce předseda žalovaného (bod 42. napadeného rozhodnutí) uvedl, že toto srovnání uvádí na okraj; byť tu lze i přisvědčit žalobci, že toto srovnání není zcela přiléhavé, srozumitelnost důvodů napadeného rozhodnutí tento odkaz nikterak neznehodnocuje.

Žaloba je tak v této části nedůvodná.

IV.3.

Ve vztahu ke třetímu porušení ZVZ (ke třetímu správnímu deliktu) žalobce namítá, že z napadeného rozhodnutí není patrné, v čem spatřuje žalovaný netransparentnost či nedostatečnost vymezení příslušného dílčího hodnotícího kritéria či popisu hodnocení.

Podle § 44 odst. 3 písm. h) ZVZ musí zadávací dokumentace obsahovat způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií. Zadávací podmínky musí být dostatečné tak, aby nepřipouštěly rozdílný výklad ohledně hodnocení nabídek; jinak by byl postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky nekontrolovatelný a takový postup by byl v rozporu se zásadou transparentnosti (shodně např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25.3.2009, č.j. 2 Afs 86/2008-222).

Ze čl. 7.1 zadávací dokumentace plyne, že základním hodnotícím kritériem byla ekonomická výhodnost nabídky (§ 78 odst. 1 písm. a/ ZVZ). Třetím dílčím hodnotícím kritériem, kterému byla přiřazena váha 70 %, byl „*Návrh způsobu poskytování služeb distribuce léčivých přípravků a zdravotnických prostředků*“. Na str. 7 a 8 zadávací dokumentace pak žalobce vymezil, co bude hodnotit v rámci tohoto dílčího kritéria, a následně vymezil, jak bude nabídky vztahující se k tomuto dílčímu kritériu hodnotit. Příloha č. 3 zadávací dokumentace v odst. 5 stanoví, že „...*pro kritéria, která nelze vyjádřit číselně, sestaví hodnotící komise pořadí nabídek od nejvhodnější k nejméně vhodné a přiřadí nejvhodnější nabídce 100 bodů a každé následující nabídce přiřadí takové bodové ohodnocení, které vyjadřuje míru splnění dílčího kritéria ve vztahu k nejvhodnější nabídce...*“.

Zadavatel má nepochybně právo při hodnocení nabídek upřednostnit před nabídkovou cenou jiná dílčí hodnotící kritéria, a to včetně kritérií nekvantifikovatelných. Jestliže se však zadavatel rozhodne uplatnit taková dílčí kritéria, která nelze kvantifikovat, musí tato dílčí kritéria v zadávací dokumentaci jednoznačně a srozumitelně vymezit; nemohou být totiž v zadávacím řízení dány pochybnosti o tom, co a jak bude hodnoceno, neboť jinak by nikdy nemohly být odstraněny pochybnosti o tom, zda bylo hodnoceno tak, jak hodnoceno být mělo. Přestože způsob distribuce léků, jejich uchovávání a kontrola kvality jsou v tuzemském právním prostředí podrobně normovány (ať již zákony či podzákonnými předpisy), nic nebránilo žalobci, aby nad rámec norem při hodnocení nabídek upřednostnil ty dodavatele, jejichž „standard dodávek“ je vyšší než podle norem nezbytný. Ze zadávací dokumentace však není zřejmé, jakým způsobem sestaví hodnotící komise pořadí nabídek od nejvhodnější k nejméně vhodné (příloha č. 3 zadávací dokumentace), pouze je velmi obecně konstatováno, že nejvhodnější nabídka získá 100 bodů a každé následující nabídce bude přiřazeno bodové ohodnocení, které vyjadřuje míru splnění dílčího kritéria ve vztahu k nejvhodnější nabídce. Jakým způsobem tak mělo být učiněno, to ovšem ze zadávací dokumentace nikterak neplyne. Stejně tak není zřejmý vzájemný vztah mezi jednotlivými body (subkritérii) dílčího hodnotícího kritéria (způsob přijímání objednávek a expedice objednaných léčiv, způsob zajištění dopravy atd.). I v rámci jednotlivých bodů (subkritérii) téhož dílčího kritéria se některé body (subkritéria) věcně prolínají a není zřejmé, jaký je mezi nimi vztah (kupř. „*způsob zajištění ochrany léčiv při převozu v uchazečem navržených obalech (tj. způsob ochrany léčiv a zdravotnických prostředků při převozu před poškozením)*“ a „*uchazečem navržený způsob eliminace chyb způsobených uchazečem při dodávkách léčiv a zdravotnických prostředků...*“). Jednotlivé body (subkritéria)

dílčího hodnotícího kritéria také obsahují dílčí položky k hodnocení, ale není zřejmé, zda kupříkladu ve druhém bodu (subkritériu) dílčího hodnotícího kritéria (str. 7 zadávací dokumentace) byl pro žalobce podstatnější „*způsob zajištění dopravy léčiv a zdravotnických prostředků*“ či „*způsob zajištění ochrany léčiv při převozu v uchazečem navržených obalech*“ ani jak „lépe“ mají být takto popsány „způsoby“ ze strany dodavatelů naplňovány (tj. „co konkrétně bude podstatou hodnocení těchto „způsobů“). V posledním bodu (subkritériu) dílčího hodnotícího kritéria (str. 8 zadávací dokumentace) je pak stanoven požadavek na uvedení počtu dodavatelem způsobených reklamací „...*a to v souladu s evidencí vedenou Státním ústavem pro kontrolu léčiv...*“, ze zadávací dokumentace přitom není zřejmé, o jakou evidenci se jedná. Hodnocení v rámci těchto věcně (obsahově) neurčitých kritérií vymezil žalobce v zadávací dokumentaci tak, že stanovil sedm aspektů významných při posuzování (str. 8 zadávací dokumentace), i tyto aspekty jsou vymezeny neurčitě za využití obecných superlativů – „*nejúplněji*“, „*nejkvalitněji*“, „*nejkomplexněji*“, „*nejlépe*“, navíc těchto hodnotících aspektů bylo sedm, zatímco body (subkritéria) dílčího hodnotícího kritéria byly pouze čtyři (byť každý bod obsahuje další položky k hodnocení), aniž by byla jasná a srozumitelná (a tedy zpětně přezkoumatelná) návaznost jednotlivých hodnotících aspektů na jednotlivé body (subkritéria) dílčího hodnotícího kritéria.

Podle zdejšího soudu tedy žalobce nedostatečně jasně a srozumitelně vymezil způsob hodnocení, a tedy porušil § 44 odst. 3 písm. h) ZVZ, což vedlo k porušení zásady transparentnosti dle § 6 ZVZ. Namítá-li žalobce nepřezkoumatelnost prvostupňového rozhodnutí, neboť z něj není patrné, v čem konkrétně žalovaný spatřuje netransparentnost a nedostatečnost vymezení uvedeného dílčího hodnotícího kritéria, pak zdejší soud mu zapravdu nedává, neboť žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí dostatečně srozumitelně specifikoval žalobcovu pochybení v bodech 59., 60. a 62.

Žaloba je tak i v této části nedůvodná.

IV.4.

Ve vztahu ke čtvrtému porušení ZVZ (ke čtvrtému správnímu deliktu) žalobce namítá, že jím stanovené dílčí hodnotící kritérium „*Cena – výše distribuční přírážky ke skutečně zaplacené ceně*“ vyjadřuje vztah užitné hodnoty a ceny dle § 78 odst. 4 ZVZ.

Tu je podle zdejšího soudu podstatné, zda si jednotliví dodavatelé mohli konkurovat pouze v míře přidané marže či zda mají dodavatelé přístup k lékům za rozdílné „nákupní“ ceny. Podle § 1 odst. 1 písm. c) zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění (dále jen „o veřejném zdravotním pojištění“), je tímto zákonem upraven způsob stanovení cen a úhrad léčivých přípravků pro zvláštní lékařské účely hrazených ze zdravotního pojištění. Podle § 39a odst. 1 zákona o veřejném zdravotním

pojištění o maximálních cenách hromadně vyráběných léčivých přípravků a potravin pro zvláštní lékařské účely rozhoduje Státní ústav pro kontrolu léčiv.

Ze zákona o veřejném zdravotním pojištění tedy plyne, že distributoři léků mají prostor pro cenovou konkurenci nejen v části marží, nýbrž také v části nákupní ceny od výrobců, neboť je stanovena pouze cena maximální, nikoli cena fixní. Navíc ze správního spisu není zřejmé, že by žalobce poptával pouze léky, jejichž maximální cena je regulovaná podle zákona o veřejném zdravotním pojištění. Z vyjádření Ministerstva zdravotnictví ze dne 29.10.2013, č.j. MZDR 39484/2013, vyplývá, že k cenové konkurenci v části nákupní ceny (při nákupu léků distributorem od výrobce) může docházet. Za situace, kdy z právních předpisů vyplývá, že cena u některých léků je regulovaná pouze částečně (stanovení maximální ceny) a tuto praxi potvrdilo také Ministerstvo zdravotnictví, tedy žalovaný měl k této otázce spolehlivý podklad rozhodnutí, bylo na žalobci, aby navrhl důkazy prokazující, že k cenové konkurenci distributorů léků dochází pouze v části marže a nikoli v části nákupních cen od výrobců (či jejich distributorů). Žalobce však vyjma obecných tvrzení o tom, že cenová konkurence probíhá pouze při stanovení marží distributora, žádné důkazní návrhy – a to ani v rámci řízení o rozkladu ani nyní v rámci řízení o žalobě – nepředložil.

Namítá-li žalobce nepřezkoumatelnost rozhodnutí pro nedostatek důvodů v souvislosti s výrokovou částí IV. prvostupňového rozhodnutí, pak mu ani v tom zdejší soud nedává zapravdu. Z bodů 67. až 77. prvostupňového rozhodnutí jsou nosné důvody (zákonná a podzákonná úprava regulace cen léků) žalovaného dostatečně zřejmé, stejně je tomu i u rozhodnutí předsedy žalovaného (body 56. až 59.).

Ani v tomto ohledu tedy žaloba důvodná není.

IV.5.

K uložené pokutě žalobce namítá, že její výše (500 000 Kč) je nepřiměřená z důvodu zjevné složitosti a technické náročnosti veřejných zakázek na léky. Navíc podle žalobce chyběla rozhodovací praxe soudů v této oblasti zadávacích řízení.

Pokuta byla uložena primárně za správní delikt vymezený ve výrokové části I. prvostupňového rozhodnutí při zohlednění dalších správních deliktů vymezených ve výrokové části II., III. a IV. prvostupňového rozhodnutí za použití metody absorpce. Podle § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ lze za správní delikt dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ uložit pokutu do 10 000 000 Kč (u rámcové smlouvy nebyla zřejmá celková cena). Žalovaný tedy uložil pokutu při dolní zákonné hranici ve vztahu k maximální možné výši pokuty a především pak ve zcela zanedbatelné výši vzhledem k předpokládanému rozsahu plnění. Žalobcem obecně zmiňovaná „specifika trhu“ a „složitost problematiky“ na tom, že se – navíc při spáchání čtyř správních deliktů – nemůže jednat o pokutu nepřiměřenou, ničeho nemohou změnit. Podle přesvědčení zdejšího soudu je jednání žalobce vymezené ve výrokových částech I., II. a III.

prvostupňového rozhodnutí takového charakteru, že i při absenci konkrétní judikatury správních soudů, která by se vztahovala k problematice zadávacích řízení na dodávky léků, měly být žalobci žalovaným vytýkané nedostatky zřejmé. Ve vztahu k minimalizaci rozsahu požadované kvalifikace (výroková část I.), přiměřenosti technických kvalifikačních předpokladů (výroková část II.) a srozumitelnosti hodnotících kritérií (výroková část III.) mohl a měl žalobce zohlednit závěry správních soudů vyplývající z odlišných oblastí veřejných zakázek, neboť žalobce se dopustil pochybení obecného charakteru, která již byla řešena; tomu ostatně odpovídají i četné odkazy žalovaného na prejudikaturu (na které žalobce naopak nahlíží kriticky). Ve vztahu k pochybení při vymezení dílčího hodnotícího kritéria „*Cena – výše distribuční přírážky ke skutečně zaplacené ceně*“ (výroková část IV.) zdejší soud může rozumět žalobcově postoji, podle něhož je obtížné na trhu s léky, jejichž ceny jsou částečně regulovány, stanovit v zadávacím řízení dílčí hodnotící kritéria tak, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny, v nyní posuzované věci však žalovaný i zdejší soud vycházel z právních předpisů, jejichž výklad nečinil sporným ani žalobce, přitom žalobcova argumentace spočívala v tom, že se dovolával odlišné praxe na trhu. K této praxi však žalobce žádné dokazování nenavrhl. Ani tu tedy není důvodu pokutu z důvodu „obecnější spravedlnosti“ pokládat za uloženou v nepřiměřené výši.

Pokuta tedy ze žalobcem uváděných důvodů nebyla uložena ve výši nespravedlivé či nepřiměřené. Ani ve vztahu k uložené pokutě tedy není žaloba důvodná.

Za této situace lze uvážit o moderačním návrhu. Tento návrh není konkrétně odůvodňován, z kontextu žalobní argumentace je však zdejšímu soudu zřejmé, že je uplatňován proto, že pokuta není podle žalobce přiměřená. Podle § 78 odst. 2 s.ř.s. soud může, nejsou-li důvody pro zrušení rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s.ř.s., od trestu za správní delikt upustit nebo jej v mezích zákonem dovolených snížit, pokud byl trest uložen ve zjevně nepřiměřené výši. Pokud zdejší soud z důvodů žalobcem uváděných neshledal, že by pokuta byla nepřiměřená, tím spíše nemůže dovodit, že by byla zjevně nepřiměřená, což je podmínkou pro její snížení nebo úplné upuštění od ní. Proto ani tomuto návrhu soud nevyhověl.

IV.6.

Zdejší soud ze shora uvedených důvodů na věc nahlíží v nosných ohledech shodně jako žalovaný v napadeném a jemu předcházejícím rozhodnutí; závěry žalovaného jsou podle zdejšího soudu opřeny o odpovídající skutkový podklad a nevykazují žádnou chybu v jeho hodnocení. Žádný ze žalobních bodů, jak byly v žalobě uplatněny, zdejší soud nepokládá za důvodný, nad jejich rámec nelze ve vztahu k napadenému rozhodnutí dovodit ani žádný nedostatek, který by vyvolával vadu, k níž by musel zdejší soud přihlédnout z úřední povinnosti.

Proto zdejší soud žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl a nevyhověl ani moderačnímu návrhu uplatněnému podle § 78 odst. 2 s.ř.s.

V. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, proto právo na náhradu nákladů řízení nemá. Úspěšný byl žalovaný, tomu však podle obsahu správního spisu nevznikly žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti a náhradu žádných nákladů řízení ani nepožadoval, a proto bylo rozhodnuto, že se mu náhrada nákladů řízení nepřiznává.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 8. srpna 2017

Za správnost vyhotovení:
Romana Lipovská

David Raus, v.r.
předseda senátu