



UOHSX005F059

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S436/2013/VZ-19964/2013/523/MLi

Brno 15. října 2013

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 18. 7. 2013 na základě návrhu ze dne 16. 7. 2013, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, IČO 00159816, se sídlem Pekařská 53, 656 91 Brno,
- navrhovatel – Olympus Czech Group, s. r. o., člen koncernu, IČO 27068641, se sídlem Evropská 176/16, 160 41 Praha 6,
- vybraný uchazeč – Medinet s.r.o., IČO 47538198, se sídlem nám. Sítná 3105, 272 01 Kladno,

ve věci podlimitní veřejné zakázky „FNUSA-ICRC – Gastroskopická vyšetřovací sestava s příslušenstvím“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 3. 5. 2013 pod ev. č. 241672,

### rozhodl takto:

I.

Zadavatel - Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, IČO 00159816, se sídlem Pekařská 53, 656 91 Brno – nedodržel při zadávání veřejné zakázky „FNUSA-ICRC – Gastroskopická vyšetřovací sestava s příslušenstvím“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 3. 5. 2013 pod ev. č. 241672, postup podle § 76 odst. 1 ve spojení s § 76 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nevyřadil nabídku a následně nevyloučil z účasti v zadávacím řízení uchazeče - Medinet s.r.o., IČO 47538198, se sídlem nám. Sítná 3105, 272 01 Kladno - ačkoli tato nabídka nesplňovala

požadavek na kompatibilitu gastrokopické vyšetřovací sestavy se stávajícími endoskopy zadavatele uvedený v zadávacích podmínkách, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

**Jako opatření k nápravě** postupu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže** podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší**

- **všechny úkony zadavatele související s posouzením nabídky uchazeče** – Medinet s.r.o., IČO 47538198, se sídlem nám. Sítná 3105, 272 01 Kladno – zaznamenané v zápise o třetím jednání hodnotící komise ze dne 21. 6. 2013,
- **všechny úkony zadavatele související s hodnocením nabídek** zaznamenané v zápise o třetím jednání hodnotící komise ze dne 21. 6. 2013,
- **rozhodnutí zadavatele o výběru nejhodnější nabídky uchazeče** – Medinet s.r.o., IČO 47538198, se sídlem nám. Sítná 3105, 272 01 Kladno – ze dne 26. 6. 2013.

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách se **zadavateli** – Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, IČO 00159816, se sídlem Pekařská 53, 656 91 Brno – **ukládá:**

**uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých).**

Náklady řízení jsou splatné ve lhůtě do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Zadávací řízení

1. Dne 21. 12. 2013 bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek pod ev. č. 241672, oznámení předběžných informací a dne 6. 5. 2013 oznámení o zakázce ve věci veřejné zakázky „FNUSA-ICRC – Gastrokopická vyšetřovací sestava s příslušenstvím“, zadávané formou otevřeného řízení (dále jen „veřejná zakázka“) zadávané zadavatelem – Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, IČO 00159816, se sídlem Pekařská 53, 656 91 Brno (dále jen „zadavatel“).
2. Předmět plnění veřejné zakázky v oznámení o zakázce vymezil zadavatel jako „Endoskopický přístroj nezbytně nutný pro diagnostiku a léčbu chorob jícnu, žaludku a dvanáctníku.“
3. Jako základní hodnotící kritérium pro hodnocení nabídek uvedl zadavatel v oznámení o zakázce nejnižší nabídkovou cenu bez DPH. Jako druh veřejné zakázky označil zadavatel veřejnou zakázku na dodávky, podkategorie koupě. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky

byla stanovena na 2 000 000 Kč bez DPH, v dalších specifických obchodních podmínkách zadavatel uvádí, že gastrokopická vyšetřovací sestava musí být kompatibilní se stávajícími flexibilními endoskopy na pracovišti zadavatele.

4. Ze zápisu o prvním jednání hodnotící komise ze dne 24. 5. 2013, který je současně protokolem o otevírání obálek s nabídkami, vyplývá, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek pět nabídek.
5. Podle zápisu o druhém jednání hodnotící komise ze dne 5. 6. 2013, který je současně protokolem o posouzení kvalifikace uchazečů, provedla hodnotící komise posouzení kvalifikace uchazečů a hodnocení nabídek. Vybraný uchazeč - Medinet s.r.o., IČO 47538198, se sídlem nám. Sítná 3105, 272 01 Kladno (dále jen „vybraný uchazeč“) - a uchazeč 2T engineering s.r.o., IČO 28259068, se sídlem V. P. Čkalova 502/14, 160 00 Praha 6, byli požádáni o písemné vysvětlení nejasností v jejich nabídkách v souladu s § 76 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“). Předmětem žádosti o vysvětlení nejasností byly záruční, pozáruční a servisní podmínky v rámci smlouvy o výpůjčce, která byla součástí nabídek obou uchazečů, a jejich soulad s kupní smlouvou, která byla součástí zadávací dokumentace. Oba uchazeči uvedli, že podmínky ve smlouvě o výpůjčce vyhovují požadavkům v zadávací dokumentaci. Vybraný uchazeč a uchazeč 2T engineering nabízeli gastrokopickou vyšetřovací sestavu Pentax, jejíž kompatibilitu se stávajícími přístroji na pracovišti zadavatele řešili smlouvou o výpůjčce na kompatibilní videoprocessor a zdroj světla značky Olympus, které měly být začleněny do sestavy Pentax.
6. Podle zápisu o třetím jednání hodnotící komise ze dne 21. 6. 2013, který je současně zprávou o posouzení a hodnocení nabídek, došla hodnotící komise k názoru, že nabídky uchazečů 2T engineering a vybraného uchazeče vyhovují zadávacím podmínkám. Zároveň komise rozhodla o vyloučení uchazeče HSC Industry, spol. s r. o. z důvodu nedodání dokladů prokazujících splnění kvalifikace. Výsledkem posouzení a hodnocení nabídek bylo doporučení hodnotící komise, aby zadavatel uzavřel smlouvu vybraným uchazečem.
7. Proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejhodnější nabídky podal dne 28. 6. 2013 navrhovatel - Olympus Czech Group, s. r. o., člen koncernu, IČO 27068641, se sídlem Evropská 176/16, 160 41 Praha 6 (dále jen „navrhovatel“) - námitky. Pochybení zadavatele spatřoval v nevyřazení vítězné nabídky z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny, poskytnutí části dodávky formou výpůjčky, porušení zadávacích podmínek vybraným uchazečem - jeho výběrem se měl zadavatel dopustit také diskriminace vůči ostatním uchazečům. Zadavatel obdržel námitky dne 3. 7. 2013, námitkám stěžovatele nevyhověl a shledal je jako neoprávněné. Rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno dne 10. 7. 2013.
8. Podle názoru navrhovatele porušil zadavatel svým postupem v zadávacím řízení několik ustanovení zákona, proto podal dne 18. 7. 2013 u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na přezkoumání úkonů zadavatele současně s návrhem na vydání předběžného opatření spočívajícího v zákazu uzavřít smlouvu.
9. Dne 18. 7. 2013, kdy Úřad návrh navrhovatele obdržel, bylo podle § 113 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, vedené pod sp. zn. S436/2013/VZ/MLi.

10. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele dne 19. 7. 2013.

## II. **Obsah návrhu**

11. Navrhovatel ve svém návrhu uvádí, že zadavatel porušil ustanovení § 77 zákona, když hodnotící komise neposoudila nabídkovou cenu vybraného uchazeče jako mimořádně nízkou a nevyžádala si od něj písemné zdůvodnění. Své tvrzení zdůvodňuje poukazem na skutečnost, že rozdíl mezi předpokládanou hodnotou veřejné zakázky (2 000 000 Kč bez DPH) a nabídkovou cenou vybraného uchazeče (978 750 Kč bez DPH) je větší než 50%, což u navrhovatele vyvolává pochybnost, zda je vybraný uchazeč schopen takovou dodávku realizovat. K tomuto závěru vede navrhovatele i smlouva o výpůjčce, kterou vybraný uchazeč nabízí část předmětu veřejné zakázky k bezplatnému zapůjčení. Hodnotu předmětu smlouvy o výpůjčce odhaduje navrhovatel na 800 000 Kč, což by v případě započtení této hodnoty do nabídkové ceny způsobilo zvýšení na celkovou nabídkovou cenu 1 778 750 Kč bez DPH, tedy nikoli nejnižší ze všech podaných nabídek.
12. Navrhovatel se domnívá, že hodnotící komise měla pochybnosti o schopnosti vybraného uchazeče splnit veřejnou zakázku v požadované kvalitě už při hodnocení nabídek, proto si vyžádala písemné objasnění záručních, pozáručních a servisních podmínek ve smlouvě o výpůjčce, a to jak od vybraného uchazeče, tak i od dalšího uchazeče 2T engineering.
13. Další porušení zákona spatřuje navrhovatel v tom, že vybraný uchazeč nabídl část předmětu plnění bezúplatně formou výpůjčky, nikoli tedy jako úplatné poskytnutí dodávek, jak požaduje zákon ve svém § 7 odst. 1 zákona.
14. Navrhovatel argumentuje, že předmětem veřejné zakázky měla být gastrokopická vyšetřovací sestava s příslušenstvím, tedy že celý předmět veřejné zakázky měl být dodán úplatně, o čemž dle názoru navrhovatele svědčí i kupní smlouva jako součást zadávací dokumentace. V důsledku zapůjčení nepřechází na zadavatele vlastnické právo k předmětu smlouvy, což je podle navrhovatele porušení zadávacích podmínek, konkrétně kupní smlouvy, která je součástí zadávací dokumentace. Zároveň navrhovatel usuzuje, že vybraný uchazeč ze stejného důvodu nemůže splnit požadavky na záruční podmínky resp. záruční lhůtu v trvání 24 měsíců.
15. Tím, že zadavatel posoudil nabídku vybraného uchazeče jako nejvhodnější, se podle názoru navrhovatele dopustil také porušení zásad transparentnosti řízení a nediskriminace, neboť svým postupem ovlivnil celkové pořadí nabídek.
16. Navrhovatel uvádí, že vybraný uchazeč nesplnil požadavky v zadávací dokumentaci na technické parametry videogastroskopu. Argumentaci zadavatele z rozhodnutí o námitkách nepovažuje navrhovatel za dostatečnou, neboť zadavatel odkazuje na možnost dodání jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení za současného splnění požadovaného účelu, blíže však neuvádí, jaké jiné řešení vybraný uchazeč nabídl.
17. Vzhledem k výše popsaným skutečnostem navrhuje navrhovatel zrušit rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uložit zadavateli povinnost, aby provedl nové posouzení a hodnocení nabídek, případně zrušit celé zadávací řízení. Dále navrhuje také vydání předběžného opatření spočívajícího v zákazu uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem.

### III. Vyjádření zadavatele k návrhu

18. Zadavatel se nejprve vyjádřil k tvrzení, že nabídková cena vybraného uchazeče měla být posouzena jako mimořádně nízká, a to odkazem na posouzení hodnotící komise, do jejíž výlučné kompetence toto posouzení podle zadavatele spadá. Hodnotící komise složená také z odborníků na zdravotnické technologie neshledala nabídkovou cenu vybraného uchazeče jako mimořádně nízkou, a proto v této věci nečinila žádné další úkony. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky označil zadavatel za orientační a pravděpodobnou, přičemž jako taková mohla být podle zadavatele i překročena. K tvrzení navrhovatele, že vybraný uchazeč není objektivně schopen veřejnou zakázku realizovat, odkazuje zadavatel na obsah nabídky vybraného uchazeče, která podle jeho názoru dokazuje opak.
19. K poskytnutí části předmětu veřejné zakázky ve formě výpůjčky zadavatel konstatuje, že vybraný uchazeč nabídl kompletní funkční gastrokopickou vyšetřovací sestavu a předmět smlouvy o výpůjčce je poskytován „nad rámec“, jako způsob vyřešení požadavku kompatibility sestavy se stávajícími přístroji na pracovišti zadavatele. Zadavatel v takovém řešení nespátřuje žádné porušení zadávacích podmínek, neboť nestanovil žádný konkrétní způsob, jak má být kompatibility dosaženo, naopak pouze demonstrativně uvedl, že ji lze zajistit např. pomocí přechodek.
20. Ve věci nesplnění technických parametrů položky „videogastroskop“ odkazuje zadavatel na stanovisko hodnotící komise, která u žádného z uchazečů neshledala nesplnění požadovaných technických parametrů.

### IV. Řízení před správním orgánem

21. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou
  - zadavatel,
  - navrhovatel,
  - vybraný uchazeč.
22. Dne 26. 7. 2013 obdržel Úřad dokumentaci o veřejné zakázce spolu s vyjádřením zadavatele, ve kterém zadavatel uvádí, že setrvává na svém vyjádření k námitce navrhovatele.
23. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení přípisem č. j. ÚOHS-S436/2013/VZ-14225/2013/523/MLi ze dne 31. 7. 2013. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S436/2013/VZ-14234/2013/523/MLi z téhož dne účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy, vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí.
24. Rozhodnutím o předběžném opatření č. j. ÚOHS-S436/2013/VZ-15326/2013/526/MLi ze dne 14. 8. 2013 Úřad uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

### V. Vyjádření vybraného uchazeče

25. Dne 11. 8. 2013 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče. Jako mimořádně nízkou svou nabídkovou cenu vybraný uchazeč neshledává, mimo jiné i v porovnání s nabídkovými cenami u jiných veřejných zakázek s obdobným předmětem plnění, kterých se zúčastnil jak on, tak v některých případech také navrhovatel.

26. Své řešení kompatibility odůvodnil vybraný uchazeč odkazem na zdůvodnění zakázky v zadávací dokumentaci, které podle jeho názoru odkazuje především na využití gastroscopické sestavy ve výzkumu, což jím dodaná sestava může bez problému plnit jako funkční celek. Předmět smlouvy o výpůjčce je tak dodán jen k plnění doplňkové funkce, tedy využití na pracovišti zadavatele s jinými přístroji. Potřeba kompatibility podle vybraného uchazeče ze zdůvodnění zakázky jednoznačně nevyplývá.
27. Vybraný uchazeč nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že jím nabízený videogastroskop nesplňuje zadané technické parametry a není proto schopen zajistit účel požadovaný zadavatelem.

#### VI. Vyjádření navrhovatele

28. Dne 15. 8. 2013 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele k vyjádření vybraného uchazeče. Navrhovatel uvedl, že nesouhlasí s tvrzeními vybraného uchazeče o monopolním postavení zadavatele na gastroenterologických pracovištích, s odůvodněním nabídkové ceny vybraným uchazečem ani jeho odůvodněním nesplnění požadavku kompatibility.

#### VII. Závěry Úřadu

29. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, návrhu, stanoviska předloženého zadavatelem a vybraným uchazečem a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.
30. Dle ustanovení § 76 odst. 1 zákona „*Hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d). Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny. Jestliže nedošlo k vyřazení všech variant nabídky, nepovažuje se nabídka za vyřazenou. Ke zjevným početním chybám v nabídce, zjištěným při posouzení nabídek, které nemají vliv na nabídkovou cenu, hodnotící komise nepřihlíží. V případě veřejné zakázky na stavební práce, jejíž zadávací dokumentace obsahuje příslušnou dokumentaci podle § 44 odst. 4 písm. a), posoudí hodnotící komise nabídky v podrobnostech soupisu stavebních prací, dodávek a služeb a výkazu výměr.*“
31. Dle ustanovení § 76 odst. 6 zákona „*Uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučí zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení. To neplatí, pokud zadavatel postupuje podle § 79 odst. 5. Vyloučení uchazeče, včetně důvodů vyloučení, zadavatel uchazeči bezodkladně písemně oznámí. Pokud si to veřejný zadavatel v zadávacích podmínkách vyhradil, může ve zjednodušeném podlimitním řízení rozhodnutí o vyloučení uchazeče oznámit jeho uveřejněním na profilu zadavatele; v takovém případě se rozhodnutí o vyloučení uchazeče považuje za doručené okamžikem uveřejnění na profilu zadavatele.*“
32. Zadavatel v rámci zadávacího řízení poptával dodání gastroscopické vyšetřovací sestavy s příslušenstvím. Tato sestava měla být podle požadavků zadávací dokumentace tvořena LCD monitorem, videoprocesorem, xenonovým zdrojem světla a příslušenstvím, do kterého je řazen videogastroskop. Gastroscopická vyšetřovací sestava musí být kompatibilní se

stávajícími flexibilními endoskopy na pracovišti zadavatele, zároveň musí být videogastroskop kompatibilní s nabízeným zdrojem světla a videoprocesorem.

33. V části 2. krycího listu požadavku k veřejné zakázce „Parametry a obchodní podmínky“ uvádí zadavatel v bodě „Další specifické obchodní podmínky“ nutnost kompatibility dodávané gastroscopické vyšetřovací sestavy se stávajícími flexibilními endoskopy na pracovišti zadavatele. Tuto podmínku pak označuje zadavatel v části „Odůvodnění vymezení obchodních a technických podmínek ve vztahu k potřebám“, bod 2. „Odůvodnění technických podmínek“, jako nutnou vzhledem k existujícímu stávajícímu vybavení.
34. V části zadávací dokumentace s názvem „Identifikace technologie“ je stejný požadavek na kompatibilitu zopakován v části „Další požadavky“, dále pak také v části „Minimální požadované technické parametry“ u jednotlivých položek. Konkrétně je tato podmínka výslovně zmíněna u položky „videoprocesor“ a „xenonový zdroj studeného světla“, vždy s odkazem na fakt, že se jedná o obnovu stávajícího vybavení a nikoli o jeho rozšíření.
35. Na kompatibilitu videoprocesoru se stávajícími flexibilními endoskopy byl vybraným uchazečem vznesen dotaz, který byl v dodatečných informacích č. 1 odůvodněn efektivním využitím stávajících přístrojů a možností náhrady v případě poruchy. Zadavatel také poskytl identifikační údaje svých stávajících flexibilních endoskopů.
36. Vybraný uchazeč podle přílohy kupní smlouvy, která byla součástí jeho nabídky, nabídl zadavateli ke koupi videoprocesor PENTAX EPK-i7000 se zabudovaným zdrojem studeného světla s xenonovou lampou, videogastroskop PENTAX EG-i10, LCD monitor FSN FS-L2301D, videovozík pro přístroje s centrálním napájením přístrojů PM-01 a tester těsnosti endoskopů SHA-P5.
37. Součástí nabídky vybraného uchazeče je také dokument, ve kterém vyjadřuje nesouhlas s požadavkem kompatibility gastroscopické vyšetřovací sestavy se stávajícími přístroji zadavatele. Dále v něm vybraný uchazeč uvádí: *„Abychom se však při nesplnění tohoto požadavku vyhnuli riziku vyloučení z veřejné soutěže, předkládáme jako součást nabídky zápujční smlouvu na videoprocesor a zdroj světla Olympus. Tyto přístroje budou na základě této smlouvy začleněny do nabízené gastroscopické vyšetřovací sestavy Pentax, která je tímto kompatibilní se stávajícími flexibilními endoskopy na pracovišti.“*
38. V části nabídky vybraného uchazeče „Minimální požadované technické parametry“ je u položky „videoprocesor“ uvedeno, že jeho kompatibilita je zajištěna přístroji zn. Olympus, které budou na základě smlouvy o výpůjčce součástí gastroscopické vyšetřovací sestavy a budou tak tvořit jeden funkční celek. Stejně je kompatibilita zajištěna i u položky „xenonový zdroj studeného světla“. Smlouva o výpůjčce v části „IV. Doba výpůjčky“ stanovuje, že videoprocesor a zdroj světla zn. Olympus budou zapůjčeny *„na celou dobu potřebnou k zajištění kompatibility gastroscopické vyšetřovací sestavy Pentax s přístroji Olympus, které jsou v době podpisu používány na místě plnění“*.
39. Vybraný uchazeč nabídl zadavateli dodání resp. koupi kompletní gastroscopické vyšetřovací sestavy Pentax. Jelikož tato sestava však není kompatibilní se stávajícími přístroji na pracovišti zadavatele, vybraný uchazeč poskytne část gastroscopické sestavy, která podmínku kompatibility splňuje, formou výpůjčky, jak uvádí ve shora zmíněném dokumentu, který je součástí jeho nabídky. Předmětem nabídky tedy není kompletní gastroscopická

sestava, která by splňovala požadavek kompatibility, ale gastrokopická sestava nekompatibilní. Aby byla zajištěna komptabilita celé sestavy, je nutné nahradit videoprocesor Pentax, který je podle nabídky předmětem kupní smlouvy, videoprocesorem Olympus, který je předmětem smlouvy o výpůjčce. Celá sestava je po takovém nahrazení kompatibilní, ovšem už bez původního videoprocesoru Pentax, který si zadavatel zakoupí jako součást původní nabízené sestavy Pentax. Skutečnost, že vybraným uchazečem nabízená gastrokopická sestava Pentax nespĺňuje požadavek kompatibility, nijak nezpochybňuje ani zadavatel, ani sám vybraný uchazeč. Nesplnění tohoto požadavku Úřad považuje za prokázané.

40. Zadavatel požadoval po uchazečích dodání kompletní kompatibilní gastrokopické sestavy, videoprocesor a zdroj světla nevyjímaje. Za dodání lze považovat pouze dodání zboží za úplatu, což zajistí převod vlastnického práva na zadavatele – tuto podmínku však pouhé zapůjčení přístrojů nemůže splnit.
41. Je nutné rozlišovat mezi předmětem kupní smlouvy a smlouvy o výpůjčce, resp. v účinku těchto smluv na vlastnické právo k předmětu smlouvy. Při uzavření smlouvy o výpůjčce získává vypůjčitel (v tomto případě zadavatel) pouze právo věc bezplatně po určitou dobu užívat (§ 659 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, dále jen „ObčZ“), má tedy právo užívací, které je charakteristické svou dočasností a určitými omezeními v nakládání s věcí – nelze např. věc znehodnotit či přenechat k užívání jinému, pokud tak nebylo dohodnuto (§ 660 odst. 1 a 2 ObčZ). Po skončení doby, která byla ve smlouvě ujednána, musí vypůjčitel předmět výpůjčky vrátit – v případě předmětné smlouvy z nabídky vybraného uchazeče se sjednává doba výpůjčky „na celou dobu potřebnou k zajištění kompatibility gastrokopické vyšetřovací sestavy Pentax s přístroji Olympus, které jsou v době podpisu používány na místě plnění“, z čehož lze dovodit, že pokud zadavatel po předem neurčené době nebude již používat na pracovišti přístroje Olympus, které používal v době podpisu smlouvy, musí videoprocesor a zdroj světla vrátit vybranému uchazeči. Pokud však obmění stávající přístrojové vybavení opět přístroji značky Olympus, nebude mít k dispozici kompletní kompatibilní gastrokopickou vyšetřovací sestavu, neboť kompatibilní videoprocesor a zdroj světla již nebude mít ani v užívání.
42. Právo věc užívat je pouze jedním z dílčích oprávnění vlastníka, vlastnické právo je složeno z práva věc držet (ius possidendi), věc užívat a požívat její plody a užitky (ius utendi et fruendi) a práva s věcí disponovat (ius disponendi). Soubor těchto oprávnění je označován jako „vlastnická triáda“. Vlastnické právo náleží subjektu pouze ve chvíli, kdy může vykonávat všechna zmíněná dílčí oprávnění, je tedy zjevné, že rozsah užívacího práva, které plyne ze smlouvy o výpůjčce, je značně užší oproti rozsahu práva vlastnického. Převod vlastnického práva zprostředkovává kupní smlouva, zpravidla přechází vlastnické právo s předáním předmětu smlouvy (§ 590 a násl. ObčZ) a zaplacením kupní ceny, přičemž právě předání předmětu koupě a úplatnost jsou spolu s určením smluvních stran považovány za podstatné náležitosti kupní smlouvy. Dodáním se vzhledem k peněžnímu protiplnění rozumím dodání předmětu veřejné zakázky uzavřením kupní smlouvy.
43. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel požadoval dodání předmětu veřejné zakázky, nikoli možnost jeho dočasného užívání, byť bezplatně. Pokud by zadavatel požadoval pouze dočasné užívání gastrokopické vyšetřovací sestavy, specifikoval by budoucí vztah mezi ním a vybraným uchazečem jako nájem a nepožadoval by dodávku zboží. Takové vymezení



předmětu veřejné zakázky by pak nepochybně vedlo k odlišným nabídkovým cenám za pronájem sestavy, než jsou nabídkové ceny za její dodání.

44. Pokud by zadavatel připustil nabídku vybraného uchazeče, která poskytuje část předmětu veřejné zakázky formou výpůjčky, obdržel by neporovnatelnou nabídku. Nelze porovnávat nabídky dalších uchazečů, u nichž je předmět veřejné zakázky nabízen zadavateli prostřednictvím kupní smlouvy s nabídkou vybraného uchazeče, pokud prostřednictvím kupní smlouvy nabízí pouze část předmětu veřejné zakázky, který však musí být doplněn o část další, ta je ale nabízena formou smlouvy o výpůjčce. Vybraný uchazeč tímto způsobem navýšil hodnotu předmětu své nabídky o hodnotu videoprocessoru a zdroje xenonového světla Olympus, aniž by odpovídajícím způsobem navýšil také nabídkovou cenu. Není přitom relevantní, že videoprocessor a zdroj xenonového světla poskytl bezplatně.
45. Vybraný uchazeč tedy nesplnil zadávací podmínky, neboť byla požadována kompletní gastrokopická vyšetřovací sestava s příslušenstvím, která by byla kompatibilní zjevně jako celek, kompatibilita tedy musí být splněna současně s dodáním kompletní sestavy. Vybraný uchazeč však takovou sestavu nenabídl, neboť aby byl splněn požadavek kompatibility, musí být videoprocessor v sestavě ke koupi nahrazen videoprocessorem, který je předmětem výpůjčky – jeho vlastnictví tedy nepřejde na zadavatele, jak bylo předpokládáno na základě zadávací dokumentace, naopak zadavatel bude nucen tento vypůjčený videoprocessor po bližší neurčené době vrátit vybranému uchazeči. Zadavateli tedy nebude dodána kompletní gastrokopická vyšetřovací sestava s příslušenstvím, která by byla zároveň kompatibilní s jeho stávajícími flexibilními endoskopy, jak bylo požadováno v zadávacích podmínkách.
46. Nelze se ztotožnit se závěrem zadavatele, že videoprocessor Olympus je vybraným uchazečem dodáván „nad rámec“ toho, co bylo původně v zadávací dokumentaci požadováno, neboť bez těchto zapůjčených komponentů nemůže vybraným uchazečem dodaná gastrokopická sestava plnit požadovanou funkci, např. zadavatelem uvedené efektivní využití stávajících přístrojů a možností náhrady v případě poruchy (viz dodatečné informace č. 1).
47. Úřad nemůže souhlasit ani s názorem vybraného uchazeče, který ve svém vyjádření uvedl, že kompatibilita sestavy se ze zadávací dokumentace nejeví jako nutná, neboť sestava bude primárně používána pro výzkumnou činnost. Zadávací dokumentace je v tomto bodě formulována zcela jednoznačně a nepřipouští výklad, který vybraný uchazeč uvedl. Požadavkem zadavatele byla dodávka přístrojů kompatibilních se stávajícími flexibilními endoskopy na jeho pracovišti bez ohledu na to, k jakému účelu budou případně přístroje použity.
48. K podmínce kompatibility se stávajícími endoskopy zadavatele Úřad pro úplnost uvádí následující. Podle ustanovení § 44 odst. 11 zákona nesmí zadávací podmínky obsahovat konkrétní požadavky nebo odkazy na zboží či služby, které by vedly ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobců, pokud to není odůvodněno předmětem veřejné zakázky. V případě, že předmět veřejné zakázky takové požadavky či odkazy odůvodňuje, může je zadávací dokumentace obsahovat, jako je tomu v případě projednávané veřejné zakázky.
49. Zadávací dokumentace neobsahuje přímo odkaz na konkrétní výrobek, technická specifikace poptávaných přístrojů je však taková, že podmínky splňují pouze výrobky značky Olympus.

Úřad má za to, že předmět veřejné zakázky takovou technickou specifikaci odůvodňuje, neboť zadavatel je oprávněn nadále používat stávající vybavení a nemůže být nucen obměnit kompletní přístrojové vybavení v oblasti endoskopů. Pokud jsou se stávajícími přístroji kompatibilní pouze videoprocesory a xenonové zdroje světla Olympus, pak je tento požadavek v souladu se zákonem a odůvodněn předmětem veřejné zakázky.

50. S ohledem na výše uvedené závěry Úřad konstatuje, že zadavatel postupoval při posouzení nabídky vybraného uchazeče v rozporu s ustanovením § 76 odst. 1 ve spojení s § 76 odst. 6 zákona, a proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
51. Vzhledem k výše uvedenému, tedy že vybraný uchazeč nesplnil zadávací podmínky zadavatele na dodání videoprocesoru a zdroje světla kompatibilních se stávajícími flexibilními endoskopy na pracovišti zadavatele a měl být tedy z účasti v zadávacím řízení vyloučen, je bezpředmětné, aby se Úřad zabýval dalšími skutečностями uvedenými v návrhu, tedy posouzení otázky mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče a s tím minimálních technických parametrů videogastroskopu.
52. Požadavek kompatibility stanovený zadavatelem v zadávacích podmínkách tedy nelze považovat za diskriminaci přímou, tedy odlišné zacházení s jednotlivcem ve srovnání s ostatními členy srovnávané skupiny, neboť požadavek kompatibility byl stanoven pro všechny uchazeče stejně. Nejde ani o jiný přístup k jednotlivci než k celku, tedy nedochází ke zvýhodnění jednoho uchazeče na základě tzv. skryté diskriminace. Zadavatel v tomto případě postupoval formálně i materiálně stejně vůči všem, když po všech uchazečích bez rozdílu požadoval dodání kompatibilní gastrokopické vyšetřovací sestavy. Tento požadavek není ani zjevně nepřiměřený ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, potřeba kompatibility je odůvodněna ekonomickou úvahou zadavatele, který nechce při obnově části stávajících přístrojů pořizovat naopak všechny přístroje nové, pokud některé z těch stávajících mohou stále bez problémů plnit svou funkci. Požadavek kompatibility ze strany zadavatele je v tomto případě podložen legitimními ekonomickými zájmy, jeho stanovením dal zadavatel všem zájemcům stejnou možnost dodat kompatibilní gastrokopickou sestavu a žádnému potenciálnímu uchazeči a priori neznemožnil účast v otevřeném řízení.
53. Úřad dále uvádí, že obdobným způsobem jako vybraný uchazeč „zajistil“ kompatibilitu nabízených přístrojů se stávajícími endoskopy zadavatele i uchazeč 2T engineering s.r.o., IČO 28259068, se sídlem V. P. Čkalova 502/14, 160 00 Praha 6, jehož nabídka se umístila jako druhá v pořadí. Vzhledem k závěrům uvedeným v tomto rozhodnutí ve vztahu k postupu zadavatele při posouzení nabídky vybraného uchazeče a vzhledem k tomu, že předmětem správního řízení byl pouze výběr nevhodnější nabídky, Úřad poznamenává, že zákon umožňuje v ustanovení § 111 odst. 6 zákona zadavateli přijmout opatření k nápravě i v případě, že proti úkonu, kterým porušil zákon, námitky neobdržel.

#### VIII. Uložení nápravného opatření

54. Pokud zadavatel nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, pokud tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad podle ustanovení § 118 odst. 1 zákona zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

55. Z výše uvedeného textu rozhodnutí vyplývá, že zadavatel postupoval v zadávacím řízení v rozporu se zákonem, neboť vybral nabídku uchazeče, který nesplnil zadávací podmínky a měl být proto z účasti v zadávacím řízení vyloučen. Nápravy tohoto postupu může být dosaženo pouze způsobem, který je uveden ve výroku II. tohoto rozhodnutí, tedy zrušením všech úkonů zadavatele souvisejících s posouzením nabídky vybraného uchazeče, zrušením všech úkonů zadavatele souvisejících s hodnocením nabídek a zrušením výběru nejvhodnější nabídky.
56. Pro úplnost Úřad dodává, že se zadávací řízení vrací do fáze posouzení a hodnocení nabídek podle § 76 a následujících zákona. Zadavatel opětovně posoudí nabídku vybraného uchazeče v souladu se závěry Úřadu uvedenými v rozhodnutí a následně provede hodnocení nabídek.

#### **IX. Náklady řízení**

57. Podle ustanovení § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona také rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Tímto prováděcím předpisem je vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), která stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000 Kč.
58. Vzhledem ke skutečnosti, že Úřad tímto rozhodnutím zrušil výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí, a to na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2013000436.

### **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, 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. Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, Pekařská 53, 656 91 Brno
2. Olympus Czech Group, s.r.o., člen koncernu, Evropská 176/16, 160 41 Praha 6
3. Medinet s.r.o., nám. Sítná 3105, 272 01 Kladno

**Vypraveno dne**

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