



UOHSX004L5RJ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S267/2010/VZ-23318/2012/521/JHn

V Brně dne 10. prosince 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 23. 7. 2010 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Krajská zdravotní, a. s., IČ 25488627, se sídlem Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem,
- vybraný uchazeč – HARTMANN-RICO a. s., IČ 44947429, se sídlem Masarykovo náměstí 77, 664 71 Veverská Bítýška,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „Materiál ošetrovatelské péče“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod ev. č. 60040483 dne 31. 12. 2009, ve znění oprav uveřejněných dne 8. 1. 2010 a v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2009/S252-362939 dne 31. 12. 2009, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 12. 1. 2010, rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Krajská zdravotní, a. s., IČ 25488627, se sídlem Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „Materiál ošetrovatelské péče“ tím, že

- nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách, když v zadávacím řízení požadoval po dodavatelích zajištění dodávky různých

samostatných skupin výrobků, jejichž dodávku mohou zajistit různí dodavatelé, čímž diskriminoval dodavatele, kteří mohli zajistit dodávku jednotlivých skupin výrobků, avšak nikoliv dodávku všech skupin výrobků požadovaných zadavatelem,

- nedodržel postup stanovený v ustanovení § 45 odst. 1 v návaznosti na § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách, když nestanovil technické podmínky na dodávky objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem,

přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 12. 7. 2010 byla uzavřena smlouva na veřejnou zakázku.

II.

Ve věci dalších důvodů, pro které bylo toto správní řízení z moci úřední zahájeno, tj. pochybnosti, zda zadavatel – Krajská zdravotní, a. s., IČ 25488627, se sídlem Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem – při zadávání veřejné zakázky „Materiál ošetřovatelské péče“ postupoval v souladu s ustanovením § 44 odst. 1 a ustanovením § 45 odst. 3 citovaného zákona, se správní řízení podle ustanovení § 66 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**.

III.

Za spáchání ve výroku I. uvedeného správního deliktu **se** zadavateli – Krajská zdravotní, a. s., IČ 25488627, se sídlem Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 200 000,- Kč (dvě stě tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně.

ODŮVODNĚNÍ

I. Průběh zadávacího řízení

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Krajská zdravotní, a. s., IČ 25488627, se sídlem Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem (dále jen „zadavatel“), ve věci veřejné zakázky „Materiál ošetřovatelské péče“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod ev. č. 60040483 dne 31. 12. 2009, ve znění oprav uveřejněných dne 8. 1. 2010 a v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2009/S252-362939 dne 31. 12. 2009, ve znění dodatečných

informací uveřejněných dne 12. 1. 2010. Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal příslušnou dokumentaci, ze které zjistil následující skutečnosti.

2. Zadavatel v oznámení o zakázce vymežil předmět veřejné zakázky následujícím způsobem: „Předmětem plnění veřejné zakázky v rámci tohoto zadávacího řízení je uzavření rámcové smlouvy na 4 roky s jedním vybraným uchazečem a s účinností od okamžiku podpisu smlouvy a s předpokládanou dobou plnění od podpisu smlouvy, na základě které uchazeč zajistí po dobu platnosti smlouvy dodávky materiálů ošetrovatelské péče.“
3. Zadavatel v bodu 4) zadávací dokumentace vymežil předmět veřejné zakázky následujícím způsobem – „Vymezení plnění veřejné zakázky“:
 - předmět veřejné zakázky – *„Předmětem plnění veřejné zakázky v rámci tohoto zadávacího řízení je uzavření rámcové smlouvy na 4 roky s jedním vybraným uchazečem a s účinností od okamžiku podpisu smlouvy a s předpokládanou dobou plnění od podpisu smlouvy, na základě které uchazeč zajistí po dobu platnosti smlouvy dodávky materiálů ošetrovatelské péče.“*
 - podrobné vymezení předmětu veřejné zakázky – *„Předmětem této veřejné zakázky jsou průběžné dodávky spotřebního materiálu inkontinence, obvazový materiál, obvazy a obinadla, náplasti a krytí rány, jednorázové sety pro malé výkony, materiál ošetrovatelské péče pro Zadavatele včetně poskytování případných souvisejících služeb v rozsahu a za podmínek vymezených Zadávací dokumentací. Na základě smlouvy uzavřené za účelem splnění Veřejné zakázky mezi Zadavatelem a vybraným uchazečem bude vybraný uchazeč zajišťovat na základě dílčích objednávek Zadavatele a v závislosti na jeho potřebách průběžné dodávky materiálů ošetrovatelské péče, dle seznamu, který tvoří Přílohu č. 2 Zadávací dokumentace na jednotlivá místa určená Zadavatelem. Příloha č. 2 této Zadávací dokumentace je současně přiložena v elektronické podobě na nosiči dat (CD).“*
4. Kritériem pro zadání veřejné zakázky byla ekonomická výhodnost nabídky s dílčími hodnotícími kritérii:
 - a) Celková nabídková cena v Kč bez DPH za jeden kalendářní rok (váha 60%)
Subkritéria:

spotřební materiál inkontinence	32 %
obvazový materiál	22 %
obvazy a obinadla	16 %
náplasti a krytí rány	16 %
jednorázové sety pro malé výkony	7 %
ostatní materiál ošetrovatelské péče	7 %
 - b) Kvalitativní úroveň – technické a funkční vlastnosti materiálů (váha 40%)
5. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 22. 2. 2010 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel celkem 3 nabídky. V rámci zadávacího řízení zadavatel rozhodl o vyloučení nabídek uchazečů B.Braun Medical s. r. o. a Batist s. r. o. z důvodu nesplnění zadávacích podmínek a neúplnosti nabídky (B.Braun Medical – nepředložil čestné prohlášení, ze kterého by vyplývalo, že uchazeč bude pojistnou smlouvu udržovat po celou dobu realizace veřejné zakázky; nepředložil doklad o celkovém obratu a nepředložil seznam

významných dodávek; Batist s. r. o. – měl v nabídce nesrovnalosti týkající se nabídkové ceny). Zadavatel dne 23. 4. 2010 rozhodl o výběru nejhodnější nabídky uchazeče HARTMANN-RICO a. s., IČ 44947429, se sídlem Masarykovo náměstí 77, 664 71 Veverská Bítýška (dále jen „vybraný uchazeč“).

6. Dne 12. 7. 2010 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu s předmětem plnění – prodej zdravotnických prostředků, a to spotřebního materiálu ikontinence, obvazového materiálu, obvazů a obinadel, náplastí krytí rány, jednorázových setů pro malé výkony a ostatního materiálu ošetrovatelské péče – za celkovou cenu 19 696 528,- Kč bez DPH/1 rok, tj. 21 872 963,- Kč s DPH/1 rok.
7. Po posouzení obsahu předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele v zadávacím řízení se zákonem při vymezení předmětu plnění veřejné zakázky a stanovení technických podmínek a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu.
8. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou zadavatel a vybraný uchazeč.
9. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení dopisem č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-10880/2010/510/MCh ze dne 22. 7. 2010. Usnesením č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-10881/2010/510/MCh ze dne 22. 7. 2010 Úřad účastníkům správního řízení stanovil lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhnout důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

II. Stanovisko zadavatele a vybraného uchazeče

10. Zadavatel se ke správnímu řízení vyjádřil dopisem ze dne 2. 8. 2010, ve kterém uvedl, že přesně ví, jaké druhy materiálů ošetrovatelské péče a v jakém složení, balení apod. nejlépe vyhovují potřebám příslušných lékařů a ostatních pracovníků, a tudíž s ohledem na tuto skutečnost popsal předmět veřejné zakázky tak, aby jednoznačným způsobem vyjadřoval účel využití plnění. Ke specifikaci složení jednotlivých setů zadavatel uvedl, že požadované sety, resp. jejich skladba, plně reflektují jeho současné požadavky na materiál ošetrovatelské péče, který je používán zadavatelem k provádění lékařských výkonů. Jednotlivé sety jsou specifikovány s ohledem na prováděné lékařské výkony. Požadavek na jednorázové sety pro malé lékařské zákroky je odůvodněn zejména potřebou obdržet plnění, které představuje "hotový sterilní set", který významně šetří čas lékařům a ostatním pracovníkům zadavatele a usnadňuje aseptický postup při provádění vybraných lékařských zákroků. Díky používání "hotových sterilních setů" odpadá časově náročná a pracná příprava a kompletace zdravotního materiálu a nástrojů. "Hotový sterilní set" je k dispozici hned, čímž dochází ke zlepšení kvality poskytované ošetrovatelské péče a příslušný lékařský nebo sesterský zákrok je možné provést okamžitě a takřka kdekoliv. Zadavatel se domnívá, že předmět plnění veřejné zakázky vymezil pomocí obecných specifikací, které jsou však dostatečně přesné a srozumitelné všem dodavatelům. Zadávací dokumentace neobsahuje požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky ani označení původu. Zadavatel v zadávací dokumentaci výslovně připustil možnost, aby uchazeči pro plnění veřejné zakázky použili jiná kvalitativně a technicky obdobná řešení.

11. Zadavatel se dále vyjádřil k pochybnostem Úřadu o schopnosti některých dodavatelů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, ale nepodali nabídku, plnit předmět veřejné zakázky. Zadavatel se domnívá, že uvedená pochybnost Úřadu se vztahuje k požadovaným setům, neboť ostatní požadované plnění je dostupné na trhu ve formě kusových produktů. Zadavatel v zadávací dokumentaci neuvádí bližší specifikaci na vzhled požadovaných setů, na uložení komponentů v určitém sledu, aby nedošlo ke zvýhodnění některého dodavatele, neboť si je vědom, že v současné době působí na trhu několik dodavatelů zdravotnického materiálu s odlišným portfoliem nabízených produktů. Materiály ošetřovatelské péče obsažené v jednotlivých požadovaných sterilních setech představují podle zadavatele nezbytné minimum pro provedení příslušného lékařského zákroku lege artis. Požadavky zadavatele byly vymezeny v souladu s požadavky definovanými ve vyhlášce č. 195/2005 Sb., kterou se upravují podmínky předcházení vzniku a šíření infekčních onemocnění a hygienické požadavky na provoz zdravotnických zařízení a ústavů sociální péče, ve znění pozdějších předpisů. Zadavatel je přesvědčen, že sety tak jak je požadoval, mohli dodat všichni dodavatelé, kteří dodávají v takovém setu obsažené produkty.
12. Ke správnímu řízení se vyjádřil i vybraný uchazeč dopisem ze dne 30. 7. 2010, ve kterém uvedl, že patří mezi největší domácí výrobce spotřebního zdravotnického materiálu a hygienických výrobků. Uvedené veřejné zakázky se účastnil, přestože neměl k dispozici veškeré poptávané produkty. Podle názoru vybraného uchazeče byl předmět plnění veřejné zakázky stanoven v souladu se zásadami stanovenými zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. Pokud není vybraný uchazeč schopen plnit veřejnou zakázku sám, podává společnou nabídku s jiným dodavatelem. Zadavatel v zadávacích podmínkách umožnil podat nabídku všem dodavatelům, a to s ohledem na ustanovení na str. 13 a 14 zadávací dokumentace, kde je jednoznačně stanoveno, že je výslovně umožněno uchazečům, aby namísto výrobků označených v příloze 2 zadávací dokumentace pomocí specifických označení atd. použili jiná kvalitativně a technicky obdobná řešení. Podle vybraného uchazeče pokud se zadavatel rozhodl neumožnit podávání nabídek na části, ale pouze na celek, je to právo zadavatele a s ohledem na obvyklou obchodní praxi s cílem snižování nákladů se jedná o standardní řešení.

III. Dosavadní řízení před Úřadem

13. Po přezkoumání případu vydal Úřad rozhodnutí ve věci č.j. ÚOHS-S267/2010/VZ-12951/2010/510/MCh ze dne 12. 10. 2010, kterým rozhodl o spáchání správního deliktu zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „Materiál ošetřovatelské péče“ tím, že
 - nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona, když v zadávacím řízení požadoval po dodavatelích zajištění dodávky různých samostatných skupin výrobků, jejichž dodávku mohou zajistit různí dodavatelé, čímž diskriminoval dodavatele, kteří mohli zajistit dodávku jednotlivých skupin výrobků, avšak nikoliv dodávku všech skupin výrobků požadovaných zadavatelem,
 - nedodržel postup stanovený v ustanovení § 45 odst. 3 v návaznosti na § 6 zákona, když stanovil technické podmínky tak, že vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže,

příčemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 12. 7. 2010 byla uzavřena smlouva.

14. Proti tomuto rozhodnutí podal zadavatel dopisem doručeným Úřadu dne 26. 10. 2010 rozklad.
15. Druhostupňovým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R161/2010/VZ-4114/2011/310-ASc ze dne 15. 3. 2011 předseda Úřadu prvostupňové rozhodnutí č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-12951/2010/510/MCh ze dne 12. 10. 2010 zrušil a věc vrátil k novému projednání. Jako důvod zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání uvedl předseda Úřadu pochybnosti o přezkoumání všech skutečností, které se vztahují k porušení ust. § 45 odst. 3 zákona v návaznosti na § 6 zákona, uvedené v prvostupňovém rozhodnutí. Předseda ve svém rozhodnutí označil za zásadní skutečnost to, zda nabídky dvou uchazečů, kteří se účastnili zadávacího řízení, avšak jejich nabídky byly vyřazeny z důvodů uvedených v bodu 5. napadeného rozhodnutí splnily stanovené technické podmínky, podle požadavků vymezených zadávací dokumentací. V případě, že by bylo zjištěno, že tyto nabídky by uvedené technické podmínky bezesbýtku naplnily stejně, jako tomu bylo u nabídky vybraného uchazeče, nebylo by možné konstatovat vytvoření neodůvodněných překážek hospodářské soutěže, neboť okruh tří uchazečů, kteří by dané podmínky byli schopni splnit, by nasvědčoval tomu, že nešlo o nastavení podmínek shodujících se pouze s parametry zboží nabízeného vybraným uchazečem tak, jak je tomu konstatováno v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Předseda v rozhodnutí dále konstatoval, že tyto pochybnosti jsou důvodem, pro něž přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a jeho vrácení Úřadu k novému projednání tak, aby zhodnotil obsah jednotlivých nabídek v korelaci s obsahem zadávací dokumentace, případně si vyžádal stanoviska dalších dodavatelů s ohledem na možnost splnění technických podmínek.
16. Dopisem č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-5693/2011/510/HOd ze dne 12. 4. 2011 Úřad oznámil účastníkům řízení, že ve správním řízení vedeném Úřadem ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele pod sp. zn. ÚOHS-S267/2010/VZ se pokračuje, neboť Úřad má pochybnost, zda zadavatel stanovil zadávací podmínky v souladu s ust. § 6 zákona a ust. § 44 odst. 1 zákona. Usnesením č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-5694/2011/510/HOd z téhož dne stanovil Úřad všem účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
17. Dne 26. 4. 2011 Úřad obdržel písemné vyjádření vybraného uchazeče, v němž vyjádřil přesvědčení o zákonnosti postupu zadavatele a uvedl, že se domnívá, že nestanovení obecné procentuální tolerance odchýlení od hranic požadovaného rozmezí výrobku je uplatněním znění ust. § 44 odst. 9 zákona. Vybraný uchazeč je toho názoru, že zadavatel připustil i jiné výrobky, tedy kvalitativně i technicky obdobná řešení a tím neomezil hospodářskou soutěž a dodržel ustanovení jak českého právního řádu, tak i evropských norem.
18. Zadavatel se k pokračování správního řízení vyjádřil dopisem ze dne 26. 4. 2011, v němž zejména rekapituluje postup Úřadu ve správním řízení a cituje argumentaci uvedenou v rozhodnutí předsedy Úřadu a dále se vyjadřuje k pochybnostem Úřadu o zákonnosti vymezení předmětu (resp. technické specifikace) plnění veřejné zakázky, kde mj. opakuje tvrzení již uvedená ve vyjádření ze dne 2. 8. 2010. Nadto zadavatel uvádí, že z odpovědí oslovených dodavatelů vyplývají jednoznačné důkazy o faktické neschopnosti jednotlivých

dodavatelů podat nabídku. Tvrzení dodavatelů, podle nichž sortiment v zadavatelem požadovaném složení mohla pravděpodobně nabídnout jediná společnost na území České republiky, považuje zadavatel za spekulace, mj. z toho důvodu, že v zadávacím řízení obdržel tři nabídky, a spektrum dodavatelského portfolia nelze vztahovat pouze k území České republiky. Zadavatel rovněž nesouhlasí s tvrzením dodavatelů, že společná nabídka by vedla k navyšování nabídkové ceny o marže dalšího článku v distribučním řetězci, neboť tyto spekulace nejsou dostatečně konkrétní. Zadavatel nesouhlasí ani s tvrzením Úřadu, že podání společné nabídky představuje pouze jednu z možností plnění předmětu veřejné zakázky a nikoli povinnost uchazečů postupovat daným způsobem. Dodavatel je podle názoru zadavatele povinen vyvinout snahu nabídnout plnění, které zadavatel požaduje a takovou snahou je možné rozumět právě podání společné nabídky. Zadavatel konstatuje, že si Úřad po celou dobu průběhu správního řízení nevyžádal žádný doklad o konkrétním jednání některého z oslovených dodavatelů, jehož předmětem by byla snaha o sestavení nabídky na předmět veřejné zakázky a uvádí, že byl Úřad povinen si od oslovených dodavatelů vyžádat konkrétnější údaje.

19. K pochybnostem Úřadu o podezření z vytváření neodůvodněných překážek hospodářské soutěže zadavatel uvádí, že nesouhlasí s tvrzením, že současné nastavení předmětu plnění vede k tomu, že jsou určitým dodavatelům zaručeny konkurenční výhody nebo vytvářeny neodůvodněné překážky hospodářské soutěže podle ust. § 45 odst. 3 zákona. K tomu zadavatel dodává, že v zadávací dokumentaci neuvádí bližší požadavky na vlastní vzhled požadovaných setů, nevymezil bližší požadavky např. na uložení komponent v určitém sledu a požadavky byly sestaveny tak, aby byli výrobci schopni sestavit příslušné sterilní sety. Zadavatel doplňuje, že Úřad ve svém rozhodnutí neprokázal a nedoložil, že skutečně neexistují dodavatelé či subdodavatelé odlišní od vybraného uchazeče, kteří disponují sortimentem nezbytným pro podání ať už samostatné, společné nabídky nebo nabídky s využitím subdodavatelů. Zadavatel dále podotkl, že nabídky všech tří uchazečů splňují zadavatelem stanovené technické podmínky na předmět veřejné zakázky. Z tohoto důvodu se zadavatel domnívá, že není možné konstatovat vytvoření neodůvodněných překážek hospodářské soutěže.
20. Po novém přezkoumání případu vydal Úřad rozhodnutí ve věci č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-6348/2011/510/HOd ze dne 13. 7. 2011, kterým rozhodl o spáchání správního deliktu zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „Materiál ošetřovatelské péče“ tím, že
 - nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách, když v zadávacím řízení požadoval po dodavatelích zajištění dodávky různých samostatných skupin výrobků, jejichž dodávku mohou zajistit různí dodavatelé, čímž diskriminoval dodavatele, kteří mohli zajistit dodávku jednotlivých skupin výrobků, avšak nikoliv dodávku všech skupin výrobků požadovaných zadavatelem,
 - nedodržel postup stanovený v ustanovení § 44 odst. 1 citovaného zákona o veřejných zakázkách, tím, že nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky,
 přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 12. 7. 2010 byla uzavřena smlouva.

21. Proti rozhodnutí č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-6348/2011/510/HOd ze dne 13. 7. 2011 podal zadavatel dopisem doručeným Úřadu dne 29. 7. 2011 rozklad.
22. Druhostupňovým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R163/2011/VZ-65/2012/310/ASc/JSI ze dne 12. 1. 2012 předseda Úřadu prvostupňové rozhodnutí č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-6348/2011/510/HOd ze dne 13. 7. 2011 zrušil a věc vrátil k novému projednání. Jako důvod zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání uvedl předseda Úřadu nesprávnou změnu právní kvalifikace a s tím související nesprávnou subsumpci šetřeného skutku pod obecné ust. § 44 odst. 1 zákona a dále nerespektování závazného právního názoru vysloveného v rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R161/2010/VZ-4114/2011/310-ASc ze dne 15. 3. 2011. Předseda ve svém rozhodnutí poukázal na nesprávnou argumentaci Úřadu, která užívala ve shodném významu pojmy „předmět veřejné zakázky“ a „technické podmínky“, přičemž rozdílný význam těchto pojmů konstatoval i Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Ca 7/2010-135 ze dne 2. 3. 2010. Krajský soud v rozsudku uvedl, že předmětem veřejné zakázky je dodávka určitého zboží, přičemž technickými podmínkami jsou vymezeny bližší charakteristiky a požadavky na toto zboží (rozměry, barva, velikost apod.).

IV. Nové projednání věci před prvostupňovým orgánem

23. Dopisem č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-9078/2012/550/JHn ze dne 31. 5. 2012 Úřad oznámil účastníkům řízení, že ve správním řízení vedeném Úřadem ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele pod sp. zn. ÚOHS-S267/2010/VZ se pokračuje, neboť rozhodnutí č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-6348/2011/510/HOd ze dne 13. 7. 2011 bylo rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R163/2011/VZ-65/2012/310/ASc/JSI ze dne 12. 1. 2012 zrušeno a věc byla vrácena Úřadu k novému projednání z důvodu pochybností, zda Úřad správně kvalifikoval porušení zákona zadavatelem. Usnesením č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-9082/2012/550/JHn z téhož dne stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
24. Dne 13. 6. 2012 Úřad obdržel písemné vyjádření zadavatele. Zadavatel uvádí, že trvá na všech svých dosavadních vyjádřeních, rekapituluje průběh zadávacího řízení a konstatuje, že nabídky společnosti B.Braun Medical, s.r.o. a Batist, s.r.o. byly vyřazeny a nedošlo u nich k hodnocení technických podmínek požadovaných v zadávací dokumentaci. S odstupem doby a ve světle závěrů Úřadu zadavatel uvádí, že oba uchazeči předložili takové nabídky, ze kterých vyplývá, že by technické podmínky a stanovená subkritéria pro hodnocení kvality ošetřovatelského materiálu byli schopni splnit. Hodnocení dílčích kritérií kvalitativní úrovně mělo být provedeno porovnáním zaslaných vzorků a přiložené technické specifikace. Vzorky však již zadavatel nemá k dispozici, neboť není schopen materiálně a v souladu s hygienickými podmínkami jejich úschovu zabezpečit. Z toho důvodu není možné vzorky znovu vyhodnotit. Zadavatel je přesvědčen, že nabídky těchto dvou uchazečů by byly schopny splnit požadavky stanovené v zadávací dokumentaci, a proto je vyloučena úvaha o tom, že by nastavením technických podmínek došlo k vytvoření neodůvodněných překážek hospodářské soutěže. Skutečnost, že nabídku předložili tři uchazeči, nesvědčí o tom, že by se stanovené parametry zboží shodovaly pouze se zbožím nabízeným vybraným uchazečem.

Zadavatel navrhuje, aby bylo správní řízení zastaveno, neboť se zadavatel nedopustil spáchání správního deliktu a nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce.

25. Úřad dne 8. 11. 2012 zaslal zadavateli dopis č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-20692/2012/521/JHn, kterým jej seznámil s novými skutečnostmi ve správním řízení, které se týkají pochybnosti, zda zadavatel stanovil zadávací podmínky v souladu s ust. § 45 odst. 1 zákona a ust. § 6 zákona. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-20700/2012/521/JHn z téhož dne stanovil Úřad účastníkům řízení novou lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
26. Dne 22. 11. 2012 Úřad obdržel písemné vyjádření zadavatele, ve kterém zadavatel uvádí, že trvá na svých dosavadních vyjádřeních, opakuje průběh zadávacího řízení a shrnuje předmět veřejné zakázky. K hodnotícím kritériím zadavatel uvádí, že hodnocení dílčích kritérií kvalitativní úrovně bylo stanoveno tak, že hodnotící komise provede porovnání zaslaných vzorků a přiložené technické specifikace, ze které musí být patrné, zda a v jaké míře přípravek splňuje parametry přílohy č. 2 zadávací dokumentace. Ze zadávací dokumentace podle zadavatele vyplývá, že zadavatel je oprávněn v rámci hodnocení nabídek jednotlivých uchazečů hodnotit, zda a v jaké míře přípravek splňuje stanovené parametry, z čehož podle zadavatele vyplývá, že některý přípravek bude stanoveným parametrům vyhovovat více a jiný méně. Proto zadavatel v odpovědi na dotaz uchazeče k zadávacím podmínkám ze dne 26. 1. 2010 uvedl, že ačkoliv nestanovuje toleranci rozměrů u fixační náplasti, „*Odborná hodnotící komise pak výrobek posoudí. Zadavatel si zároveň vyhraduje možnost, v případě nabízeného výrobku s jakoukoliv odchylkou, vyžádat si od uchazeče vzorky k funkčnímu posouzení*“. V této souvislosti zadavatel konstatuje, že pokud byla fixační náplast v délce 9,1 m shledána jako kvalitativně vyhovující, ačkoliv podle přílohy č. 2 zadávací dokumentace požadoval 9,2 m, nejedná se o významnou odchylku. Číselně vyjádřeno se jedná o odchylku 1,1 %, což je podle zadavatele, pokud se počítá se zcela běžnou rezervou materiálu ošetřovatelské péče ve výši +- 5 %, zcela zanedbatelné. Zadavatel má za to, že postupoval v souladu s ust. § 45 odst. 1 v návaznosti na § 6 zákona a uvádí, že zadávací dokumentace byla vymezena natolik podrobně, aby dodavatelé byli schopni zpracovat nabídky, a aby tyto nabídky byly porovnatelné. Zadavatel konstatuje, že při odpovědi na dodatečné informace ze dne 26. 1. 2010 respektoval ust. § 6 zákona, a aby nedošlo k diskriminaci či neúměrnému zatěžování uchazečů při přípravě nabídek, odeslal svoji odpověď na vědomí všem uchazečům. Žádné další dotazy či námítky nebyly ze strany uchazečů vzneseny, proto se též zadavatel domnívá, že nepochybil. Zadavatel navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil, neboť nebyly shledány důvody pro uložení sankce a zadavatel se nedopustil spáchání správního deliktu.

V. Závěry Úřadu

27. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

K předmětu veřejné zakázky

28. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
29. Podle § 44 odst. 1 zákona zadávací dokumentace je soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.
30. Zadavatel stanovil předmět veřejné zakázky v oznámení o zakázce následujícím způsobem: *„Předmětem plnění veřejné zakázky v rámci tohoto zadávacího řízení je uzavření rámcové smlouvy na 4 roky s jedním vybraným uchazečem a s účinností od okamžiku podpisu smlouvy a s předpokládanou dobou plnění od podpisu smlouvy, na základě které uchazeč zajistí po dobu platnosti smlouvy dodávky materiálů ošetrovatelské péče“.*
31. V bodu 4) „Vymezení plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace zadavatel dále uvedl, že *„Předmětem této veřejné zakázky jsou průběžné dodávky spotřebního materiálu inkontinence, obvazový materiál, obvazy a obinadla, náplasti a krytí rány, jednorázové sety pro malé výkony, materiál ošetrovatelské péče pro Zadavatele včetně poskytování případných souvisejících služeb v rozsahu a za podmínek vymezených Zadávací dokumentací. Na základě smlouvy uzavřené za účelem splnění Veřejné zakázky mezi Zadavatelem vybraným uchazečem bude vybraný uchazeč zajišťovat na základě dílčích objednávek Zadavatele a v závislosti na jeho potřebách průběžné dodávky materiálů ošetrovatelské péče, dle seznamu, který tvoří Přílohu č. 2 Zadávací dokumentace na jednotlivá místa určená Zadavatelem. Příloha č. 2 této Zadávací dokumentace je současně přiložena v elektronické podobě na nosiči dat (CD).*
- Materiály ošetrovatelské péče jsou rozdělené do skupin podle způsobu použití:*
- 1. spotřební materiál inkontinence*
 - 2. obvazový materiál*
 - 3. obvazy a obinadla*
 - 4. náplasti a krytí rány*
 - 5. jednorázové sety pro malé výkony*
 - 6. ostatní materiál ošetrovatelské péče*
- Podrobné členění jednotlivých částí, parametry jednotlivých položek, předpokládaná spotřeba na čtyři roky a požadované vzorky jsou uvedeny v příloze č. 2 zadávací dokumentace.“*
32. Zadavatel nepřipustil dílčí plnění předmětu veřejné zakázky, uchazeči tedy mohli podávat pouze nabídky na celou veřejnou zakázku.
33. Z obsahu zadávací dokumentace vyplývá, že předmět veřejné zakázky je koncipován široce, neboť v sobě zahrnuje dodávku různých skupin výrobků spadajících do oblasti zdravotnických a hygienických potřeb, které se odlišují způsobem použití, a které spolu přímo nesouvisí (např. obvazový materiál je ve zdravotnictví využíván v oblasti ošetřování ran; v oblasti inkontinence jsou zejména používány dětské plenky, vložky, kalhotky a podložky pro inkontinentní pacienty...), a tudíž je lze poptávat samostatně.

34. O závěru, že se jedná o dodávku různých skupin výrobků, které lze poptávat samostatně, svědčí i to, že zadavatel v zadávací dokumentaci rozdělil předmět veřejné zakázky do 6-ti skupin podle způsobu použití, a u hodnotícího kritéria „Celková nabídková cena“ stanovil subkritéria – nabídkovou cenu u jednotlivých skupin poptávaných výrobků. Podle názoru vybraného uchazeče jedním z důvodů nerozdělení veřejné zakázky a jejího zadání v takto širokém pojetí by mohla být snaha zadavatele snížit finanční náklady. Úřad k tomu konstatuje, že případná vyšší administrativní a logistická náročnost, která by rozdělením veřejné zakázky na části a s umožněním podávání nabídek na jednotlivé části mohla být spojena, není důvodem, který by ospravedlňoval omezení konkurence. Současně je pravděpodobné, že by se v případě samostatného zadávání jednotlivých skupin poptávaných výrobků rozšířil okruh vzájemně si konkurujících dodavatelů v jednotlivých skupinách poptávaných výrobků, kteří mohli zadavateli nabídnout výhodnější podmínky plnění veřejné zakázky než vybraný uchazeč. Tento závěr potvrzují i vyjádření dodavatelů, které před zahájením správního řízení oslovil Úřad (viz níže bod 35 tohoto rozhodnutí).
35. O závěru Úřadu, že předmět veřejné zakázky byl koncipován zadavatelem příliš široce, svědčí i množství podaných nabídek. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že si zadávací dokumentaci vyzvedlo celkem 18 dodavatelů, přičemž nabídku podali pouze 3 uchazeči. Tedy pouze 3 uchazeči byli schopni obsáhnout rozsáhlý předmět veřejné zakázky. S ohledem na tuto skutečnost si Úřad v rámci šetření veřejné zakázky před zahájením správního řízení vyžádal od dodavatelů, kteří si u zadavatele vyzvedli zadávací dokumentaci, ale nepodali nabídky, dopisem ze dne 15. 6. 2010 sdělení z jakých důvodů se nezúčastnili předmětného zadávacího řízení a dopisem ze dne 29. 6. 2010 sdělení konkrétních položek vymezených v zadávací dokumentaci, které nebyli schopni dodat (nevyrábí) v zadavatelem požadovaných sadách, rozměrech, počtech kusů nebo baleních. Z odpovědí oslovených dodavatelů (pozn. odpovědělo celkem 14 dodavatelů) vyplývají následující důvody pro nepodání nabídky:
- předmět zakázky v celé jeho šíři neodpovídá distribučnímu sortimentu dodavatele,
 - zadavatel požaduje dodat objemnou šíři poptávaných komodit bez možnosti dílčího plnění, přičemž jednotlivé poptávané komodity na trhu zajišťují specializovaní výrobci, dodavatelé, případně jednotliví distributoři. V každé části jsou různé položky – rozměry, které dodavatel není schopen nabídnout a varianta, případně tolerance, nebyla připuštěna (např. požadavek zadavatele – tampony nesterilní 20x20 cm fixační náplasti 9,2 cm, dodavatel má k dispozici – tampony 17,5x20 cm, fixační náplasti 9,14 cm). Složení setů je zadavatelem jednoznačně popsáno, přičemž dodavatel dodává sety v jiném složení, pro daný účel bezpečné, účinné a vhodné pro poskytování zdravotní péče,
 - zadávací řízení bylo koncipováno pro jednu firmu, která je schopna zajistit kompletní sortiment specifikovaný v zadávací dokumentaci, jako obvazový materiál s přesnými rozměry, spotřební materiál inkontinence, dětské plenky, a to bez možnosti výchyly, tedy zadavatel požadoval striktní dodržení rozměrových parametrů i savosti,
 - bylo jednáno s potenciálními subdodavateli, přičemž s ohledem na specifikaci předmětu veřejné zakázky – přesné rozměry a početní složení bez jakékoliv tolerance a kombinace materiálů, které ve zdravotnické praxi vzájemně nesouvisí

(obvazový materiál, inkontinence, chirurgické roušky, kosmetické prostředky) – a lhůty stanovené zadavatelem nebylo možné připravit nabídku. Produkty či položky v setech jednotlivých dodavatelů, resp. subdodavatelů, vykazovaly odchylky ve velikosti nebo provedení (např. použitím materiálu),

- předmět veřejné zakázky nebyl rozdělen na části a podmínkou bylo předložení nabídky na předmět veřejné zakázky jako celek. Není připuštěno alternativní řešení.
- sortiment v zadavatelem požadovaném složení mohla pravděpodobně nabídnout pouze jediná společnost na trhu ČR, případně jiné společnosti, pokud by však požadované zboží kompletovaly od více firem. V takovém případě by však docházelo k navyšování nabídkové ceny o marže dalšího článku v distribučním řetězci.

36. Z obsahu odpovědí Úřadem oslovených dodavatelů vyplývá, že častým důvodem pro nepodání nabídky do předmětného zadávacího řízení byla neschopnost těchto dodavatelů pokrýt takto široce koncipovaný předmět veřejné zakázky z jimi nabízeného sortimentu. Z podaných vyjádření lze současně vyvodit závěr, že pokud by byl předmět veřejné zakázky rozdělen na části, mohli se tito dodavatelé ucházet alespoň o příslušnou část veřejné zakázky, resp. dodávku určité skupiny výrobků (např. dodávku obvazového materiálu, dodávku potřeb pro inkontinenci či dodávku setů pro malé výkony).
37. Z uvedeného plyne, že v důsledku široce vymezeného předmětu veřejné zakázky podalo nabídku méně dodavatelů, než by tomu bylo v situaci, kdyby jednotlivá plnění, resp. jednotlivé skupiny vzájemně souvisejících zdravotnických a hygienických potřeb, byly poptávány samostatně, případně kdyby byla veřejná zakázka rozdělena na části podle zadavatelem definovaných skupin výrobků pro hodnocení nabídkové ceny a dodavatelům bylo umožněno podávat nabídky i na jednotlivé části veřejné zakázky (§ 98 odst. 3 zákona). Široce vymezený předmět veřejné zakázky způsobil skrytou diskriminaci, v důsledku které došlo k omezení konkurenčního prostředí mezi dodavateli. V tomto případě byli diskriminováni ti dodavatelé, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna, o čemž svědčí vyjádření dodavatelů, která si Úřad vyžádal před zahájením správního řízení (viz bod 35 rozhodnutí).
38. V souvislosti s problematikou skryté diskriminace Úřad odkazuje na závěr Nejvyššího správního soudu, který učinil v rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152. Nejvyšší správní soud v cit. rozsudku ohledně smyslu § 6 zákona mimo jiné uvedl, že „*v první řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.... smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právním zakázaným důsledkům (v oblasti veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli)*“.
39. K argumentu vybraného uchazeče, že pokud není dodavatel schopen plnit veřejnou zakázku sám, podává společnou nabídku s jiným dodavatelem, Úřad uvádí, že zákon umožňuje dodavateli, který není schopen realizovat předmět veřejné zakázky samostatně, podat

společnou nabídku s dalším dodavatelem nebo realizovat část předmětu veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele, přičemž se jedná o jednu z možností plnění předmětu veřejné zakázky. Není tedy stanovena povinnost postupovat daným způsobem, neboť vedle nepopíratelných výhod nese tento postup i určité nevýhody. Jak vyplývá z odpovědí zadavatelem oslovených dodavatelů, plnění předmětu veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele nezvolili, neboť s ohledem na široký sortiment předmětu veřejné zakázky, jeho technickou specifikaci a lhůtu pro podání nabídky, takový postup nebyl reálný a byl celkově ekonomicky nevýhodný.

40. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách, když v zadávacím řízení požadoval po dodavatelích zajištění dodávky různých samostatných skupin výrobků, jejichž dodávku mohou zajistit různí dodavatelé, čímž diskriminoval dodavatele, kteří mohli zajistit dodávku jednotlivých skupin výrobků, avšak nikoliv dodávku všech skupin výrobků požadovaných zadavatelem. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.

Ke způsobu stanovení technických podmínek

41. Podle § 45 odst. 1 zákona se technickými podmínkami v případě veřejných zakázek na dodávky nebo služby rozumí vymezení charakteristik a požadavků na dodávky nebo služby stanovené objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem.
42. Podle § 45 odst. 3 zákona nesmí být technické podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Odůvodňuje-li to předmět veřejné zakázky, zohlední zadavatel při stanovení technických podmínek požadavky přístupnosti osob se zdravotním postižením nebo dostupnosti pro všechny uživatele.
43. Podle § 46 odst. 4 zákona technické podmínky může zadavatel stanovit formou požadavků na výkon nebo funkci, které mohou zahrnovat rovněž charakteristiky z hlediska vlivu na životní prostředí. Tyto požadavky a charakteristiky musí být dostatečně přesné, aby uchazečům umožnily jednoznačně určit předmět zakázky a zpracovat porovnatelné nabídky.
44. V příloze č. 2 zadávací dokumentace je uvedeno následující (pozn. níže jsou uvedeny příklady technických parametrů požadovaných zadavatelem):

– obvazový materiál

Oční kompres protektivním účinkem sterilní, rozměry 5,6x7cm, 7x8,5cm, bal. 1 ks

Oční kompres s protektivním účinkem nesterilní, rozměry 5,6x7cm, 7x8,5cm, bal. 1 ks

Gáza hydrofilní v pásu, rozměr 7 cmx40m, bal. 80m

Gáza hydrofilní v pásu s obsahem vysoce bělené buničiny, rozměr 7cmx20m, bal. 40m

– obvazový materiál

fixační obinadla elastická, rozměry 4cmx4m, 6cmx4m, 8cmx4m, 10cmx4m, bal. 1 ks

Kompresivní obinadla krátkotažná, tažnost do 85%, rozměry 6cmx5m, 8cmx5m, 10cmx5m, 12cmx5m, 14cmx5m, bal. 1ks

– náplasti a krytí ran

Fixační náplast textilní	1,25cmx9,2m	1 ks
Fixační náplast textilní	2,5cmx9,2m	1 ks

– spotřební materiál inkontinence

Kalhotky pro inkontinentní pacienty denní prodyšné, velikost small, rozměr 60-90cm, savost 1530 ml

Kalhotky pro inkontinentní pacienty denní prodyšné, velikost medium, rozměr 90-120cm, savost 1870 ml

Kalhotky pro inkontinentní pacienty denní prodyšné, velikost large, rozměr 120-150cm, savost 2180ml

– ostatní materiál ošetřovatelské péče

Jednorázová prostěradla 2 vrstvy netkaný textil a folie na spodní vrstvě	80x175cm	1 ks
Jednorázová prostěradla 2 vrstvy netkaný textil a folie na spodní vrstvě	80x210cm	100 ks
Jednorázové ochranné bryndáky z netkané textilie s integrovanou folií, s kulatým výstřihem, na uvázání.	38x70cm	100 ks
Jednorázové ochranné bryndáky z netkané textilie ochranou folií, s funkční kapsou, kulatým výstřihem a fixačními lepícími okraji.	38x75cm	100ks

– jednorázové sety pro malé výkony

Sterilní set pro jednorázovou močovou katetrizaci – 1x rouška 50x50cm, 1x rouška 60x60cm s U otvorem, 2x kompres gáza 7,5x7,5cm, 4x tampon gáza 20x20cm, 2x pinzeta plast, 2x bezpudrové vyšetřovací rukavice, 1x miska kalibrovaná.

45. V rámci zadávacího řízení byl ze strany vybraného uchazeče učiněn dotaz ohledně umožnění tolerance rozměrů u fixační náplasti, kdy vybraný uchazeč dodává v délce 9,1 m a v zadávací dokumentaci je požadavek na 9,2 m. Zadavatel odpověděl dopisem ze dne 26. 1. 2010, přičemž uvedl, že „*nestanovuje obecnou procentuální toleranci odchýlení se od hranic požadovaného rozmezí výrobku. Pokud se uchazeč domnívá, že výrobek sice nesplňuje zadání, ale odchylka je nevýznamná, uvede na zvláštní listině přesnou specifikaci výrobku, včetně vyznačení odchylky. Odborná hodnotící komise pak výrobek posoudí. Zadavatel si zároveň vyhrazuje možnost, v případě nabízeného výrobku s jakoukoliv odchylkou, vyžádat si od uchazeče vzorky k funkčnímu posouzení*“.
46. Z výše uvedené odpovědi na dotaz k zadávacím podmínkám vyplývá, že zadavatel umožňuje podání nabídek s výrobky s odlišnými rozměry, nežli jaké byly uvedeny v zadávací dokumentaci, avšak současně nestanovuje, jaké odchylky bude při posuzování splnění zadávacích podmínek akceptovat. Nebylo tedy zřejmé, jaké rozměry mohou uchazeči nabídnout, aby vyhověli požadavkům na předmět plnění. V takovém případě jsou technické podmínky nejednoznačně stanovené, kdy uchazeči si nejsou jisti, zda mohou podat nabídku s odchýlnými technickými parametry, než požaduje zadavatel, a vstupují do zadávacího řízení s rizikem, že jejich nabídka bude vyřazena pro nesplnění podmínek zadání. V technických podmínkách veřejné zakázky nebylo předem stanoveno, jaké odchylky od rozměrů požadovaného plnění jsou připuštěny, a tudíž nebylo patrné, zda i nabídka s nepatrnými odlišnostmi v rozměrech vyhoví zadání veřejné zakázky či nikoli. Nelze přitom s ohledem na

závažnost zadávací dokumentace připustit postup, kdy až v průběhu posuzování nabídek zadavatel určuje možnou toleranci od již stanovených požadavků na technické podmínky výrobků, aniž by dodavatelé již před podáním nabídek věděli, zda jimi nabízené plnění odpovídá požadavkům zadavatele. Takovým postupem nelze dodržet zásadu transparentnosti v zadávacím řízení, neboť není předem jasné, jak budou nabídky posuzovány.

47. Úřad doplňuje, že ačkoli výše uvedený dotaz uchazeče se vztahoval pouze k jednomu výrobku, odpověď zadavatele zakládá nejistotu i ohledně ostatních požadovaných výrobků. Pokud zadavatel výslovně nevyločil odchylku u jednoho výrobku, lze získat pochybnosti i o závažnosti rozměrů ostatních výrobků.
48. Dodavatelé tudíž neměli dostatek informací ke zvážení, zda jimi nabízené plnění splní požadavky zadavatele či nikoli. Nelze tedy vyloučit, že tato nejasnost mohla mít zásadní vliv pro rozhodování dodavatelů o podání nabídky, což v daném případě rovněž potvrzují i odpovědi dodavatelů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, avšak nepodali v zadávacím řízení nabídku. Vzhledem k vyjádřením těchto dodavatelů, v nichž poukazují na přesné rozměry požadovaného plnění, nelze vyloučit, že pokud by zadavatel vymezil možnou toleranci rozměrů předmětné dodávky, zadavatel by obdržel v zadávacím řízení více nabídek s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele. Tolerance mohla být zadavatelem stanovena např. procentuální odchylkou od přesně stanovených hodnot nebo zadavatel mohl technické podmínky specifikovat způsobem, při kterém vymezí minimální či maximální hodnoty příslušného parametru, které by byly vyjádřením naplnění či nenaplnění účelu, který stanovením tohoto parametru zadavatel sleduje.
49. Úřad shrnuje, že tím, že zadavatel v zadávací dokumentaci neuvedl, jaké odchylky od požadovaných parametrů akceptuje, ačkoliv odchylky připustil, nestanovil technické podmínky způsobem, který je nezbytný pro zpracování nabídky, neboť dodavatelům neposkytl dostatek informací, aby mohli zvážit, zda jimi nabízené plnění bude splňovat požadavky zadavatele. Z tohoto pohledu je nutno celou zadávací dokumentaci považovat za nesprávnou, neboť zadavatel v rámci odpovědi na dotazy jednoho z dodavatelů připustil, že v rámci posuzování nabídek nebude trvat na parametrech technických podmínek stanovených v zadávací dokumentaci.
50. K tvrzení vybraného uchazeče, podle něhož nestanovení obecné procentuální tolerance odchýlení od hranic požadovaného rozmezí výrobku je uplatněním znění ust. § 44 odst. 9 zákona, Úřad uvádí, že použití tohoto ustanovení je možno připustit pouze ve výjimečných případech a to jen za situace, kdy není popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a § 46 zákona dostatečně přesný a srozumitelný. Zadavatel však v daném případě odkazy na konkrétní obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení či specifická označení zboží nebo služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu nepoužil a naopak správně požadované zboží popsal výhradně za pomoci objektivních technických parametrů, nebylo třeba připouštět „kvalitativně a technicky obdobné řešení“. Ve vztahu k předmětu veřejné zakázky Úřad neshledal důvody, pro něž zadavatel nemohl technické podmínky stanovit např. vymezením maximálních či minimálních hodnot.

51. Zadavatel stanovil technické podmínky konkrétně specifikovanými hodnotami bez možnosti odchylky a bez vymezení rozpětí hodnot představujících naplnění účelu stanovení těchto technických podmínek. Zadavatel tímto způsobem popsal zcela konkrétně požadované produkty, přičemž se nezabýval účelem, ke kterému mají tyto produkty sloužit. Zadavatel sice v zadávacích podmínkách umožnil s odkazem na § 44 odst. 9 zákona pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, nicméně jak je uvedeno v předchozím bodu tohoto rozhodnutí, nebyl v šetřeném případě dán důvod pro použití ust. § 44 odst. 9 zákona.
52. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 45 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 zákona o veřejných zakázkách, když nestanovil technické podmínky na dodávky objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl v zadávacím řízení obdržet nabídky od dalších dodavatelů s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele.
53. V souvislosti s tvrzením zadavatele, podle něhož byl Úřad povinen si od oslovených dodavatelů vyžádat konkrétnější údaje, Úřad uvádí, že z vyjádření dodavatelů, kteří si vyžádali zadávací dokumentaci a současně nepodali nabídku v zadávacím řízení, získal všechny informace relevantní k danému případu a není zřejmé, jaké konkrétnější údaje by si Úřad od těchto dodavatelů měl dále vyžádat. V případě, že těmito údaji má zadavatel na mysli doložení snahy o sestavení nabídky, pak je nutno uvést, že tuto věc lze považovat za zcela bezpředmětnou, a to vzhledem k tomu, že dodavatelé již sdělili, jaké důvody jim bránily v podání nabídky.
54. Dne 12. 1. 2012 bylo vydáno rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R163/2011/VZ-65/2012/310/ASc/JSI, kterým bylo prvostupňové rozhodnutí č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-6348/2011/510/HOd ze dne 13. 7. 2011 zrušeno a věc byla vrácena k novému projednání. Důvodem zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání byla nesprávná změna právní kvalifikace a s tím související nesprávná subsumpce šetřeného skutku pod obecné ust. § 44 odst. 1 zákona. Úřad znovu přezkoumal šetřenou veřejnou zakázku a v souladu se závazným právním názorem předsedy Úřadu subsumoval šetřené jednání zadavatele pod ust. § 45 odst. 1 zákona, neboť v posuzovaném případě zadavatel nestanovil technické podmínky na dodávky objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem (nikoliv jak bylo jednání zadavatele nesprávně subsumováno pod ust. § 44 odst. 1 zákona v posledně zrušeném rozhodnutí Úřadu).

K výroku II. tohoto rozhodnutí

55. Úřad předmětné správní řízení zahájil dopisem č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-10880/2010/510/MCh ze dne 22. 7. 2010, v němž uvedl pochybnost, zda zadavatel stanovil zadávací podmínky v souladu s ust. § 6 zákona a pochybnost, zda zadavatel postupoval v souladu s ust. § 45 odst. 3 zákona. Dopisem č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-5693/2011/510/HOd ze dne 12. 4. 2011, bylo účastníkům správního řízení oznámeno, že je ve správním řízení pokračováno. V dopise ze dne 12. 4. 2011 je konstatováno, že Úřad má pochybnost, zda zadavatel stanovil zadávací podmínky v souladu s ust. § 6 zákona a ust. § 44 odst. 1 zákona.

56. V návaznosti na pochybnosti o souladu postupu zadavatele s ust. § 45 odst. 3 zákona se Úřad zabýval otázkou, zda vymezením technických podmínek bezdůvodně zvýhodnil či znevýhodnil některé dodavatele, a to zejména v souvislosti s přesným vymezením rozměrů a technických specifikací požadovaného zboží. Uvedenými skutečnostmi se Úřad zabýval zejména z toho důvodu, že z porovnání technických parametrů zboží požadovaného zadavatelem v zadávacích podmínkách s technickými parametry nabízenými vybraným uchazečem (z katalogu výrobků z roku 2008) Úřad zjistil, že zadavatelem vymezené technické požadavky se prakticky shodují s parametry zboží nabízeného vybraným uchazečem. Za účelem prověření výše uvedených pochybností o souladu postupu zadavatele se zákonem se Úřad (v souladu s právním názorem předsedy Úřadu vysloveným v bodě 29 rozhodnutí č. j. ÚOHS-R161/2010/VZ-4114/2011/310-ASc ze dne 15. 3. 2011) zabýval i skutečností, zda nabídky uchazečů, kteří byli ze zadávacího řízení vyloučeni z účasti v zadávacím řízení (z důvodů, které s prokázáním splnění technických podmínek předmětného plnění nesouvisely), splnily technické podmínky. V uvedených otázkách dospěl Úřad k následujícím závěrům.
57. Jelikož Úřad v rámci předchozí kapitoly tohoto rozhodnutí konstatoval porušení zákona zadavatelem, když připustil odchylky od technických požadavků na výrobky, aniž by tyto odchylky blíže specifikoval, je zřejmé, že technické podmínky požadované dodávky nebyly stanoveny pevně. Bez znalosti odchylky, jež zadavatel pro technické požadavky na výrobky připouští v dokumentaci o veřejné zakázce, přitom nelze určit, zda by technické podmínky mohli kromě vybraného uchazeče splnit další dodavatelé (včetně těch, kteří v zadávacím řízení předložili nabídku). Pokud by daná odchylka byla dostatečně velká, aby technickým požadavkům mohly vyhovět nabídky více dodavatelů, pak by se patrně nejednalo o technické podmínky zaručující určitým dodavatelům konkurenční výhodu nebo vytvářející neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Vzhledem k tomu, že tedy s přihlédnutím k uvedeným skutečnostem nelze vyloučit, že by rovněž další dodavatelé mohli splnit technické podmínky požadované dodávky (s například určitou odchylkou od požadovaných rozměrů), neshledal Úřad v postupu zadavatele porušení ust. § 45 odst. 3 zákona.
58. Co se týče pochybnosti o souladu postupu zadavatele s ust. § 44 odst. 1 zákona Úřad uvádí, že šetřený skutek spočívající ve vymezení technických podmínek veřejné zakázky nesprávně subsumoval pod obecné ust. § 44 odst. 1 zákona. Ve správním řízení bylo zjištěno (Úřad tyto skutečnosti sdělil účastníkům řízení v dopise č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-20692/2012/521/JHn ze dne 8. 11. 2012), že šetřené jednání zadavatele je postihnuto podle ust. § 45 odst. 1 zákona. Vzhledem k výše uvedenému Úřad rozhodl výrokem I. tohoto rozhodnutí tak, že zadavatel pochybil při vymezení technických podmínek veřejné zakázky, neboť technické podmínky nebyly stanoveny objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem.
59. Úřad správní řízení vedené pod sp. zn. S267/2010, jehož předmětem jsou mj. pochybnosti o souladu postupu zadavatele v šetřené veřejné zakázce s ust. § 45 odst. 3 zákona a ust. § 44 odst. 1 zákona, v této části zastavil, neboť nebylo shledáno pochybení zadavatele při postupu podle těchto ustanovení tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

VI. K uložení sankce

60. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
61. V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona dopustil tím, že
- nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách, když v zadávacím řízení požadoval po dodavatelích zajištění dodávky různých samostatných skupin výrobků, jejichž dodávku mohou zajistit různí dodavatelé, čímž diskriminoval dodavatele, kteří mohli zajistit dodávku jednotlivých skupin výrobků, avšak nikoliv dodávku všech skupin výrobků požadovaných zadavatelem,
 - nedodržel postup stanovený v ustanovení § 45 odst. 1 v návaznosti na § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách, když nestanovil technické podmínky na dodávky objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem,
- přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
62. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
63. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
64. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 26. 2. 2010. K uzavření smlouvy s vybraným uchazečem došlo dne 12. 7. 2010, přičemž správním řízením bylo zahájeno dne 23. 7. 2010. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
65. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000,- Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto zákona.
66. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí dle smlouvy ze dne 12. 7. 2010 celkem 87 491 852,- Kč včetně DPH (tj. za 4 roky trvání smlouvy). Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí po zaokrouhlení částku ve výši 4 374 593,- Kč.
67. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

68. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nedodržel jednu ze základních zásad zadávacího řízení, a to zásadu zákazu diskriminace dodavatelů (§ 6 zákona), neboť znevýhodnil oproti ostatním dodavatelům ty dodavatele, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, avšak nebyli schopni podat nabídky na všechna plnění požadovaná zadavatelem, tj. na celý předmět veřejné zakázky. O uvedeném svědčí i skutečnost, že zadávací dokumentaci si vyzvedlo celkem 18 dodavatelů, přičemž nabídku podali pouze tři dodavatelé. Požadavek zadavatele na dodávku tak širokého sortimentu zdravotnických a hygienických potřeb jedním dodavatelem nebyl žádným způsobem odůvodněn, přičemž tato skutečnost zcela zásadně omezila okruh potenciálních dodavatelů, kteří by jinak byli schopni určitou část předmětu veřejné zakázky splnit. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
69. Zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky dále porušil ustanovení § 45 odst. 1 zákona, když nestanovil technické podmínky na dodávky objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem a současně nebylo předem jasné, jak budou nabídky posuzovány a zda vyhoví zadávacím podmínkám.
70. Zadavatel technické podmínky definoval tak, že z nich vyplývalo, že zadavatel trvá na parametrech uvedených v zadávací dokumentaci a nepřipouští odchylky od stanovených parametrů. Z těchto důvodů byl počet potenciálních dodavatelů omezen, což lze dokladovat vyjádřeními dodavatelů, jež si vyzvedli zadávací dokumentaci, avšak nepodali nabídku, a které Úřad požádal o sdělení důvodů nepodání nabídky v příslušném zadávacím řízení. Uvedený postup zadavatele přitom mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
71. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. Spáchání správního deliktu mělo v daném případě za následek možné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, neboť zadavatel mohl obdržet nabídky také od jiných uchazečů, pokud by stanovil technické podmínky zákonným způsobem. Nelze vyloučit, že by jiný uchazeč předložil nabídku, která mohla být ekonomicky výhodnější a došlo by tak k úspoře financí z veřejných zdrojů. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu.
72. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nálezy Ústavního soudu č. Pl. ÚS 3/02. Podle uvedeného nálezu jsou nepřípustné takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z výroční zprávy zadavatele za rok 2011 (uveřejněné ve Sbírce listin Obchodního rejstříku) Úřad zjistil, že zadavatel měl výsledek hospodaření běžného účetního období k 31. 12. 2011 ve výši 36 408 000 Kč. Úřad při stanovení výše pokuty vzal v úvahu jak výsledek hospodaření zadavatele k 31. 12. 2011, tak i skutečnost, že v současné době se zdravotnictví potýká s nedostatkem finančních prostředků. Vzhledem k uvedenému Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši výsledku hospodaření považovat za likvidační.
73. V této souvislosti Úřad poznamenává, že pokuta uložená zadavateli za zjištěné porušení zákona má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je v souladu se zákonem. Výše uložené pokuty,

stanovená v tomto případě při spodní hranici její maximální výše, je vzhledem k okolnostem případu přiměřená a naplňuje dostatečně obě funkce právní odpovědnosti.

74. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky byla uzavřena a nápravy již nelze dosáhnout. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
75. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – identifikační číslo zadavatele.

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 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Krajská zdravotní, a. s., Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem
2. HARTMANN-RICO a. s., Masarykovo náměstí 77, 664 71 Veverská Bítýška

Vypraveno dne

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