UOHSX00F3624

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0277/2021/VZ Brno 10.08.2021
Číslo jednací: ÚOHS-27086/2021/500/AIv

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve správním řízení zahájeném dne 22. 7. 2021 na návrh ze dne 21. 7. 2021, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – Nemocnice Na Homolce, IČO 00023884, se sídlem Roentgenova 37/2, 150 00 Praha 5,
- navrhovatel – KC SOLID, spol. s r.o., IČO 61168840, se sídlem Míru 16, 337 01 Rokycany, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 21. 7. 2021 Mgr. Tomášem Šmucrem, advokátem, ev. č. ČAK 13890, IČO 72283581, se sídlem V Malé Doubravce 1242/27, 312 00 Plzeň,
- vybraný dodavatel – LACOMED, spol. s r.o., IČO 46348875, se sídlem Vodárenská 699, 278 01 Kralupy nad Vltavou,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Techneciové generátory“, která byla zadávaná jako veřejná zakázka malého rozsahu na základě výzvy k podání nabídek ze dne 31. 3. 2021 uveřejněné na profilu zadavatele[1] dne 1. 4. 2021 pod systémovým číslem P21V00191501,

rozhodl takto:

[1] https://tenderarena.cz/dodavatel/seznam-profilu-zadavatelu/detail/Z0001188/zakazka/416299

Návrh navrhovatele – KC SOLID, spol. s r.o., IČO 61168840, se sídlem Míru 16, 337 01 Rokycany – **se** podle § 265 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. PRŮBĚH VÝBĚROVÉHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Nemocnice Na Homolce, IČO 00023884, se sídlem Roentgenova 37/2, 150 00 Praha 5 (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil na profilu zadavatele dne 1. 4. 2021 „Výzvu k podání nabídky“ ze dne 31. 3. 2021 (dále jen „výzva“) na veřejnou zakázku malého rozsahu – „Techneciové generátory“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Zadavatel v článku 1. „IDENTIFIKACE VEŘEJNÉ ZAKÁZKY“ výzvy uvedl, že veřejná zakázka je veřejnou zakázkou malého rozsahu ve smyslu ustanovení § 27 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), na kterou se vztahuje výjimka podle ustanovení § 31 zákona. Tuto skutečnost pak zadavatel opětovně deklaroval i v krycím listu nabídky, který tvořil přílohu č. 1 výzvy.
3. V článku 4. „PŘEDMĚT ZAKÁZKY“ výzvy vymezil zadavatel předmět posuzované veřejné zakázky jako *„zajištění dodávek radioaktivních molybden/techneciových (99Mo/99mTc) generátorů (ATC skupina: VO9-Diagnostická farmaka) pro přípravu radiofarmaka technecistan sodný pro použití v humánní medicíně, a to jak přímo (s možností jej vykazovat v rámci veřejného zdravotního pojištění, tak i nepřímo ke značení neaktivních kitů)“*. Předmětem veřejné zakázky je rovněž dodávka souvisejícího spotřebního materiálu, *„zpětný odběr generátorů 2 týdny po jejich dodání“* a případná úprava laminárního boxu (do něhož se generátory umísťují).
4. Zadavatel dále v článku 8. „PŘEDPOKLÁDANÁ HODNOTA ZAKÁZKY a NABÍDKOVÁ CENA“ výzvy stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 1 182 500 Kč bez DPH, přičemž předpokládaný počet dodávek za 24 měsíců stanovil na 55.
5. Z protokolu o otevírání a hodnocení nabídek ze dne 22. 4. 2021 vyplývá, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek celkem 2 nabídky, a sice nabídku vybraného dodavatele – LACOMED, spol. s.r.o., IČO 46348875, se sídlem Vodárenská 699, 278 01 Kralupy nad Vltavou (dále jen „vybraný dodavatel“) a nabídku navrhovatele – KC SOLID, spol. s r.o., IČO 61168840, se sídlem Míru 16, 337 01 Rokycany, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 21. 7. 2021 Mgr. Tomášem Šmucrem, advokátem, ev. č. ČAK 13890, IČO 72283581, se sídlem V Malé Doubravce 1242/27, 312 00 Plzeň (dále jen „navrhovatel“).
6. V dokumentu „ROZHODNUTÍ A OZNÁMENÍ O VÝBĚRU DODAVATELE“ ze dne 1. 6. 2021 (dále jen „rozhodnutí o výběru dodavatele“) je uvedeno, že vybraným dodavatelem se stal výše specifikovaný vybraný dodavatel, který podal ekonomicky nejvýhodnější nabídku. V e-mailové zprávě zadavatele ze dne 16. 6. 2021 označené jako „Vyhodnocení zakázky“ (dále jen „e-mail o vyhodnocení zakázky“) adresované navrhovateli, jakožto reakce na jeho žádost ze dne 16. 6. 2021, je rovněž konstatováno, že zadavatel vybral jako vítězného dodavatele výše

specifikovaného vybraného dodavatele. Navrhovateli bylo rozhodnutí o výběru dodavatele oznámeno prostřednictvím e-mailu o vyhodnocení zakázky, který obdržel dne 16. 6. 2021.

7. Dne 14. 6. 2021 zadavatel uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu na plnění veřejné zakázky.

8. Proti rozhodnutí o výběru dodavatele podal navrhovatel dne 28. 6. 2021 námitky adresované zadavateli, které zadavatel obdržel téhož dne (dále jen „námitky“).

9. Zadavatel na námitky reagoval dokumentem ze dne 22. 7. 2021 označeným jako „Vyjádření zadavatele k dokumentu dodavatele s označením 'Námitky proti postupu zadavatele'“ (dále jen „vyjádření k námitkám“). Zadavatel ve vyjádření k námitkám uvedl, že jím způsobené administrativní pochybení napraví tím, že vypoví uzavřenou smlouvu na realizaci veřejné zakázky.

10. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí o výběru dodavatele za učiněné v souladu se zákonem, doručil Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 21. 7. 2021 označený jako „Návrh na přezkoumání úkonu zadavatele – rozhodnutí o výběru dodavatele“ (dále jen „návrh“).

II. OBSAH NÁVRHU

11. Navrhovatel ve svém návrhu uvádí, že mu nebylo bez zbytečného odkladu od přijetí rozhodnutí o výběru dodavatele odesláno oznámení o výběru dodavatele. Následně navrhovatel zpochybňuje samotný výběr vybraného dodavatele s tím, že vybraný dodavatel podle výsledku posouzení splnění podmínek účasti nesplnil stanovený požadavek na technickou kvalifikaci ve smyslu § 79 odst. 2 písm. b) zákona a měl tak být zadavatelem z výběrového řízení vyloučen.

12. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel postupem, kdy vybral dodavatele, který nesplnil podmínku technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona stanovenou v bodě 10.3 výzvy a následným neoznámením tohoto výběru, porušil zásadu transparentnosti, zásadu přiměřenosti i zásady rovného zacházení a nediskriminace ve smyslu ustanovení § 6 odst. 1 a 2 zákona ve spojení s ustanovením § 31 zákona. V předmětném postupu zadavatele tak navrhovatel spatřuje újmu spočívající ve skutečnosti, že mezi ním a zadavatelem nebude uzavřena smlouva na realizaci veřejné zakázky, což bude mít nezanedbatelný negativní finanční dopad v ekonomické sféře navrhovatele.

13. Závěrem se navrhovatel domáhá zrušení výběrového řízení na veřejnou zakázku.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

14. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 22. 7. 2021 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

15. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
    - zadavatel,
    - navrhovatel a
    - vybraný dodavatel.

16. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení pod sp. zn. ÚOHS-S0277/2021/VZ, č. j. 24927/2021/536/JŠi ze dne 26. 7. 2021.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 2. 8. 2021

17. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že navrhovatel není oprávněn proti rozhodnutí zadavatele podat námitky, jelikož výběrové řízení není zadávacím řízením dle zákona a zadavatel tedy dokument navrhovatele ze dne 28. 6. 2021 nepovažuje za námitky dle zákona.

18. Zadavatel v rámci vyjádření připustil, že došlo k administrativnímu pochybení, a sice k pozdnímu zaslání dokumentu „Oznámení o výběru dodavatele“, a to až po uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem. Výběrové řízení předmětné veřejné zakázky je proto dle zadavatele stiženo vadou, kterou již nelze napravit, jelikož již bylo ukončeno uzavřením smlouvy.

19. Pokud jde o otázku (ne)splnění podmínek technické kvalifikace, zadavatel uvedl, že vybraný dodavatel tuto kvalifikaci splnil, výsledek posouzení však zadavatel v důsledku administrativního pochybení nereflektoval v dokumentu „Výsledek posouzení splnění podmínek k účasti vybraného dodavatele“, pročež i oznámení o výběru dodavatele je stiženo vadou, kterou již vzhledem k uzavření smlouvy (skončení výběrového řízení) nelze napravit, resp. proces zadání veřejné zakázky nelze vrátit do fáze posouzení a hodnocení nabídek.

20. Pokud jde o otázku navrhovatelem tvrzené újmy, zadavatel uvedl, že při zadávání veřejné zakázky došlo k administrativnímu pochybení, které napravil tím, že vypověděl již uzavřenou smlouvu na realizaci veřejné zakázky.

21. S ohledem na výše uvedené zadavatel požadoval, aby Úřad návrh navrhovatele podle § 265 písm. c) zákona zamítl.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

22. Úřad přezkoumal na základě § 248 a násl. ustanovení zákona, zda návrh směřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle zákona, a po zhodnocení všech podkladů rozhodl o zamítnutí návrhu ze dne 21. 7. 2021. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

23. Podle § 4 odst. 4 zákona platí, že pokud zadavatel podle § 4 odst. 1 až 3 zákona zahájí zadávací řízení, i když k tomu nebyl povinen, je povinen ve vztahu k zadávané veřejné zakázce dodržovat tento zákon.

24. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

25. Podle § 6 odst. 2 zákona je zadavatel povinen ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

26. Podle § 16 odst. 1 zákona zadavatel stanoví před zahájením zadávacího řízení nebo před zadáním veřejné zakázky na základě výjimky podle § 30 zákona předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. Předpokládanou hodnotou veřejné zakázky je zadavatelem předpokládaná výše úplaty za plnění veřejné zakázky vyjádřená v penězích. Do předpokládané hodnoty veřejné zakázky se nezahrnuje daň z přidané hodnoty.

27. Podle § 24 zákona se určí režim veřejné zakázky podle její předpokládané hodnoty, pokud nejde o zjednodušený režim podle § 129 zákona. Zadavatel je povinen dodržet režim určený při zahájení zadávacího řízení, a to i v případě, že by byl oprávněn použít jiný režim.

28. Podle § 27 zákona je veřejnou zakázkou malého rozsahu veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota je rovna nebo nižší v případě veřejné zakázky a. na dodávky nebo na služby částce 2 000 000 Kč, nebo b. na stavební práce částce 6 000 000 Kč.

29. Podle § 31 zákona zadavatel není povinen zadat v zadávacím řízení veřejnou zakázku malého rozsahu. Při jejím zadávání je však zadavatel povinen dodržet zásady podle § 6 zákona.

30. Podle § 248 odst. 1 zákona vykonává Úřad dozor nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, při kterém a. rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky nebo při zvláštním postupu postupoval v souladu s tímto zákonem, b. rozhoduje o tom, zda postup zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, je v souladu s tímto zákonem, c. ukládá nápravná opatření, d. rozhoduje o návrhu podle § 267 zákona, e. kontroluje podle kontrolního řádu soulad úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek s tímto zákonem.

31. Podle § 248 odst. 2 zákona platí, že pokud zadavatel zahájil podle § 4 odst. 4 zákona zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky malého rozsahu, považuje se pro účely dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem zadávaná veřejná zakázka za podlimitní veřejnou zakázku.

32. Podle § 265 písm. c) zákona Úřad návrh zamítne, pokud návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

33. Jak bylo uvedeno výše, zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 1 182 500 Kč Kč bez DPH.

34. Zadavatel ve výzvě výslovně uvedl, že veřejná zakázka je veřejnou zakázkou malého rozsahu ve smyslu § 27 zákona, na kterou se vztahuje výjimka podle § 31 zákona (viz bod 2. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

K příslušnosti Úřadu vykonávat dozor nad veřejnými zakázkami malého rozsahu

35. Úřad konstatuje, že jeho kompetence jsou vymezeny ustanovením § 248 zákona tak, že dle § 248 odst. 1 písm. a) zákona **Úřad vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky**, při kterém rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, případně podle § 248 odst. 1 písm. b) zákona rozhoduje o tom, zda postup zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, je v souladu s tímto zákonem, případně podle § 248 odst. 1 písm. c) zákona ukládá nápravná opatření (§ 263 a 264 zákona). Úřad dále konstatuje, že z ustanovení § 248 odst. 1 zákona je tedy nutno učinit jednoznačný závěr, že Úřadu není dána pravomoc k výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek malého rozsahu.

36. Úřad dále konstatuje, že z ustanovení § 31 zákona jednoznačně vyplývá, že zadavatel není povinen zadávat podle tohoto zákona veřejné zakázky malého rozsahu, je však povinen dodržet zásady uvedené v § 6 zákona.

37. Úřad uvádí, že ze shora citovaných ustanovení zákona explicitně vyplývá, že uzavření smluv na veřejné zakázky malého rozsahu neprobíhá v zadávacím řízení a nedochází tedy k jejich zadání podle zákona. Stejně tak v ustanovení § 248 odst. 1 zákona je jednoznačně stanoveno, že výkon dozoru nad zadáváním veřejných zakázek je Úřadu svěřen výlučně ve vztahu k podlimitním a nadlimitním veřejným zakázkám, jak ostatně vyplývá z již výše uvedeného. K tomu Úřad dodává, že výjimku z daného pravidla představuje ustanovení § 4 odst. 4 zákona, podle něhož pokud zadavatel podle odstavců 1 až 3 zahájí zadávací řízení, i když k tomu nebyl povinen, je povinen ve vztahu k zadávané veřejné zakázce dodržovat tento zákon. Z ustanovení § 248 odst. 2 zákona poté vyplývá, že zahájil-li zadavatel podle § 4 odst. 4 zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky malého rozsahu, považuje se pro účely dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem zadávaná veřejná zakázka za podlimitní veřejnou zakázku.

38. Z výše popsaného je možno učinit závěr, že Úřad vykonává dozor nad zadáváním veřejných zakázek malého rozsahu pouze v tom případě, že zadavatel, ačkoliv nemusel, zahájil podle § 4 odst. 4 zákona z libovolného důvodu zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky malého rozsahu, kdy za této situace se daná veřejná zakázka ve smyslu § 248 odst. 2 zákona považuje za podlimitní veřejnou zakázku.

39. Jak již bylo konstatováno v bodě 4 odůvodnění tohoto rozhodnutí, předpokládaná hodnota přezkoumávané veřejné zakázky činí částku 1 182 500 Kč bez DPH. Předpokládaná hodnota stanovená zadavatelem odpovídala podle § 27 zákona veřejné zakázce malého rozsahu, kterou nejsou zadavatelé povinni zadávat v zadávacím řízení, neboť finančním limitem rozhodným pro určení, zda konkrétní veřejná zakázka spadá do kategorie veřejných zakázek malého rozsahu, či zda se jedná o podlimitní veřejnou zakázku, je částka 2 000 000 Kč bez DPH pro veřejné zakázky na dodávky nebo služby a 6 000 000 Kč bez DPH pro veřejné zakázky na stavební práce.

40. Úřad dále považuje za důležité zdůraznit, že zadavatel nezvolil ani postup podle § 4 odst. 4 zákona, když ve výzvě explicitně stanovil, že přezkoumávaná veřejná zakázka je veřejnou zakázkou malého rozsahu ve smyslu § 31 zákona (v podrobnostech viz body 2. a 4. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel tedy v šetřeném případě nepostupoval podle § 4 odst. 4 zákona, tj. nezvolil dobrovolný postup v režimu zákona, neboť z výzvy nikterak nevyplývá, že by zadavatel zahájil zadávací řízení podle zákona ve smyslu citovaného ustanovení zákona.

41. Jelikož předpokládaná hodnota veřejné zakázky nedosahuje částky 2 000 000 Kč bez DPH, jedná se podle § 27 zákona o veřejnou zakázku malého rozsahu a zadavatel tudíž, s ohledem na výše uvedené, **neměl povinnost zadat předmětnou veřejnou zakázku v některém z druhů zadávacích řízení upravených zákonem**. Nadto Úřad pouze pro úplnost dodává, že navrhovatel svým návrhem rovněž nebrojí ve smyslu § 250 odst. 1 písm. f) zákona proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení.

42. Úřad s odkazem na výše popsané uzavírá, že zadavatel v šetřeném případě nebyl povinen zadat veřejnou zakázku v některém ze zadávacích řízení a návrh tedy nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona, a proto návrh navrhovatele podle § 265 písm. c) zákona zamítl, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí. Při rozhodování pak Úřad v tomto ohledu vycházel z ustálené rozhodovací praxe viz např. rozhodnutí ve věci sp zn. ÚOHS-S426/2017 potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-R214/2017.

43. Pro úplnost Úřad závěrem poznamenává, že z důvodu procesní ekonomie již považoval za neúčelné stanovit účastníkům řízení lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí ve smyslu § 261 odst. 3 zákona, neboť Úřad je povinen dle § 6 odst. 2 správního řádu postupovat tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady a dotčené osoby co možná nejméně zatěžoval. Za situace, kdy je zřejmé, že je dán důvod pro zamítnutí návrhu z výše popsaných důvodů, by vyjádření účastníků řízení k otázkám, které byly nastoleny podaným návrhem, mohlo způsobit toliko zbytečné náklady účastníků, aniž by takové vyjádření mohlo ovlivnit výsledek správního řízení. Z toho důvodu Úřad lhůtu podle § 261 odst. 3 zákona účastníkům řízení nestanovil.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží

1. Nemocnice Na Homolce, Roentgenova 37/2, 150 00 Praha 5
2. Mgr. Tomáš Šmucr, advokát, V Malé Doubravce 1242/27, 312 00 Plzeň
3. LACOMED, spol. s r.o., Vodárenská 699, 278 01 Kralupy nad Vltavou

Vypraveno dne

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