UOHSX0056KU5

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R317/2012/VZ-18573/2013/310/PMo Brno 27. září 2013

Ve správním řízení o rozkladu, doručeném Úřadu dne 6. 11. 2012 zadavatelem –

- **Českou republikou – Ministerstvem obrany**, se sídlem Tychonova 1, 160 00 Praha 6, IČ 60162694,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 22. 10. 2012, č. j. ÚOHS-S537/2011/VZ-3401/2012/550/HOd/HKu, o přezkoumání úkonů zadavatele,

učiněných v rámci veřejné zakázky **„Zdravotnický materiál, přístroje a zařízení“**, zadávané dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14. 9. 2010 pod evidenčním číslem 60049740, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 9. 2010 pod evidenčním číslem 2010/S 180-274595, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti s vymezením předmětu veřejné zakázky, a ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. f) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti s uvedenou veřejnou zakázkou,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 22. 10. 2012, č. j. ÚOHS-S537/2011/VZ-3401/2012/550/HOd/HKu,

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Česká republika – Ministerstvo obrany, se sídlem Tychonova 1, 160 00 Praha 6, IČ 60162694 (dále jen **„zadavatel“**), uveřejnil podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„zákon“**), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14. 9. 2010 pod ev. č. 60049740, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 9. 2010 pod ev. č. 2010/S 180-274595, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Zdravotnický materiál, přístroje a zařízení“ (dále jen **„veřejná zakázka“**).

2. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 1. 11. 2010 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel jednu nabídku. Dne 5. 11. 2010 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče – společnosti CHEIRÓN a.s., se sídlem Ulrychova 2260/13, 16200 Praha 6 – Břevnov, IČ 27094987 (dále jen **„vybraný uchazeč“**).

3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen **„Úřad“**) získal z předložených materiálů pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem. Dne 29. 11. 2011, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení z moci úřední. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S537/2011/VZ-17585/2011/510/HOd ze dne 29. 11. 2011. Dopisem č. j. ÚOHS-S537/2011/VZ-4147/2012/550/HOd ze dne 1. 3. 2012 Úřad seznámil zadavatele s tím, že vymezení předmětu správního řízení Úřad uvedl nesprávně *„ve znění účinném do 31. 12. 2009“* a upřesnil, že dané správní řízení je vedeno ve věci možného spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v souvislosti s vymezením předmětu veřejné zakázky, a dále ve věci možného spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. f) zákona. Usnesením č. j. ÚOHS-S537/2011/VZ-4222/2012/550/HOd ze dne 1. 3. 2012 Úřad stanovil zadavateli lhůtu, ve které byl oprávněn navrhovat důkazy a činit jiné návrhy a ve které byl oprávněn vyjádřit své stanovisko v řízení, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.

II. Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 22. října 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S537/2011/VZ-3401/2012/550/HOd/HKu (dále jen **„napadené rozhodnutí“**),

v jehož výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona, když v rámci předmětu veřejné zakázky vymezil příliš široce požadovaná plnění, která spolu vzájemně nesouvisejí, v důsledku čehož se o veřejnou zakázku mohli ucházet jen někteří dodavatelé, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. f) zákona tím, že neuchoval dokumentaci o veřejné zakázce podle § 155 zákona. Ve výroku III. Úřad zadavateli uložil za spáchání předmětných správních deliktů dle § 120 odst. 2 písm. b) zákona pokutu ve výši 250 000 Kč.

Vyjádření zadavatele

5. Vyjádřením ze dne 20. 1. 2012 zadavatel sdělil, že v předmětné veřejné zakázce postupoval podle zákona, a to v celé jeho šíři, tedy i v případě ustanovení § 155 odst. 1 zákona. Uvedl, že vedl a uchovával dokumentaci k veřejné zakázce kompletní, včetně Úřadem postrádaných dokumentů. O tom, že kompletní dokumentaci byla předána VPO, byl dne 6. 12. 2011 informován náčelník VPO, který byl současně požádán o dohledání chybějících dokumentů. Dle jeho sdělení byla veškerá dokumentace k veřejné zakázce zaslána Úřadu. Zadavatel uvedl, že mu nelze klást za vinu, že nepostupoval podle § 155 zákona a neuchovával dokumentaci veřejné zakázky dle stanovených pravidel. Podle dokumentů, které má Úřad k dispozici, je zřejmé, že uvedené listiny byly řádně založeny v dokumentaci veřejné zakázky a o tomto faktu svědčí i to, že Úřad o jejich existenci má povědomí.

Další relevantní skutečnosti

6. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad dále uvedl následující skutečnosti. Zadavatel specifikoval předmět veřejné zakázky v kapitole 1 zadávací dokumentace jako dodávku 104 položek zdravotnického materiálu, přístrojů a zařízení v daném množství a druzích. Zdravotnický materiál byl určen pro každodenní odbornou činnost ambulancí a lůžkových částí posádkových ošetřoven (dále jen **„POŠ“**). Podrobné vymezení předmětu veřejné zakázky je uvedeno v příloze č. 1 zadávací dokumentace, v níž jsou požadované dodávky rozděleny do jednotlivých skupin. Zadavatel v oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky nepřipustil v oddílu II. bodu 1.8) její rozdělení na části, uchazeči tedy mohli podávat pouze nabídky na celou veřejnou zakázku.

7. Dle Úřadu předmět veřejné zakázky zahrnuje dodávku různých skupin výrobků určených pro každodenní odbornou činnost ambulancí a lůžkových částí POŠ a dodávku povinného vybavení lékárničkami první pomoci pro osobní a nákladní automobily útvarů a zařízení Armády České republiky (dále jen **„AČR“**). Následně Úřad uvedl, že v dané veřejné zakázce spolu některé skupiny komodit dle povahy poptávaného zboží přímo nesouvisí (např. vybavení nábytkem nesouvisí se zakoupením autolékárniček pro útvary AČR nebo s pořízením spotřebního materiálu pro EKG či s pořízením odběrových zkumavek a jehel). Z rozdělení položek zdravotnického materiálu a zdravotnických přístrojů a zařízení do 9 skupin komodit, které se odlišují způsobem použití, a které spolu přímo nesouvisí a ze specifikací jednotlivých skupin zboží je patrné, že předmět veřejné zakázky je koncipován

široce. Jelikož zadavatel vymezil předmět plnění široce (a požadovaná plnění spolu vzájemně nesouvisejí), zadavatel dle Úřadu diskriminoval potenciální dodavatele, kteří tak nebyli schopni podat nabídku, přestože na některá plnění by nabídku podat mohli. Jelikož nepřipustil možnost podávat nabídky pouze na některé části veřejné zakázky, Úřad konstatoval, že uchazeč, který by nebyl schopen sám zajistit dodání všech požadovaných komodit, by se nemohl daného zadávacího řízení účastnit nebo by musel využít subdodavatelských služeb. Zadavatel se dopustil (skryté) diskriminace těch dodavatelů, kteří mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, ale nebylo v jejich možnostech nabídnout plnění všechna. Nabídku mohlo podat méně dodavatelů, než za situace, kdy by byly jednotlivé výrobky poptávány samostatně, případně, kdy by byla veřejná zakázka rozdělena a dodavatelům bylo umožněno podávat nabídky i na jednotlivé části veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 98 odst. 3 zákona. Z důvodu nepředložení kompletní dokumentace o veřejné zakázce zadavatelem pak Úřad nemohl posoudit, kolik dodavatelů mělo původně zájem účastnit se zadávacího řízení a podat nabídku.

8. To, že zadavatel podstatným způsobem omezil soutěžní prostředí, potvrzuje skutečnost, že nabídku podal pouze jediný uchazeč. Dle Úřadu je proto zřejmé, že jiní dodavatelé nebyli schopni pokrýt široce koncipovaný předmět veřejné zakázky z jimi nabízeného sortimentu. Podle rozdělení komodit do jednotlivých specifikací (specifikace *„Zdravotnický materiál pro POŠ - Autolékárničky“*, specifikace *„Zdravotnické přístroje a zařízení - nákup“* a specifikace *„Zdravotnický materiál pro POŠ - nákup“*) je evidentní, že žadatel vytvořil a rozdělil požadované dodávky do tří částí dle povahy požadovaných komodit. Zadavateli se tedy nabízela možnost rozdělit veřejnou zakázku na části dle předmětných specifikací a umožnit tak účast v zadávacím řízení více dodavatelům. Nedodržel tak zásadu zákazu diskriminace, když v rámci předmětu veřejné zakázky vymezil příliš široce požadovaná plnění, která spolu vzájemně nesouvisejí, v důsledku čehož se o veřejnou zakázku mohli ucházet jen někteří dodavatelé.

9. Ve vztahu k problematice neuchování dokumentace o veřejné zakázce uvedl Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí následující. Úřad vyzval zadavatele usnesením č. j. ÚOHS-S537/2011/VZ-17586/2011/510/HOd ze dne 29. 11. 2011 k předložení kompletní dokumentace o veřejné zakázce, neboť součástí dokumentace, kterou Úřad obdržel dne 21. 7. 2011 od Vojenské policie Hradec Králové (dále jen **„VPHK“**), nebyly např. žádosti dodavatelů o zaslání zadávací dokumentace k dané veřejné zakázce. Na základě uvedeného usnesení Úřadu zadavatel vyjádřením ze dne 5. 12. 2011 sdělil, že na vyžádanou dokumentaci předal ke kontrole velitelství VPO dne 17. 3. 2011. Jednalo se o kompletní dokumentaci v počtu 418 listů + 6 svazků (65 položek) a zadavatel tak již nemá dokumentaci, ani žádnou její část k dispozici, a tudíž zasílá pouze kopie dokumentů, které jsou uloženy u zadavatele od okamžiku předání dokumentace Vojenské policii. Dle Úřadu byly součástí doložené dokumentace žádosti uchazečů o zaslání zadávací dokumentace, případně bližších informací ke zrušené veřejné zakázce a dále sdělení dodavatelů obsahující důvody nepodání nabídky ve zrušené veřejné zakázce. Součástí dokumentace však nebyly žádosti dodavatelů o zaslání zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce. Úřad proto nemohl přihlédnout ke skutečnosti, kolik dodavatelů mělo původně zájem účastnit se zadávacího řízení a podat nabídku.

10. V souvislosti s otázkou uložení pokuty Úřad poukázal na skutečnost, že se zadavatel dopustil dvou správních deliktů. Při posouzení závažnosti deliktu dle § 120 odst. 1 písm. f) zákona vzal Úřad v úvahu to, že předmětné porušení zákona zadavatelem (neuchování dokumentace) vedlo ke ztížení přezkumu postupu zadavatele v zadávacím řízení. Úřad nemohl prověřit, z jakého důvodu se dodavatelé rozhodli nabídku nepodat, případně za jakých podmínek by nabídku podat mohli. Jedná se tak o závažný správní delikt, neboť v důsledku nezákonného jednání zadavatele došlo k omezení možností přezkumu postupu zadavatele Úřadem. Jelikož doložená dokumentace neobsahovala žádosti dodavatelů o zaslání dokumentace, Úřad nemohl posoudit, kolik dodavatelů mělo původně zájem účastnit se zadávacího řízení a podat nabídku. Úřad dále přihlédl ke skutečnosti, že zadavatel uchoval podstatnou část dokumentace k veřejné zakázce a pouze část této dokumentace nebyla Úřadu zadavatelem doručena. Přitěžující okolnost pro zadavatele Úřad shledal v tom, že se při zadávání veřejné zakázky dopustil rovněž spáchání deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace dle § 6 zákona, když po dodavatelích požadoval 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 požadovaných výrobků – následkem spáchání deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona bylo omezení soutěžního prostředí vzhledem k zadanému širokému předmětu plnění a zamezení možnosti podávat nabídky pouze na některé části veřejné zakázky. Narušení hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli vzal Úřad v úvahu jako přitěžující okolnost, neboť právě zajištění konkurence mezi dodavateli je podmínkou pro naplnění základního cíle zákona (zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky). Úřad se v rámci správního trestání rovněž vypořádal se zásadou absorpce.

III. Námitky rozkladu

11. Dne 6. 11. 2012 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen téhož dne, tedy v zákonem stanovené lhůtě.

12. Zadavatel v rozkladu v prvé řadě konstatuje, že předmět veřejné zakázky definoval s ohledem na své potřeby a při uvědomění si povinnosti postupovat při zadávání veřejné zakázky v souladu se zákonem.

13. Následně zpochybňuje tvrzení Úřadu, že *„skutečnost, že zadavatel v daném případě podstatným způsobem omezil soutěžní prostředí, potvrzuje fakt, že nabídku v šetřeném zadávacím řízení podal pouze jediný uchazeč. Je tedy zřejmé, že jiní dodavatelé nebyli schopni pokrýt široce koncipovaný předmět veřejné zakázky z jimi nabízeného sortimentu“*. Skutečnost, že zadavatel obdržel pouze jedinou nabídku, nelze bez dalšího považovat za důkaz porušení ustanovení § 6 zákona zadavatelem.

14. Dále zadavatel poukazuje na to, že Úřad při přezkoumávání skutkového stavu věci nevzal v úvahu skutečnost, že zájem o zadávací dokumentaci projevilo 8 dodavatelů, jak vyplývá ze žádostí adresovaných zadavateli. Adekvátní volbou otevřeného zadávacího řízení umožnil účast v zadávacím řízení neomezenému počtu dodavatelů s tím, že zadávací dokumentaci

poskytl těm dodavatelům, kteří o ni požádali. Zadavatel již nemohl ovlivnit vůli těchto dodavatelů podat či nepodat nabídku na předmětnou veřejnou zakázku. Odmítá však, že by zadání veřejné zakázky v transparentním otevřeném řízení vedlo k omezení počtu potenciálních dodavatelů. Jelikož Úřad nepřihlédl k součásti dokumentace veřejné zakázky obsahující žádosti dodavatelů o zaslání zadávací dokumentace, opomenul tím důkazní prostředek mající podstatný vliv na zjištění skutkového stavu, o němž nejsou pochybnosti. Na základě toho bylo vydáno rozhodnutí v nesouladu s právními předpisy. K vyjasnění pochybností a k doplnění skutkového stavu předkládá zadavatel doklady opětovně (v příloze rozkladu), aby mohly být zohledněny v řízení o rozkladu. Tím, že uvedené podklady nebyly ve správním řízení hodnoceny, došlo k vydání nesprávného rozhodnutí a vzhledem k opomenutí významných důkazních prostředků (svědčících ve prospěch zadavatele) i nezákonného.

15. Ke správnímu deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. f) zákona zadavatel konstatuje, že kompletní dokumentace veřejné zakázky byla zadavatelem předána Vojenské policii, tedy orgánu činnému v trestním řízení. Nemohl žádným způsobem ovlivnit skutečnost, že Úřadu nebyla předána veškerá dokumentace. Přestože je odpovědnost za správní delikt odpovědností objektivní, fyzická či právnická osoba neodpovídá za jeho spáchání v případě, že prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila. Zadavatel řádně vedl a uchovával dokumentaci veřejné zakázky a nebylo v jeho moci ovlivnit její uchování po předání orgánu činnému v trestním řízení.

Závěr rozkladu

16. Na základě shora uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

17. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„správní řád“**), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

18. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

19. Úřad tím, že ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S537/2011/VZ-3401/2012/550/HOd/HKu ze dne 22. 10. 2012 konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace dle § 6 zákona, když v rámci předmětu veřejné zakázky vymezil příliš široce požadovaná plnění, která spolu vzájemně nesouvisejí (v důsledku čehož se o veřejnou zakázku mohli ucházet jen někteří dodavatelé, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku), dále tím, že konstatoval, že se zadavatel

dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. f) zákona tím, že neuchoval dokumentaci o veřejné zakázce dle § 155 zákona, a tím, že zadavateli uložil za spáchání předmětných správních deliktů pokutu ve výši 250 000,– Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

K námitkám rozkladu

20. Pokud se jedná o námitku zadavatele, v rámci které konstatuje, že skutečnost, že zadavatel obdržel pouze jedinou nabídku, nelze bez dalšího považovat za důkaz porušení ustanovení § 6 zákona zadavatelem, je třeba uvést následující. Zadavatel v daném případě porušil ustanovení § 6 zákona tím, že nedodržel zásadu zákazu (skryté) diskriminace, když v rámci předmětu veřejné zakázky vymezil příliš široce požadovaná plnění, která spolu vzájemně nesouvisejí, v důsledku čehož se o veřejnou zakázku mohli ucházet jen někteří dodavatelé. Jak jsem si ověřil v dostupném spisovém materiálu, zadavatel předmět veřejné zakázky specifikoval v bodě 1. zadávací dokumentace jako dodávku 104 položek zdravotnického materiálu, přístrojů a zařízení v tam uvedeném množství a druzích [v bodě 20. odůvodnění napadeného rozhodnutí je obsažena zřejmá nesprávnost – překlep – spočívající v uvedení nesprávného počtu položek zdravotnického materiálu: místo zde uvedeného čísla *„103“* se jedná o číslo *„104“*; tímto je třeba považovat tuto zřejmou nesprávnost za zhojenou] s tím, že podrobné vymezení předmětu veřejné zakázky je uvedeno v příloze č. 1 zadávací dokumentace (označené jako *„Návrh požadovaných smluvních podmínek“*).

21. V této příloze jsou požadované dodávky rozděleny do následujících skupin: 1) zdravotnický materiál pro POŠ – injekční technika, 2) zdravotnický materiál pro POŠ – odběrové zkumavky a jehly, 3) zdravotnický materiál pro POŠ – spotřební zdravotnický materiál, 4) zdravotnický materiál pro POŠ – rukavice, 5) zdravotnický materiál pro POŠ – spotřební materiál pro EKG, 6) zdravotnický materiál pro POŠ – autolékárničky, 7) zdravotnické přístroje a zařízení – vybavení interiérů, 8) zdravotnické přístroje a zařízení – ošetřovatelské pomůcky, 9) zdravotnické přístroje a zařízení – nákup (součástí návrhu smlouvy jsou přílohy obsahující specifikace zboží pro položky zařazené podle druhu do těchto 9 skupin). Z obsahu zadávací dokumentace tedy vyplývá, že předmět veřejné zakázky zahrnuje dodávku různých skupin výrobků určených pro každodenní odbornou činnost ambulancí a lůžkových částí posádkových ošetřoven a dodávku povinného vybavení lékárničkami první pomoci pro osobní a nákladní automobily útvarů a zařízení AČR. V bodě 24. odůvodnění napadeného rozhodnutí prvostupňový orgán přehledně poukazuje na zadavatelem specifikované zboží uvedené v jednotlivých 9 skupinách. Na základě výše uvedeného proto Úřad učinil (správný) závěr spočívající v konstatování, že v předmětné veřejné zakázce spolu některé skupiny komodit podle povahy poptávaného zboží přímo nesouvisí (např. vybavení nábytkem nesouvisí se zakoupením autolékárniček pro útvary AČR nebo s pořízením spotřebního materiálu pro EKG či s pořízením odběrových zkumavek a jehel).

22. Nadto považuji za nezbytné doplnit, že již z oznámení otevřeného řízení (z oddílu II. bodu 1.8) vyplývá, že uchazeči mohli podávat pouze nabídky na celou veřejnou zakázku. Jak jsem zjistil z doložené dokumentace k veřejné zakázce, zadavateli byly již dne 24. 8. 2010 (Velitelstvím sil podpory Stará Boleslav) zaslány tři specifikace se záměrem zadání tří

samostatných veřejných zakázek – specifikace *„Zdravotnický materiál pro POŠ - Autolékárničky“*, specifikace *„Zdravotnické přístroje a zařízení - nákup“* (dále dělena dle druhu komodit na část *„Zdravotnické přístroje a zařízení – vybavení interiérů“*, část *„Zdravotnické přístroje a zařízení – ošetřovatelské pomůcky“* a část *„Zdravotnické přístroje a zařízení – nákup“*) a specifikace *„Zdravotnický materiál pro POŠ - nákup“* (dále dělena dle druhu komodit na část *„Zdravotnický materiál pro POŠ – injekční technika“*, část *„Zdravotnický materiál pro POŠ – spotřební materiál pro EKG“*, část *„Zdravotnický materiál pro POŠ – rukavice“, část „Zdravotnický materiál pro POŠ – spotřební zdravotnický materiál“* a část *„Zdravotnický materiál pro POŠ – odběrové zkumavky a jehly“* (dále jen **„původní specifikace“**). Původní záměr žadatele zadat tři veřejné zakázky tak vycházel z rozdělení požadovaného zboží na tři části podle povahy požadovaných komodit.

23. V této souvislosti je tedy třeba učinit dílčí závěr, že předmět veřejné zakázky byl zadavatelem koncipován nepřípustně široce. Jak jsem již výše uvedl, tato skutečnost je patrná z rozdělení položek zdravotnického materiálu a zdravotnických přístrojů a zařízení (do 9 skupin) komodit, které se odlišují způsobem použití, a které spolu přímo nesouvisí, a dále též ze specifikací jednotlivých skupin zboží. (Skrytou) diskriminaci potenciálních dodavatelů je tedy třeba v daném případě dovodit z (příliš) širokého vymezení předmětu plnění, poněvadž spolu požadovaná plnění vzájemně nesouvisejí. Diskriminováni totiž byli ti dodavatelé, kteří mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, ale nebylo v jejich možnostech nabídnout plnění všechna. S ohledem na to je proto třeba ztotožnit se s konstatováním prvostupňového orgánu uvedeným v bodě 30. odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož v daném případě mohlo nabídku podat méně dodavatelů, než za situace, kdy by byly jednotlivé výrobky poptávány samostatně, případně, kdy by byla veřejná zakázka rozdělena a dodavatelům bylo umožněno podávat nabídky i na jednotlivé části veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 98 odst. 3 zákona (podle původní specifikace), aby mohli podat nabídku i další uchazeči. Doplňuji, že jednání zadavatele výrazně omezilo soutěžní prostředí a diskriminovalo dodavatele schopné realizovat předmět veřejné zakázky, což je nepřípustné (třebaže nelze vyloučit možnost využití subdodavatele).

24. Nadto je třeba k předmětné námitce vznesené zadavatelem v rozkladu konstatovat, následující. Tvrzení Úřadu obsažené v bodě 35. odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož *„Skutečnost, že zadavatel v daném případě podstatným způsobem omezil soutěžní prostředí potvrzuje fakt, že nabídku podal v šetřeném zadávacím řízení pouze jediný uchazeč. Je tedy zřejmé, že jiní dodavatelé nebyli schopni pokrýt široce koncipovaný předmět veřejné zakázky z jimi nabízeného sortimentu“*, bylo pouze jedním z argumentů (jednalo se o podpůrný argument), na základě nichž prvostupňový orgán dospěl k závěru, že zadavatel porušil ustanovení § 6 zákona. V daném případě je třeba nepřípustně široké vymezení předmětu plnění a současně neumožnění podávat nabídky pouze na některé části veřejné zakázky považovat za diskriminační z toho důvodu, že jednotlivá plnění spolu věcně nesouvisejí a mohou být poptávána odděleně, což bylo v průběhu správního řízení před prvostupňovým orgánem prokázáno. Nadto nelze vyloučit, že mohou mít i rozdílný okruh dodavatelů.

25. Předmětný závěr učiněný Úřadem tedy nevyplývá pouze z důvodu obsaženého v bodě 35. odůvodnění napadeného rozhodnutí. S ohledem na to proto nemůže obstát námitka zadavatele, že skutečnost, že zadavatel obdržel pouze jedinou nabídku, nelze bez dalšího považovat za důkaz porušení ustanovení § 6 zákona zadavatelem, neboť se nejednalo o důkaz, na němž by bylo postaveno odůvodnění příslušného výroku napadeného rozhodnutí.

26. Ve vztahu k námitce zadavatele, v rámci které poukazuje na to, že napadené rozhodnutí není v souladu s právními předpisy, neboť Úřad nepřihlédl k součásti dokumentace veřejné zakázky obsahující žádosti dodavatelů o zaslání zadávací dokumentace (které zadavatel v kopiích přiložil k rozkladu) a opomenul tak důkazní prostředek mající podstatný vliv na zjištění skutkového stavu, je třeba uvést následující. V tomto kontextu zdůrazňuji, že k předmětné součásti dokumentace veřejné zakázky prvostupňový orgán nemohl přihlédnout, neboť právě tuto (předmětnou) součást dokumentace o veřejné zakázce zadavatel Úřadu nepředložil, a to ani ve lhůtě k provedení úkonu – předložení kompletní dokumentace o veřejné zakázce. Úřad usnesením ÚOHS-S537/2011/VZ-17586/2011/510/HOd ze dne 29. 11. 2011 mimo jiné zadavateli podle § 39 odst. 1 správního řádu určil lhůtu (do 7 dnů ode dne obdržení tohoto usnesení) k předložení kompletní dokumentace o veřejné zakázce. Součástí dokumentace, kterou Úřad obdržel dne 21. 7. 2011 od VPHK nebyly některé doklady (např. žádosti dodavatelů o zaslání zadávací dokumentace), což jsem si z dostupné spisové dokumentace rovněž ověřil. Z důvodu nepředložení kompletní dokumentace o veřejné zakázce zadavatelem Úřad nemohl posoudit, kolik dodavatelů mělo původně zájem účastnit se zadávacího řízení a podat nabídku (pokud by doložená dokumentace obsahovala žádosti dodavatelů o zaslání dokumentace, mohl by Úřad prověřit, z jakého důvodu se dodavatelé rozhodli nabídku nepodat, případně za jakých podmínek by nabídku podat mohli).

27. V této souvislosti je nezbytné zdůraznit, že dodatečně zadavatelem zaslané (předložené) a nedatované kopie žádostí jednotlivých dodavatelů o zaslání dokumentace o veřejné zakázce nemohou být ve smyslu ustanovení § 82 odst. 4 správního řádu považovány za důkaz. V tomto ustanovení správního řádu je totiž stanoveno, že *„K novým skutečnostem a k návrhům na provedení nových důkazů, uvedeným v odvolání nebo v průběhu odvolacího řízení, se přihlédne jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti nebo důkazy, které účastník nemohl uplatnit dříve“* (jedná se o tzv. koncentraci správního řízení, resp. zásadu zákazu novot). Zadavatel dodatečně zaslanými dokumenty prokazatelně disponoval a mohl je tedy předložit již v řízení v prvním stupni, jak požaduje předmětné ustanovení správního řádu. Prvostupňovému orgánu je však v době před vydáním napadeného rozhodnutí nedoložil, a to ani na základě lhůty stanovené k provedení úkonu – předložení kompletní dokumentace o veřejné zakázce. Z toho důvodu proto již nemohu tyto dokumenty v rámci druhostupňového řízení jakkoliv zohlednit. K tomu je tedy třeba učinit dílčí závěr, že Úřad v dané věci postupoval zcela správně a v souladu se zákonem. Svým postupem tak ani neopomenul důkazní prostředek mající podstatný vliv na zjištění skutkového stavu, o němž nejsou pochybnosti, jak tvrdí zadavatel v rozkladu. Na základě těchto skutečností proto nemůže obstát ani související tvrzení zadavatele, že v důsledku nezohlednění předmětných podkladů je třeba napadené rozhodnutí označit za nesprávné, resp. nezákonné. Třebaže zadavatel v rozkladu uvádí, že příslušné doklady (které dle něj mají být v rozkladovém řízení

zohledněny) předkládá v příloze rozkladu „opětovně“, z dostupné spisové dokumentace jsem zjistil, že tyto „doklady“ předložil až dodatečně – jakožto přílohu samotného rozkladu. Jak bylo výše uvedeno, tyto dokumenty však zadavatel mohl předložit již v rámci prvostupňového řízení před Úřadem. Ani toto tvrzení vznesené zadavatelem tedy nemá právní relevanci.

28. Doplňuji, že skutečnost, že zadavatel zadal předmětnou veřejnou zakázku v otevřeném nadlimitním řízení, nemá žádný vliv na to, že se v důsledku výše uvedeného jednání, v rámci něhož příliš široce vymezil požadovaná plnění (která spolu vzájemně nesouvisejí, čímž nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona), dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a v rámci něhož neuchoval dokumentaci o veřejné zakázce, čímž se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. f) zákona. K omezení počtu potenciálních dodavatelů totiž došlo již v důsledku nedodržení zásady zákazu diskriminace, když v rámci předmětu veřejné zakázky vymezil příliš široce požadovaná plnění, která spolu vzájemně nesouvisejí, v důsledku čehož se o veřejnou zakázku mohli ucházet jen někteří dodavatelé. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky dalších dodavatelů nabízející výhodnější podmínky pro zadavatele. Na výše uvedené pak nemá a nemůže mít sebemenší vliv ani to, že zadavatel zadávací dokumentaci poskytl těm dodavatelům, kteří o ni požádali. Tento postup zadavatele nemůže zhojit jím spáchané a Úřadem konstatované výše uvedené správní delikty.

29. Pokud se jedná o námitku zadavatele, dle které nemohl ovlivnit skutečnost, že Úřadu nebyla předána veškerá dokumentace, jelikož kompletní dokumentaci předal Vojenské policii s tím, že vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil, a není tedy odpovědný za spáchání předmětných správních deliktů, je třeba uvést následující. Dne 7. 12. 2011 Úřad obdržel písemné vyjádření zadavatele ze dne 5. 12. 2011, ve kterém uvedl, že předal vyžádanou dokumentaci ke kontrole velitelství VPO dne 17. 3. 2011. Jak jsem si ověřil v dostupné spisové dokumentaci, dokumentace (kterou Úřad obdržel od zadavatele prostřednictvím VPHK) svým rozsahem odpovídá přiloženému sběrnému archu – obsahuje 65 položek v rozsahu 418 listů. S ohledem na výše uvedené je proto zcela zřejmé, že nekompletní dokumentaci zadavatel předal již 17. 3. 2011 VPO. Je tedy třeba se ztotožnit s konstatováním prvostupňového orgánu obsaženým v bodě 45. odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož součástí dané dokumentace nebyly žádosti dodavatelů o zaslání zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce. Úřad tedy postupoval správně a v souladu se zákonem, když v důsledku postupu zadavatele (kdy neuchoval kompletní dokumentaci o veřejné zakázce ve smyslu ustanovení § 155 zákona) konstatoval spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. f) zákona, byť podstatnou část dokumentace k veřejné zakázce zadavatel uchoval.

30. V obecné rovině je vhodné uvést, že archivace dokumentace veřejné zakázky zabezpečuje, aby bylo možné ověřit postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky, a zjistit, zda byl jeho postup v souladu se zákonem. Jedná se tedy o zákonnou povinnost zadavatele, která přispívá k dodržování (výše uvedené) zásady transparentnosti i zásady přezkoumatelnosti postupu

zadavatele. Zadavatel je povinen zabezpečit archivaci příslušných podkladů a je pouze na něm, jakým způsobem toto zabezpečí. Postup zadavatele měl v daném případě za následek ztížení přezkumu jeho postupu v zadávacím řízení. Jelikož doložená dokumentace neobsahovala žádosti dodavatelů o zaslání dokumentace, Úřad nemohl posoudit, kolik dodavatelů mělo původně zájem účastnit se zadávacího řízení a podat nabídku. Nemůže proto obstát konstatování zadavatele, že řádně vedl a uchovával dokumentaci veřejné zakázky a nebylo v jeho moci ovlivnit její uchování po předání orgánu činnému v trestním řízení. S ohledem na výše uvedené je totiž zřejmé, že zadavatel v požadovaném rozsahu nesplnil zákonnou povinnost uchovávat dokumentaci o veřejné zakázce po dobu 10 let od uzavření smlouvy. Uvádím tedy, že zadavatel v daném případě neprokázal, že vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil. Nadto je zřejmé, že zadavatel nepředložil žádný dokument, z kterého by vyplývalo, že VPHK předal více dokumentů, než je uvedeno v příslušném sběrném archu. V důsledku toho tedy plně odpovídá za spáchání předmětných správních deliktů, přičemž neobstojí příslušná námitka jím vznesená v rozkladu.

V. Závěr

31. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

32. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona, dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Česká republika – Ministerstvo obrany, Tychonova 1, 160 00 Praha 6

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy