



UOHSX005NBGP

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S517/2013/VZ-7145/2014/521/VČe

Brno 3. dubna 2014

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 22. 8. 2013, na návrh ze dne 22. 8. 2013, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Litomyšlská nemocnice, a.s., IČO 27520579, se sídlem J.E. Purkyně 652, 570 14 Litomyšl,
- navrhovatel – Beckman Coulter Česká republika s.r.o., IČO 28233492, se sídlem Radiová 1122/1, 102 27 Praha 10,

ve věci veřejné zakázky „Modernizace přístrojového vybavení iktového centra III.“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 2. 7. 2013 pod ev. č. 359277, ve znění oprav uveřejněných dne 31. 7. 2013, a uveřejněno v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 7. 2013 pod ev. č. 2013/S 129-221563, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 1. 8. 2013,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – Beckman Coulter Česká republika s.r.o., IČO 28233492, se sídlem Radiová 1122/1, 102 27 Praha 10 – ze dne 22. 8. 2013 **se** podle ust. § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle ustanovení § 118 odstavce 1 nebo 2 citovaného zákona o veřejných zakázkách.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Litomyšlská nemocnice, a.s., IČO 27520579, se sídlem J.E. Purkyně 652, 570 14 Litomyšl (dále jen „zadavatel“) – odeslal podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „zákon“)¹ do Věstníku veřejných zakázek dne 2. 7. 2013 a uveřejnil pod ev. č. 359277 a následně opravil dne 31. 7. 2013, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejnil dne 5. 7. 2013 pod ev. číslem 2013/S 129-221563 a následně opravil dne 1. 8. 2013 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Modernizace přístrojového vybavení iktového centra III.“ (dále jen „veřejná zakázka“ nebo též „zadávací řízení“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je dle bodu II.1.5) oznámení o zakázce „*provedení dodávky a uvedení do provozu nového zdravotnického přístroje - 1 ks - biochemický analyzátor. Mimo vlastní instalaci a uvedení do provozu zdravotnického přístroje je součástí předmětu plnění, jehož ocenění bude v zadávacím řízení hodnoceno i servisní činnost a dodávka biochemických reagentů a spotřebního materiálu v záruční a pozáruční době.*“
3. Podle bodu IV.3.4) oznámení o zakázce zadavatel stanovil lhůtu pro podání nabídek do 16. 9. 2013, do 9:30 hodin.
4. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 16. 9. 2013 je zřejmé, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel celkem tři nabídky, a to včetně nabídky navrhovatele – Beckman Coulter Česká republika s.r.o., IČO 28233492, se sídlem Radiová 1122/1, 102 27 Praha 10 (dále jen „navrhovatel“).
5. Proti zadávacím podmínkám (konkrétně proti požadavku zadavatele na obecnou vlastnost biochemického analyzátoru automatické ředění kalibrátorů) podal navrhovatel dopisem ze dne 1. 8. 2013 námitky, které zadavatel obdržel dne 5. 8. 2013. Zadavatel po přezkoumání těmito námitkám nevyhověl svým rozhodnutím ze dne 13. 8. 2013, které navrhovatel obdržel téhož dne.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o jím podaných námitkách za učiněné v souladu se zákonem, doručil dne 22. 8. 2013 Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) ze dne 22. 8. 2013. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu dne 23. 8. 2013.

II. SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ

7. Podle ustanovení § 113 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 22. 8. 2013, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele.
8. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,

¹ Pozn.: Pokud je v textu rozhodnutí uveden odkaz na zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jedná se vždy o znění účinné v době zahájení zadávání veřejné zakázky.

- navrhovatel.
9. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S517/2013/VZ-17230/2013/521/VČe ze dne 13. 9. 2013. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S517/2013/VZ-17233/2013/521/VČe z téhož dne stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Usnesením byla dále zadavateli stanovena lhůta k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, lhůta k předložení kompletní dokumentace o veřejné zakázce a lhůta k předložení průzkumu trhu, který zadavatel provedl před zahájením zadávacího řízení.
 10. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S517/2013/VZ-17800/2013/521/VČe ze dne 12. 9. 2013 o předběžném opatření Úřad ve výroku I. zadavateli nařídil zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení. Úřad současně předmětným rozhodnutím o předběžném opatření ve výroku II. zamítl návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření spočívající v pozastavení zadávacího řízení.
 11. Dne 23. 9. 2013 Úřad obdržel od zadavatele kompletní dokumentaci o veřejné zakázce a průzkum trhu, který zadavatel provedl před zahájením zadávacího řízení.

III. OBSAH NÁVRHU

12. Navrhovatel v návrhu uvádí, že podal námitky proti zadávací dokumentaci, jelikož ji považuje za odporující ustanovením § 6 a § 45 odst. 3 zákona, neboť stanoví některé podmínky tak, aby poskytly konkurenční výhodu některému dodavateli, aniž by to mělo věcné opodstatnění. Věcným důvodem pro toto tvrzení navrhovatele je, že požadovaná funkce je dle navrhovatele u různých typů biochemických analyzátorů řešena různými způsoby, přičemž však z hlediska funkčnosti analyzátoru a spolehlivosti a správnosti vydávaných výsledků jsou tato řešení naprosto srovnatelná.
13. Navrhovatel v podrobnostech odkazuje rovněž na své námitky proti zadávacím podmínkám ze dne 1. 8. 2013, v nichž namítá, že vícebodová kalibrace je u různých typů biochemických analyzátorů řešena různými způsoby a automatické ředění kalibrátorů je pouze jedním z možných způsobů provedení kalibrace. Jiným způsobem jsou dle mínění navrhovatele výrobcem dodávané kalibrátory s přesnými koncentracemi hladin v originálním balení pro provedení vícebodové kalibrace. Navrhovatel se domnívá, že požadavek na automatické ředění kalibrátorů vylučuje, a tím diskriminuje ostatní, běžně používané, moderní biochemické analyzátoři z veřejné soutěže, ačkoliv je jejich řešení plně funkční, přesnější a zcela eliminující možnost vzniku chyby ředěním.
14. Dále se navrhovatel v návrhu vyjadřuje k jednotlivým provozním důvodům uvedeným zadavatelem v rozhodnutí o námitkách ze dne 13. 8. 2013. K možné úpravě kalibrační křivky obsluhou, kdy je možné nastavit vlastní hodnotu ředění kalibrátoru, navrhovatel uvádí, že toto kritérium považuje vzhledem k požadavku zadavatele na uzavřený systém za bezpředmětné, neboť uzavřený systém pro klinickou biochemii z principu neumožňuje provádět uživatelské změny nad rámec návodu k použití IVD prostředku vydaného výrobcem, kterou dle navrhovatele nastavení vlastní hodnoty ředění kalibrátoru, resp. uživatelská modifikace kalibrační křivky, reprezentuje. Navrhovatel má za to, že připuštění

možnosti úpravy kalibrační křivky obsluhou výrazně zvyšuje riziko vzniku nežádoucí příhody zdravotnického prostředku ve smyslu § 3 písm. g) zákona č. 123/2000 Sb., o zdravotnických prostředcích a o změně některých souvisejících zákonů, v platném znění, (dále jen „zákon o zdravotnických prostředcích“) a je zcela v rozporu s návodem k použití uzavřeného systému, a proto by zadavatel takovýmto postupem porušoval § 20 písm. c) zákona o zdravotnických prostředcích, což by mohlo vést k vydání nesprávného výsledku pacienta.

15. K dalšímu argumentu zadavatele – jednodušší manipulace při kalibraci pro obsluhu, kdy je v určité míře sníženo riziko možnosti záměny – navrhovatel oponuje, že oba systémy kalibrace (automatické ředění kalibrátoru nebo výrobcem dodané kalibrátory s přesnými koncentracemi hladin v originálním balení) s sebou přináší určité výhody i rizika. K zadavatelem uváděnému riziku možnosti záměny může dle navrhovatele reálně dojít, a to vlivem lidského faktoru v laboratoři. Navrhovatel se však domnívá, že v takovém případě biochemický analyzátor vyhodnotí kalibraci jako neplatnou, což funguje jako kontrolní mechanismus, a že stejně tak může dojít k riziku chybného automatického ředění kalibrátorů vlivem technické závady analyzátoru.
16. K zadavatelem namítaným nižším nákladům souvisejícím s lepším využitím kalibračních testů s menším objemem zbytků (mrtvým objemem) navrhovatel uvádí, že nižší náklady se odvíjejí od nabídnuté ceny použitého kalibrátoru, a nelze tudíž předjímat, že technické řešení s automatickým ředěním kalibrátoru je ekonomicky výhodnější. Konečně k zadavatelem uváděnému provoznímu důvodu – menší provozní nároky na skladovací prostory pro umístění kalibračních testů – navrhovatel namítá, že tento bod nesouvisí s vlastností automatického ředění kalibrátoru a je s ohledem na to, že požadavky na skladovací prostory součástí zadávací dokumentace nebyly, neopodstatněný.
17. Dále navrhovatel k argumentu zadavatele, že technická vlastnost automatické ředění kalibrátoru je zcela běžná a moderní analyzátoři jsou touto funkcí standardně vybaveny, uvádí, že jím nabízený biochemický analyzátor se systémem výrobcem dodaných kalibrátorů s přesnými koncentracemi hladin v originálním balení je plně v souladu s nařízením vlády č. 453/2004 Sb., kterým se stanoví technické požadavky na diagnostické zdravotnické prostředky in vitro, a se zákonem o zdravotnických prostředcích, a tudíž je z hlediska české i evropské legislativy standardní.
18. Dle zjištění navrhovatele jsou funkcí automatického ředění kalibrátorů vybaveny analyzátoři, které byly uvedeny na trh před více než deseti lety, a naopak analyzátoři vyvinuté a uvedené na trh před dvěma až třemi lety, tj. dle navrhovatele modernější, požadavek na multikalibraci splňují a řeší ji jiným způsobem. Navrhovatel se domnívá, že zadavatelem provozovaný biochemický analyzátor, o němž zadavatel prohlašuje, že požadovanou vlastností disponuje a vlastní jej od roku 2001, zcela odporuje tvrzení o modernosti tohoto stroje, neboť stroj uvedeného stáří nelze považovat z hlediska posledního vývoje za moderní.
19. Navrhovatel je toho názoru, že zadavatel stanovením uvedených technických podmínek v zadávací dokumentaci porušil přinejmenším § 6 zákona ve vztahu k § 45 odst. 3 zákona, protože jsou tím porušeny podmínky rovného zacházení se soutěžiteli na trhu, je poskytnuta konkurenční výhoda určitým dodavatelům a je ohrožen zájem navrhovatele účastnit se zadávacího řízení s přístrojem, jenž věcně vyhovuje podmínkám, pro něž má být určen.

20. Závěrem navrhovatel navrhuje, aby Úřad rozhodl o vypuštění diskriminačního požadavku automatického ředění kalibrátorů z technické specifikace zadávací dokumentace s ohledem na technickou neopodstatněnost a diskriminační charakter tohoto požadavku, neboť požadovaný parametr dle navrhovatele nijak neovlivňuje provoz laboratoře a správnost stanovení diagnózy pacienta, a aby Úřad vydal předběžné opatření, kterým by pozastavil zadávací řízení.

IV. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU

21. Dne 3. 9. 2013 Úřad obdržel vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 30. 8. 2013, v němž se vyjadřuje ke stanoviskům navrhovatele k jednotlivým provozním důvodům, pro které zadavatel i nadále trvá na původním znění technického parametru veřejné zakázky, konkrétně na automatickém ředění kalibrátoru, následovně.
22. Ke stanovisku navrhovatele k možné úpravě kalibrační křivky obsluhou, kdy je možné nastavit vlastní hodnotu ředění kalibrátoru, zadavatel sděluje, že součástí zadávací dokumentace je požadavek na tři volné kanály, na kterých je možné provádět vlastní vyšetření (např. které nemá dodavatel ve svém portfoliu, ale bude je dodávat dle zadávací dokumentace). Zde zadavatel musí dle doporučených postupů provést validaci metody, kdy je dle mínění zadavatele žádoucí a vhodné, aby analyzátor uměl automaticky ředit kalibrátor. Takto byl dle zadavatele požadavek na možnost nastavení vlastních hodnot ředění kalibrátoru míněn, a nikoli tak, že zadavatel bude provádět změny a zásahy do kalibračních metod, které dodavatel na analyzátoru nabízí a kde garantuje kvalitu vyšetření, jelikož tehdy by se zadavatel skutečně vystavoval riziku porušení zákona o zdravotnických prostředcích.
23. Ke stanovisku navrhovatele k provoznímu důvodu jednodušší manipulace při kalibraci pro obsluhu, kdy je v určité míře sníženo riziko možnosti záměny, zadavatel uvádí, že vlivem technické závady analyzátoru může dojít nejen k chybnému automatickému ředění kalibrátorů, ale i k chybnému pipetování výrobcem dodávaných kalibračních setů, stejně jako provedení nesprávného výsledku pacienta. Zadavatel je přesvědčen, že v takovém případě se uplatní kontrolní mechanismy analyzátorů všech dodavatelů, a proto považuje rozporování tohoto bodu navrhovatelem za bezpředmětné.
24. Stanovisko navrhovatele k argumentu nižších nákladů souvisejících s lepším využitím kalibračních testů s menším objemem zbytků (mrtvým objemem) ponechává zadavatel bez komentáře. Ke stanovisku navrhovatele k menším provozním nárokům na skladovací prostory pro umístění kalibračních testů zadavatel sděluje, že požadavek na velikost (množství) skladovacího prostoru nebyl v zadávací dokumentaci uveden, jelikož je tento parametr dodavatelem neovlivnitelný, avšak pro zadavatele je to jeden z mnoha faktorů, které vedou právě k požadavku na automatické ředění kalibrátoru, jenž je v tomto ohledu ekonomičtější.
25. Dále zadavatel namítá, že nikdy nerozporoval, že navrhovatelův systém je z hlediska české i evropské legislativy standardní, ale pouze konstatoval, že analyzátory od jemu známých dodavatelů tuto vlastnost mají, a proto ji považuje za standardní.
26. Námitce navrhovatele, že zadavatelem v současné době provozovaný analyzátor z roku 2001 zcela jistě není moderní, zadavatel oponuje s tím, že v rozhodnutí o námitkách neuvedl, že provozuje moderní analyzátor, avšak pouze to, že provozuje analyzátor, který požadovanou

funkci přístroje má a že jemu známé moderní analyzátory (minimálně 3 dodavatelé na českém trhu) jsou touto funkcí vybaveny. Zadavatel dodává, že důvodem nákupu nového analyzátoru je obnova starého přístroje a že daný požadavek splňuje řada dodavatelů nabízejících na trhu moderní analyzátory, což nelze znevažovat odvoláním se na stáří původního analyzátoru.

27. Zadavatel je přesvědčen, že požadavek na funkci přístroje automatické ředění kalibrátorů je zcela běžný, používaný u řady dalších, dnes na trhu se prodávajících analyzátorů, a prohlašuje, že tento požadavek nebyl v žádném případě myšlen diskriminačně vůči jakémukoliv dodavateli, nýbrž vycházel z vlastních zkušeností zadavatele. Zadavatel uzavírá, že vzhledem k dlouholeté zkušenosti a možnosti pořízení přístroje, který je vybaven touto funkcí, nehodlá od tohoto požadavku ustoupit a nadále na něm trvá.

V. DOPLNĚNÍ PODKLADŮ ROZHODNUTÍ A VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE

28. Dne 23. 9. 2013 Úřad obdržel přípis zadavatele ze dne 23. 9. 2013, k němuž zadavatel mimo jiné přiložil průzkum trhu, který provedl v roce 2012 a 2013 mezi jemu známými dodavateli biochemických analyzátorů, a v němž kromě jiného uvádí, že v obou průzkumech byl osloven dodavatel Abbott Laboratories, o němž měl zadavatel informace, že analyzátor v požadované specifikaci dodává, avšak ani v jednom případě nepodal nabídku. Dle vyjádření zadavatele byla důvodem chybná e-mailová adresa zástupce dodavatele. Jelikož však tento dodavatel nepodal nabídku ani v „ostré“ soutěži, vznesl na něj zadavatel dotaz, z jakého důvodu nabídku nepodal. Na tento dotaz dodavatel odpověděl tak, že důvodem jeho neúčasti v předmětném zadávacím řízení bylo, že se o jeho vyhlášení nedozvěděl, přičemž však doložil, že jeho nabízený přístroj požadované specifikace splňuje.
29. Zadavatel dále v přípisu ze dne 23. 9. 2013 opakuje, že trvá na svém předešlém vyjádření, které odůvodňuje především skutečností, že zadávací dokumentace umožňovala maximálně tři volné kanály, na kterých se budou provádět vlastní vyšetření (tj. takové metody, které nemá dodavatel ve svém portfoliu a zadavatel je oprávněn využít i reagenční testy od jiného dodavatele), přičemž zadavatel dle doporučených postupů musí provést validaci metody, kdy je žádoucí a vhodné, aby analyzátor uměl automaticky ředit kalibrátor, jinak by byl zadavatel nucen ředit kalibrátor ručně, což pokládá u automatických analyzátorů za hrubý nedostatek. Zadavatel je přesvědčen, že v takovém případě ruční ředění kalibrátoru obsluhou výrazně zvyšuje riziko chybné kalibrace.
30. V závěru přípisu ze dne 23. 9. 2013 zadavatel v souvislosti s provedeným průzkumem trhu upozorňuje na skutečnost, že navrhovatel podal nezávazné nabídky na základě obou výzev, přičemž v těchto nabídkách uvedl v tabulkách rozporné údaje u parametru přístroje „automatické ředění kalibrátorů“, jako například logickou textovou hodnotu „ANO. Již naředěné.“ a na jiném listu v obdobné tabulce logickou hodnotu „NE“. Zadavatel podotýká, že s ohledem na skutečnost, že průzkum trhu byl prováděn zejména z důvodu zjištění předpokládané hodnoty dodávky samotného přístroje (dle pokynu poskytovatele dotace Ministerstva zdravotnictví), předložené nabídky podrobně nezkoumal a předpokládal, že dodavatel, který podá cenovou nabídku, požadovanou technickou specifikaci splňuje, případně zadavatele ve své nabídce na nesoulad jeho technického řešení s požadovanou specifikací upozorní.

VI. ZÁVĚRY ÚŘADU

31. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, průzkumu trhu provedeného zadavatelem v letech 2012 a 2013, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.
32. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
33. Podle § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.
34. 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.
35. 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.
36. Podle § 45 odst. 4 zákona formuluje zadavatel technické podmínky jedním ze způsobů uvedených v § 46 odst. 1, 2, 4 a 5 zákona.
37. Podle § 46 odst. 1 zákona zadavatel formuluje technické podmínky s využitím odkazu na tyto dokumenty podle uvedeného pořadí
 - a) české technické normy přejímající evropské normy nebo jiné národní technické normy přejímající evropské normy,
 - b) evropská technická schválení,
 - c) obecné technické specifikace stanovené v souladu s postupem uznaným členskými státy Evropské unie a uveřejněné v Úředním věstníku Evropské unie,
 - d) mezinárodní normy, nebo
 - e) jiné typy technických dokumentů než normy, vydané evropskými normalizačními orgány.
38. Podle § 46 odst. 2 zákona není-li možné technické podmínky formulovat podle § 46 odst. 1 zákona, formuluje je zadavatel s využitím odkazu na
 - a) české technické normy,
 - b) stavební technická osvědčení, nebo
 - c) národní technické podmínky vztahující se k navrhování, posuzování a provádění staveb a stavebních prací a použití výrobků.

39. Podle § 46 odst. 4 zákona může zadavatel stanovit technické podmínky 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.
40. Podle § 46 odst. 5 zákona může zadavatel technické podmínky stanovit rovněž formou požadavků na výkon nebo funkci podle § 46 odst. 4 zákona, s využitím odkazů na dokumenty uvedené v § 46 odst. 1 nebo 2 zákona, sloužící jako prostředek pro předpoklad shody s požadavky na výkon nebo funkci, nebo u určitých charakteristik s využitím odkazu na dokumenty uvedené v § 46 odst. 1 nebo 2 zákona a odkazem na požadavky na výkon a funkci podle § 46 odst. 4 zákona pro jiné charakteristiky.
41. Předmět plnění veřejné zakázky zadavatel vymezil v bodu 4.1 části 1 zadávací dokumentace jako *„provedení dodávky a uvedení do provozu nového zdravotnického přístroje uvedeného v příloze č. 1 této ZD. Mimo vlastní instalaci a uvedení do provozu zdravotnické přístroje je součástí předmětu plnění, jehož ocenění bude v zadávacím řízení hodnoceno i servisní činnost v záruční a pozáruční době a dodávka reagensů a spotřebního materiálu v záruční a pozáruční době (dále jen „reagencie“). Podrobná specifikace předmětu plnění je uvedena v příloze č. 1 této ZD.“*
42. Z čl. I. „Dodávka, zapojení a zprovoznění přístroje“ přílohy č. 1 k zadávací dokumentaci veřejné zakázky Modernizace přístrojového vybavení iktového centra III., Technická specifikace vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky je dodávka 1 ks biochemického analyzátoru a že požadavky zadavatele na kvalitu, jakost a technické parametry tohoto přístroje jsou stanoveny v tabulce, v níž je jako požadovaná obecná vlastnost přístroje mimo jiné vymezena vlastnost *„automatické ředění kalibrátorů“*. Dle pokynů zadavatele uchazeč o zakázku do příslušných polí tabulky uvede vždy parametr vztahující se k požadované vlastnosti jím nabízeného přístroje v příslušném sloupci, a to mimo jiné ve formě logické hodnoty „ANO“ nebo „NE“. Porovnáním uchazečem nabídnutých hodnot s předepsanými bude zadavatel kontrolovat splnění všech parametrů a vlastností přístroje.
43. Dne 26. 7. 2013 obdržel zadavatel od navrhovatele žádost o dodatečné informace k zadávacím podmínkám v následujícím znění:
- „Uchazeč podává dotaz na znění zadávací dokumentace, konkrétně požadavku uvedeném v článku I. Dodávka, zapojení a zprovoznění přístroje přílohy č. 1 Technická specifikace zadávací dokumentace veřejné zakázky, kde zadavatel požaduje automatické ředění kalibrátorů.*
- V technické specifikaci zadavatel neudává, z jakého důvodu vyžaduje tuto technickou vlastnost přístroje. U některých analyzátorů naprosto odpadá automatické ředění kalibrátorů, z důvodů jiného technického řešení.“*
44. Na základě žádosti navrhovatele o dodatečné informace k zadávacím podmínkám ze dne 26. 7. 2013 zadavatel poskytl dne 30. 7. 2013 následující dodatečnou informaci č. 2.6:
- „Důvodem je požadavek zadavatele na provedení automatického naředění kalibrátoru u vícebodové kalibrace.“*

45. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách ze dne 13. 8. 2013 uvádí, že trvá na technické vlastnosti biochemického analyzátoru – automatické ředění kalibrátorů, zejména z provozních důvodů, kterými jsou především:
- „možná úprava kalibrační křivky obsluhou, kdy je možné nastavit vlastní hodnotu ředění kalibrátoru
 - jednodušší manipulace při kalibraci pro obsluhu, kdy je v určité míře sníženo riziko možnosti záměny
 - nižší náklady související s lepším využitím kalibračních testů s menším objemem zbytků (mrtvým objemem)
 - menší provozní nároky na skladovací prostory pro umístění kalibračních testů.“
46. Z průzkumu trhu pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky provedeného zadavatelem před zahájením zadávacího řízení v roce 2012 vyplývá, že zadavatel dne 1. 3. 2012 požádal dopisem ze dne 7. 2. 2012 pět dodavatelů, konkrétně společnost ROCHE, s.r.o., společnost Abbott Laboratories, s.r.o., společnost Beckman Coulter Česká republika s.r.o. (tj. navrhovatel), společnost Siemens s.r.o. a společnost Immunotech a.s., o předložení cenové nabídky na biochemický analyzátor dle přiložené specifikace, jež je obdobná specifikaci přístroje, poptávaného v rámci šetřené veřejné zakázky, a jejíž součástí je rovněž požadavek na automatické ředění kalibrátorů. Na základě této výzvy zadavatel obdržel cenové nabídky od společnosti Siemens s.r.o. a společnosti Roche s.r.o., které nabídly přístroj, mezi jehož specifikace uvedly rovněž vlastnost automatické ředění kalibrátorů. Cenovou nabídku předložila rovněž společnost Beckman Coulter Česká republika s.r.o., jež k požadované vlastnosti automatické ředění kalibrátorů uvedla hodnotu „ANO. Již nařaděné.“
47. Dne 20. 5. 2013 oslovil zadavatel pět výše uvedených dodavatelů, tj. společnost ROCHE, s.r.o., společnost Abbott Laboratories, s.r.o., společnost Beckman Coulter Česká republika s.r.o., společnost Siemens s.r.o. a společnost Immunotech a.s., s žádostí o doložení aktuální ceny za požadovaný přístroj, jehož specifikaci připojil v příloze ve formě tabulky totožné s tabulkou uvedenou v čl. I. „Dodávka, zapojení a zprovoznění přístroje“ přílohy č. 1 k zadávací dokumentaci veřejné zakázky Modernizace přístrojového vybavení iktového centra III., Technická specifikace. Na základě této žádosti zadavatel obdržel aktualizovanou cenovou nabídku společností ROCHE s.r.o. a Siemens s.r.o. Aktualizovanou cenovou nabídku předložila taktéž společnost Beckman Coulter Česká republika s.r.o., jež ve své nabídce předložila dvě tabulky s technickou specifikací dodávaného přístroje, přičemž v první tabulce je k požadované vlastnosti automatické ředění kalibrátorů uvedena hodnota „ANO. Již nařaděné.“, ve druhé je pak vyplněna nabízená hodnota „NE“.
48. Z dokumentace o veřejné zakázce dále vyplývá, že zadavatel dne 17. 9. 2013 požádal společnost Abbott Laboratories, s.r.o., o uvedení technické specifikace jimi nabízeného biochemického analyzátoru, a to vyplněním tabulky uvedené v čl. I. „Dodávka, zapojení a zprovoznění přístroje“ přílohy č. 1 k zadávací dokumentaci veřejné zakázky Modernizace přístrojového vybavení iktového centra III., Technická specifikace. Z vyplněné tabulky zaslané zadavateli společností Abbott Laboratories, s.r.o., dne 20. 9. 2013 pak vyplývá, že jí dodávaný přístroj požadovanou vlastnost automatické ředění kalibrátorů nabízí.

49. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 16. 9. 2013 je zřejmé, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel celkem tři nabídky, a to nabídky navrhovatele, společnosti Siemens s.r.o. a společnosti ROCHE s.r.o. Společnosti Siemens s.r.o. a ROCHE s.r.o. v nabídce předložily vyplněnou tabulku uvedenou v čl. I. „Dodávka, zapojení a zprovoznění přístroje“ přílohy č. 1 k zadávací dokumentaci veřejné zakázky Modernizace přístrojového vybavení iktového centra III., Technická specifikace tak, že k vlastnosti „automatické ředění kalibrátorů“ uvedly nabízenou logickou hodnotu „ANO“. Navrhovatel k požadované vlastnosti „automatické ředění kalibrátorů“ vyplnil do příslušné kolonky pro nabízenou hodnotu údaj „kalibrátor je předředený“.
50. Z citované části zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel stanovil technické podmínky plnění veřejné zakázky způsobem podle § 46 odst. 4 zákona, tj. formou požadavků na výkon nebo funkci.
51. Navrhovatel v návrhu uvádí, že zadavatel stanovením výše uvedených technických podmínek v zadávací dokumentaci porušil zejména § 6 zákona ve vztahu k § 45 odst. 3 zákona. Navrhovatel konkrétně napadá požadavek zadavatele na automatické ředění kalibrátorů.
52. Co se rozumí technickými podmínkami, stanoví § 45 odst. 1 zákona, podle něhož je technickými podmínkami v případě veřejných zakázek na dodávky nebo služby vymezení charakteristik a požadavků na dodávky nebo služby stanovené objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem.
53. Jak vyplývá z vymezení předmětu veřejné zakázky v bodu 4.1 části 1 zadávací dokumentace, v šetřeném případě se jedná o veřejnou zakázku na dodávky. K problematice vymezení technických podmínek veřejné zakázky na dodávky se vyjadřuje rovněž Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 7/2010 ze dne 2. 3. 2010, v němž mimo jiné uvádí, že předmětem veřejné zakázky na dodávky „je pořízení již vytvořeného zboží. Zpravidla se jedná o prodej určitého množství zboží (výrobků), které je určeno buď jednotlivě nebo druhově. Bližší vymezení charakteristik a požadavků na toto zboží zadavatel provádí prostřednictvím technických podmínek. V technických podmínkách tedy zadavatel popíše předmět veřejné zakázky, jakož i jeho jednotlivých částí a dílčích položek. Tento popis musí být proveden srozumitelně, objektivně a tak, aby žádného dodavatele nezvýhodňoval nebo naopak negativně nediskriminoval. Požadavky a charakteristiky předmětu veřejné zakázky musí být vymezeny jednoznačně s důrazem na účel využití požadovaného plnění. Předmětem veřejné zakázky je tedy dodávka určitého zboží (např. osobních automobilů) a technickými podmínkami jsou pak vymezeny bližší charakteristiky a požadavky na toto zboží (např. rozměry, výkon motoru, velikost zavazadlového prostoru, barva). Technické podmínky jsou pak vymezovány způsoby uvedenými v § 46 ZVZ, tedy zejména odkazy na příslušné technické normy, schválení či osvědčení. Technické podmínky tedy blíže konkretizují (charakterizují) předmět veřejné zakázky.“
54. Požadavek na objektivní způsob stanovení technických specifikací, který nepřináší jednomu či více dodavatelům konkurenční výhodu a který nevytváří neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, stanovený v § 45 odst. 3 zákona je proveden v § 46 odst. 1, 2, 4 a 5 zákona. Citovaná ustanovení upravují možné způsoby vymezení technických podmínek, zákon přitom rozlišuje dvě základní kategorie způsobů jejich stanovení. Zadavatel je oprávněn stanovit technické podmínky buď odkazem na technické normy a jiné normativní

dokumenty (§ 46 odst. 1 a 2 zákona), nebo formou požadavků na výkon nebo funkci (§ 46 odst. 4 a 5 zákona). Zadavatel rovněž může použít kombinaci obou způsobů vymezení technických podmínek. Volba jednoho ze způsobů stanovení technických podmínek je přitom zcela na uvážení zadavatele, což vyplývá z dikce § 45 odst. 4 zákona, podle kterého zadavatel formuluje technické podmínky jedním ze způsobů uvedených v § 46 odst. 1, 2, 4 a 5 zákona.

55. V přezkoumávaném případě zadavatel stanovil technické podmínky předmětu plnění šetřené veřejné zakázky (biochemického analyzátoru) v souladu s ustanovením § 46 odst. 4 zákona, tj. formou požadavků na výkon nebo funkci.
56. Předmětem šetření Úřadu je, zda zadavatelem požadovaná technická vlastnost biochemického analyzátoru – automatické ředění kalibrátorů, může způsobit porušení zásady zákazu diskriminace zakotvené v § 6 odst. 1 zákona v návaznosti na § 45 odst. 3 zákona.
57. K významu § 6 odst. 1 zákona (dříve § 6 zákona) se v rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008 vyjádřil Nejvyšší správní soud, který konstatoval, že *„Toto ustanovení totiž v prvé 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 právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).“*
58. Podstatou zásady zákazu diskriminace je pravidlo, že žádný z dodavatelů nesmí být přímo nebo nepřímo, vědomě nebo nevědomě zvýhodněn nebo znevýhodněn oproti jiným subjektům ve stejném postavení. Zadavatel tak například nesmí v zadávací dokumentaci vymežit předmět veřejné zakázky tak, že by to vedlo ke zvýhodnění jednoho nebo více z potencionálních dodavatelů, přitom je však nerozhodné, zda ke zvýhodnění dochází přímo, nebo nepřímo.
59. Jak vyplývá z dodatečné informace č. 2.6 poskytnuté zadavatelem dne 30. 7. 2013 důvodem pro stanovení technické vlastnosti „automatické ředění kalibrátorů“ je požadavek zadavatele na provedení automatického naředění kalibrátoru u vícebodové kalibrace. Navrhovatel přitom namítá, že zadavatelem požadovaná funkce je u různých typů biochemických analyzátorů řešena různými způsoby, přičemž však z hlediska funkčnosti analyzátoru a spolehlivosti a správnosti vydávaných výsledků jsou však tato řešení naprosto srovnatelná.
60. Ke stanovení technických podmínek Úřad uvádí, že vymezení předmětu plnění veřejné zakázky závisí výlučně na uvážení zadavatele, který je jako jediný schopen nejlépe definovat svoje potřeby a žádná jiná osoba (včetně dodavatelů) není oprávněna předmět veřejné zakázky posuzovat či se snažit o jeho změnu, neboť za jeho jednoznačné, správné a úplné vymezení nese odpovědnost pouze zadavatel. Předmět veřejné zakázky vychází z potřeb zadavatele a může mít nejrůznorodější charakter daný jeho věcným obsahem, potřebami zadavatele, jeho finančními možnostmi, apod. Úřad je toho názoru, že zadavatel

v rozhodnutí o námitkách ze dne 13. 8. 2013 a ve vyjádření k návrhu ze dne 30. 8. 2013 věcně a objektivně vysvětlil důvody stanovení navrhovatelem namítaného požadavku. Zadavatel při vymezení technických podmínek opodstatněně zohlednil především provozní důvody, které ve výsledku přispějí k ochraně pacientů či úspoře finančních prostředků v podobě nižších nákladů souvisejících s lepším využitím kalibračních testů s menším objemem zbytků, a dále vlastní dlouholeté zkušenosti s používáním přístroje, který požadovanou technickou vlastností disponuje. Úřad dodává, že obzvláště s přihlédnutím k odbornému charakteru předmětu plnění veřejné zakázky má zadavatel při dodržení zákonných norem právo na vlastní úvahu o tom, co zadáním veřejné zakázky požadovat, příp. která nabídka je pro zadavatele výhodnější.

61. Zadavatel není povinen a ze zákona také nevyplývá, že by měl stanovovat, resp. přizpůsobovat, předmět veřejné zakázky nikoliv svým potřebám, ale nárokům nebo možnostem jednotlivých dodavatelů (navrhovatele). Je totiž zřejmé, že pro různé dodavatele by byly nediskriminační různé technické požadavky zadavatele, a to odvisle od typu dodávaných přístrojů. Obecně by tak každý dodavatel mohl považovat za diskriminační takové technické podmínky, které by neodpovídaly jeho portfoliu výrobků.
62. V uvedené souvislosti lze analogicky odkázat na text rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008 – 152, v němž výslovně uvedl, že není „*možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potenciální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci.*“ Úřad uvádí, že ačkoliv se tento závěr soudu vztahuje na požadavky na kvalifikaci, lze obdobný závěr vyvodit taktéž ve vztahu ke stanovení konkrétních parametrů požadovaného předmětu plnění veřejné zakázky. V tomto kontextu je nutné dospět k závěru, že vymezení bližších požadavků předmětu plnění veřejné zakázky nelze automaticky považovat za diskriminační v případě, že jimi nedisponuje výrobek některého z dodavatelů dodávajících na trhu obdobný předmět plnění. Stanovení konkrétních technických vlastností požadovaného předmětu plnění veřejné zakázky v zadávací dokumentaci tedy nemůže mít na všechny potenciální uchazeče stejné dopady, neboť je nezbytné selektovat mezi uchazeči o veřejnou zakázku ty, kteří jsou schopni dodat předmět plnění veřejné zakázky splňující technické podmínky stanovené zadavatelem. Stanovení technických podmínek vymezujících předmět veřejné zakázky proto může omezit výběr potenciálních dodavatelů, to je však možné pouze tehdy, jsou-li stanovené objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem.
63. V návaznosti na výše uvedené tedy Úřad konstatuje, že zadavatel nestanovil technické podmínky tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, a tedy neúžil nepřipustně okruh potenciálních dodavatelů předmětu plnění veřejné zakázky, když stanovil technickou vlastnost biochemického analyzátoru „automatické ředění kalibrátorů“. O tom, že v šetřeném případě zadavatel stanovil zadávací podmínky nediskriminačně, pak dle názoru

Úřadu svědčí rovněž skutečnost, že na trhu České republiky existují minimálně tři dodavatelé (z nichž dva podali nabídku v šetřeném zadávacím řízení), kteří jsou schopni zadavateli přístroj s požadovanou vlastností dodat, jak vyplývá z průzkumu trhu provedeného zadavatelem v letech 2012 a 2013 a dále z vyjádření Abbott Laboratories, s.r.o., ze dne 20. 9. 2013 (viz body 46 až 49 tohoto rozhodnutí). V této souvislosti Úřad podotýká, že mu není zřejmé, proč navrhovatel v rámci zadavatelem prováděného průzkumu trhu v letech 2012 a 2013 předložil zadavateli nabídky, když věděl, že jím nabízený přístroj zadavatelem požadovanou vlastnost nesplňuje, a proč tedy již v této fázi zadavatele neupozornil na výhody jím nabízeného biochemického analyzátoru, neboť takto naopak přispěl ke znehodnocení vypovídací hodnoty provedeného průzkumu trhu.

64. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel stanovil technickou vlastnost biochemického analyzátoru „automatické ředění kalibrátorů“ v souladu s § 6 odst. 1 zákona v návaznosti na § 45 odst. 3 zákona, neboť v šetřeném případě nedošlo k nepřijatelnému omezení potencionálních dodavatelů předmětu plnění veřejné zakázky, tj. nedošlo k zaručení konkurenční výhody určitým dodavatelům nebo vytvoření neodůvodněné překážky hospodářské soutěže.
65. S ohledem na všechny uvedené skutečnosti Úřad návrh navrhovatele ze dne 22. 8. 2013 podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 citovaného zákona tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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. Litomyšlská nemocnice, a.s., J. E. Purkyně 652, 570 14 Litomyšl
2. Beckman Coulter Česká republika s.r.o., Radiová 1122/1, 102 27 Praha 10

Vypraveno dne

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