



UOHSX0043P62

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R219/2011/VZ-4094/2012/310/ASc

V Brně dne: 20. března 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 23. 9. 2011 podaném zadavatelem –

- společností **Zdravotnický holding Královéhradeckého kraje, a. s.**, IČ 25997556, se sídlem Pospíšilova 365, 500 03 Hradec Králové, za niž jednájí PhDr. Martin Scháněl, Ph.D., předseda představenstva, a Ing. Jiří Jarkovský, místopředseda představenstva,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S78/2011/VZ-11015/2011/520/EMa ze dne 9. 9. 2011 ve věci přezkoumání úkonů jmenovaného zadavatele při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Rozšíření vybavení a propojení RDG pracovišť nemocnic ZHKHK**“, zadávané formou jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, na základě výzvy k podání nabídky ze dne 30. 9. 2008, na kterou byla dne 24. 10. 2008 uzavřena smlouva, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **PURO-KLIMA, a. s.**, IČ 00149331, se sídlem Štěchovická 2266/2, 100 00 Praha, za niž jednájí Ing. Jiří Otta a Ing. Martin Jireš, předseda a místopředseda představenstva,

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 č. j. ÚOHS-S78/2011/VZ-11015/2011/520/EMa ze dne 9. 9. 2011

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Zdravotnický holding Královéhradeckého kraje a. s., IČ 25997556, Pospíšilova 365, 500 03 Hradec Králové (dále jen „**zadavatel**“), zadal dne 24. 10. 2008 (datum uzavření smlouvy) formou jednacímho řízení bez uveřejnění podle § 23 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, na základě výzvy k podání nabídky ze dne 30. 9. 2008, veřejnou zakázku s názvem „Rozšíření vybavení a propojení RDG pracovišť nemocnic ZHKHK“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele příslušnou dokumentaci o veřejné zakázce a nabyt pochybnosti, zda zadavatel splnil podmínky pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění uvedené v § 23 odst. 6 zákona. Proto ke dni 3. 3. 2010 zahájil správní řízení z moci úřední, za jehož účastníky označil zadavatele a uchazeče vyzvaného k jednání – společnost PURO-KLIMA, a. s., IČ 00149331, Štěchovická 2266/2, 100 00 Praha (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
3. Zadavatel po zahájení správního řízení trval na tom, že podmínky pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění uvedené v § 23 odst. 6 zákona byly splněny. Ve svém vyjádření uvedl, že vyhlásil dne 18. 7. 2008 v informačním systému o veřejných zakázkách soutěž o návrh, jejímž předmětem byl návrh způsobu rozšíření možností využití RTG pracovišť včetně jejich síťování a zpracování dat. Zadavatel obdržel v soutěži o návrh pouze návrh vybraného uchazeče, který byl určen jako první v pořadí a který byl následně vyzván k jednání v rámci jednacímho řízení bez uveřejnění. Zadavatel pak rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky a vyzval vybraného uchazeče k uzavření smlouvy. Z výše uvedených důvodů zadavatel navrhoval, aby Úřad správní řízení zastavil.

II. Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 9. 9. 2011 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S78/2011/VZ-11015/2011/520/EMa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem byla dne 24. 10. 2008 uzavřena smlouva na plnění této veřejné zakázky (výrok I. napadeného rozhodnutí). Za spáchání uvedeného správního deliktu Úřad zadavateli uložil podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 500 000 Kč (výrok II. napadeného rozhodnutí).

¹ Pozn.: pokud je dále v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) nebo v době provedení úkonů jednotlivých účastníků řízení.

5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad poté, co odkázal na § 21 odst. 1 a 2, § 23 odst. 4 písm. a) a § 23 odst. 6 zákona, shrnul nejprve průběh soutěže o návrh předcházející jednacímú řízení bez uveřejnění. Z bodu 2.1 zadávací dokumentace a její přílohy č. 1, dovodil, že předmětem veřejné zakázky bylo zavedení systému jednotného zpracování obrazové informace PACS (Picture Archiving and Communication System – systém pro správu, archivaci a přenos snímků z digitálních zobrazovacích systémů) v rámci zdravotnických zařízení zřizovaných zadavatelem. Každé zdravotnické zařízení mělo být vybaveno modalitami, které poskytují digitální obrazové informace ve formátu DICOM (Digital Image and Communication in Medicine – univerzální formát pro ukládání obrazů PACS a přenosový formát; zkratka standardu práce s daty získanými zobrazovacími lékařskými metodami), 3.0 (SEND, STORE, Quer/Retrive, PRINT).

6. Jak vyplynulo dále z předložené dokumentace, v navazujícím jednacím řízení bez uveřejnění uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dne 24. 10. 2008 smlouvu o dílo. Podle čl. 1 odst. 1 smlouvy o dílo se dílem rozumí „dodávka a montáž zdravotnické technologie včetně počítačové technologie, doprava a zaškolení obsluhy na zakázku "Rozšíření vybavení a propojení RDG pracovišť nemocnic ZHKHK" (dále jen „**dílo**“). Součástí díla je oprávnění k výkonu práva užit počítačové programy PACS v rozsahu uvedeném v příloze č. 1 (oblast „SW PACS“) včetně dopravy, instalace, implementace a školení PACS s vyloučením práv dle § 12 odst. 4 a § 48 zák. č. 121/200 Sb., o právu autorském“. Podle přílohy č. 1 smlouvy o dílo jsou předmětem veřejné zakázky dodávky zde uvedených zdravotnických přístrojů, ve členění dle konkrétního zdravotnického zařízení. V příloze č. 1 smlouvy o dílo je rozčleněna cena za uvedené přístroje na „cenu za zboží“ a cenu za „zprovoznění, zaškolení, zkušební provoz, dopravu, instalaci, zkoušky dlouhodobé stability a validace“, přičemž je uvedena celková cena za „dodávky“ ve výši 107 813 824 Kč bez DPH, dále 9% DPH (zboží, instalace, zprovoznění) ve výši 8 543 175 Kč a 19% DPH (zaškolení, zkušební provoz, doprava, zkoušky) ve výši 2 449 035 Kč. Celková cena za 1. etapu díla činí 118 806 034 Kč včetně 9 % a 19 % DPH. Dne 1. 6. 2009 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dohodu o narovnání práv a povinnosti ze smlouvy o dílo, které jsou v některých ohledech nejasné a sporné. Z čl. III. dohody o narovnání vyplývá, že cena díla za 1. etapu je sjednána na 107 813 824 Kč bez DPH (118 806 034 Kč včetně DPH). Podle „preambule“ připojené k dohodě o narovnání práv a povinností je celková cena díla rozdělena do dvou částí na dodávky a služby. V „preambuli“ je dále uvedeno, že „vzhledem k povaze veřejné zakázky je převažující část plnění realizována formou služby, přičemž součástí ceny v rámci položky ‚zprovoznění, zaškolení, zkušební provoz, doprava, instalace, zkoušky dlouhodobé stability, validace‘ je především vypracování návrhu vybavení jednotlivých pracovišť, zahrnující provedení odborné specifikace jednotlivých zařízení, a to jak radiodiagnostických a ultrazvukových přístrojů, tak částí HW a SW (...)“. Z čl. II. bodu 2 dohody o narovnání ze dne 1. 6. 2009 vyplývá, že pro 2. etapu díla je tato smlouva považována za smlouvu rámcovou, k jejímuž plnění je třeba samostatné dílčí smlouvy o dílo uzavřené v písemné formě mezi objednatelem a zhotovitelem. Částka fakturovaná za realizaci předmětu plnění veřejné zakázky vybraným uchazečem zadavateli ve fakturách č. 12083876, č. 12090439, č. 12090775, č. 12091845 a č. 12092181 činila celkem 118 806 034 Kč včetně DPH.

7. K výše popsanému skutkovému stavu Úřad nejprve uvedl, že úprava § 23 odst. 6 zákona je transpozicí směrnice č. 2004/18/ES Evropského parlamentu a Rady o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále též jen „směrnice“), v jejímž čl. 28 Použití otevřených, omezených a vyjednávacích řízení je konstatováno, že pro zadávání zakázek použijí veřejní zadavatelé vnitrostátní řízení přizpůsobené cílům této směrnice. Tj. zadavatelé zadávají tyto veřejné zakázky za použití otevřeného nebo omezeného řízení, ale ve zvláštních případech a za zvláštních okolností výslovně uvedených v čl. 30 a 31 směrnice mohou použít vyjednávací řízení s uveřejněním oznámení o zadání zakázky nebo bez něj. V čl. 31 směrnice jsou mezi případy odůvodňující použití vyjednávacího řízení bez uveřejnění, u veřejných zakázek na stavební práce zahrnuty podle odst. 3 zakázky na služby za předpokladu, že daná zakázka následuje po veřejné soutěži na určitý výkon a že je podle platných pravidel zadána vítěznému účastníku nebo jednomu z vítězných účastníků; v případě více vítězných účastníků musí být k účasti na vyjednávání vyzváni všichni vítězni účastníci. Zákon ve svém ustanovení § 23 odst. 6 ani citovaný článek směrnice však nedávají přesnou odpověď na interpretaci neurčitého pojmu zadávání zakázky „v návaznosti na soutěž o návrh“. Uvedený pojem je však nutné vykládat s ohledem na jedinečnost jednacím řízení bez uveřejnění restriktivně. Úřad dále vysvětlil, že při soutěži o návrh v oblasti např. architektonické či urbanistické lze uvažovat o zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 6 zákona ke zpracování projektové dokumentace navazující na návrh, neboť jde o činnost, kde je vhodné, aby autor uplatnil svou invenci a de facto dopracoval původní návrh. Následná realizace stavebních prací podle projektové dokumentace musí být zadána v samostatném zadávacím řízení a podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění zde nejsou naplněny. Jde-li např. o svoz odpadu, může ho provádět i subjekt, který již nerozvíjí v rámci plnění svůj návrh a k realizaci postačí vybavení vhodnými technickými zařízeními. V této souvislosti je třeba mít také na zřeteli, že podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může dále zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem. V šetřeném případě se však argumentace zadavatele omezuje pouze na konstatování, že při zadávání veřejné zakázky byly dodrženy podmínky stanovené v § 23 odst. 6 zákona; zadavatel ale neuvádí žádné věcné argumenty pro použití jednacím řízení bez uveřejnění navazujícího na soutěž o návrh, jehož stěžejním předmětem plnění je dodávka zdravotnických přístrojů, SW a HW systému PACS a související činnosti – zprovoznění, zaškolení, zkušební provoz, dopravu, instalaci, zkoušky dlouhodobé stability a validace.
8. Na základě výše uvedených skutečností dospěl Úřad k závěru, že v šetřeném případě není předmět plnění veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění takového charakteru, aby vyžadoval realizaci právě vítězem soutěže o návrh, což dokládá nejen samotný předmět veřejné zakázky spočívající v dodávce zdravotnických přístrojů, systému PACS a souvisejících činností, ale i seznam subdodavatelů uvedený v nabídce vybraného uchazeče. Ačkoliv lze zejména v oblasti realizace informačních systémů připustit zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 6 zákona, i taková veřejná zakázka, resp. předmět plnění veřejné zakázky musí bezprostředně navazovat na výsledek soutěže o návrh se splněním podmínky, že realizovat návrh může pouze konkrétní

dodavatel, a to proto, že „dopracovává“ svůj původní návrh. V případě šetřeného zadávacího řízení však tato podmínka splněna není, neboť v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 zákona nelze zadat takové dodávky, služby či stavební práce, které nemusí být poskytnuty výhradně vítězem soutěže o návrh, a které současně nepředstavují dopracování vítězného návrhu. Za dopracování návrhu přitom nelze považovat například dodávku hardware navazující na návrh informačního systému, neboť není nutné, aby tato dodávka byla poskytnuta právě vítězem soutěže o návrh, a současně lze předpokládat široký okruh možných dodavatelů. Rozvíjením návrhu tak není ani dodávka zdravotnických přístrojů, jež jsou standardními, hardwarovými výrobky. V případě zdravotnických přístrojů jde o běžné, byť specializované zboží, jež bylo možné poptávat po různých subjektech, což ostatně dokládá i seznam subdodavatelů, jejichž prostřednictvím vybraný uchazeč realizoval nejen dodávky přístrojů. I systém PACS, který podle technického popisu předmětu plnění bude realizován prostřednictvím subdodavatele, nebude realizován vybraným uchazečem. Je tak zcela zjevné, že vybraný uchazeč nedotvářel původní navržené řešení, a že tedy neexistovala nutnost zadat veřejnou zakázku vybranému uchazeči. Takový argument neuvádí ani zadavatel. Při realizaci veřejné zakázky na dodávky či služby související s požadovaným systémem, v konkrétním šetřeném případě se systémem PACS, měl zadavatel postupovat standardním způsobem, tj. zvolit formu zadávacího řízení podle předpokládané hodnoty veřejné zakázky, a tato dodávka musí být předmětem soutěže mezi dodavateli. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona. Nelze vyloučit, že pokud by dodržel postup stanovený zákonem, a tedy zadal veřejnou zakázku v některém ze zadávacích řízení umožňujících soutěž dodavatelů, mohl obdržet nabídky za vhodnějších podmínek, případně od jiných dodavatelů.

9. Co se týče uložené sankce, s odkazem na § 120 odst. 1 písm. a), § 120 odst. 2 písm. a) a § 121 odst. 2 a 3 zákona Úřad konstatoval, že zadání veřejné zakázky přímo určitému dodavateli zákon spojuje se striktním splněním podmínek, kdy předmět veřejné zakázky není možné zadat v řádném, soutěži otevřeném, zadávacím řízení. Zadavatel při rozhodování o takovém způsobu zadání veřejné zakázky musí vždy spolehlivě prokázat a doložit, že zákonné podmínky použití jednacím řízení bez uveřejnění jsou objektivně splněny; to se však nestalo. Poté, co Úřad ověřil naplnění podmínek pro uložení sankce, uvedl, že horní hranice možné pokuty činí částku ve výši 5 940 302 Kč, v čemž vycházel z ceny uvedené ve smlouvě o dílo a z částek fakturovaných vybraným uchazečem zadavateli. Při stanovení konkrétní výše pokuty vzal Úřad v úvahu to, že na vzniku podmínek, které odůvodnily postup v jednacím řízení bez uveřejnění, se zadavatel sám aktivně i pasivně podílel, ačkoliv si musel být vědom toho, že součástí předmětu plnění jsou dodávky zdravotnických přístrojů a souvisejících služeb. Vybraný uchazeč nebyl v jednacím řízení bez uveřejnění vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídky. Vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z nejzávažnějších porušení zákona, jehož hlavním cílem je zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, a tedy zadal veřejnou zakázku v některém ze zadávacích řízení umožňujících soutěž dodavatelů, mohl obdržet nabídky za vhodnějších podmínek, příp. od jiných dodavatelů. Co se týče závažnosti spáchaného deliktu, je nezákonné vyloučení

principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, jedno z vůbec nejzávažnějších porušení zákona. Ve světle nálezu Ústavního soudu č. 405 uveřejněného ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb. dospěl Úřad k závěru, že uložená pokuta nebude mít pro hospodaření zadavatele likvidační charakter. Úřad při uložení pokuty akcentoval její preventivní funkci, ale zároveň připomněl, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložení velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.

III. Námitky rozkladu

10. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 23. 9. 2011 rozklad zadavatele, který ve shodě s předchozím vyjádřením trvá na tom, že naplnil podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění uvedené v § 23 odst. 6 zákona, neomezil hospodářskou soutěž, a tedy nenaplnil skutkovou podstatu správního deliktu tak, jak bylo konstatováno v napadeném rozhodnutí. Zadavatel nejprve napadá restriktivní výklad § 23 odst. 6 zákona a ztotožňuje se s napadeným rozhodnutím pouze v tom smyslu, že citované ustanovení je transpozicí čl. 28 směrnice, nicméně dodává, že uvedená směrnice ohledně možnosti využití jednacího řízení bez uveřejnění obsahuje totéž, co zákon. Má zato, že nutnost restriktivního výkladu je zcela nedůvodná a ze strany Úřadu se jedná o účelovou a přepjatě formální argumentaci v neprospěch zadavatele. Situace, v nichž lze použít jednací řízení bez uveřejnění, jsou vyjmenovány v § 23 zákona a v tomto ustanovení jsou vymezeny veškeré podmínky pro jeho použití, přičemž postačuje, aby byla splněna pouze jedna z těchto podmínek. Zadavatel tak může zadat v jednacím řízení rovněž zakázku na služby v případě, jestliže je zadávána v návaznosti na soutěž o návrh, podle jejíchž pravidel musí být veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže. Zcela zjevně se tedy jedná o samostatný případ použití jednacího řízení bez uveřejnění, a to bez návaznosti na předchozí či následující odstavce § 23 zákona. Přijetí restriktivního výkladu je v rozporu s principem právní jistoty a důvěry v právo (viz nálezy Ústavního soudu, sp. zn. I. ÚS 822/06). Z argumentace použité v napadeném rozhodnutí plyne, že Úřad považuje úpravu v § 23 odst. 6 zákona za mezerovitou, kterou je nutno dotvořit, nicméně zadavatel je toho mínění, že nedůslednosti různého druhu, jakož i nepředvídatelnosti v postupu státních orgánů, nelze vykládat v neprospěch oprávněných osob, ale pouze s ohledem na platné hodnoty a principy demokratického právního státu tak, jak jsou vyjádřeny v ústavním pořádku České republiky (viz nálezy Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 42/09). Úřad tedy není oprávněn s odkazem na nedostatky právní úpravy zúžit podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění v neprospěch zadavatele.
11. Zadavatel se dále v podaném rozkladu vyjadřuje k nemožnosti uspokojení potřeby zadavatele v „klasickém“ zadávacím řízení. Ačkoli některé odstavce § 23 zákona na tuto nemožnost reagují, není to případ § 23 odst. 6 zákona. Směrnice ani zákon nestanoví povinnost zadavatele ohledně výběru určité formy zadávacího řízení za situace, kdy jsou splněny podmínky pro využití více z nich. Tento závěr opírá zadavatel o čl. 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod, tedy o právo činit to, co zákon nezakazuje, jednak o samotný zákon. Úřadem prosazovaný přístup, že jednací řízení lze použít jedině tehdy, pokud uspokojení potřeby zadavatele není možné provést v „klasickém“ zadávacím řízení, nad

rámec zákona vytváří další podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, tedy se jedná o nepřipustný extenzivní výklad, který je (s odkazem na četné nálezy Ústavního soudu) ve veřejném právu, zejména zhoršuje-li se tím postavení subjektu, nepřipustný. Ústavní soud zdůraznil, že pokud v úvahu připadá více možností jednání, je nezbytné respektovat volbu jednotlivce.

12. Zadavatel je kromě toho přesvědčen také o provázanosti jednacího řízení bez uveřejnění a soutěže o návrh. Jak vyplývá z odůvodnění napadeného rozhodnutí, v případě předmětu plnění veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění má jít o takovou činnost, která svým charakterem vyžaduje, aby její realizaci provedl právě vítěz soutěže o návrh. Tento výklad označuje zadavatel rovněž za nepřipustně extenzivní, de facto rozšiřující výčet zákonných požadavků a jdoucí za hranici ústavně konformního výkladu zákona. O extenzivnosti výkladu svědčí i odkaz na § 23 odst. 4 písm. a) zákona, který však postihuje zcela jiné situace. Zadavatel opakuje, že na jeho straně existovala objektivní nutnost zadání veřejné zakázky vybranému uchazeči a z napadeného rozhodnutí je zřejmé, že Úřad předmět veřejné zakázky nepochopil. Na základě vyhodnocení rizik projektu byl možný pouze systém jediného odpovědného dodavatele, neboť cílem projektu bylo získání uceleného systému navrženého vybraným uchazečem a týmž uchazečem realizovaného, a to s ohledem na garance plynoucí z tvorby návrhu a nutnosti zprovoznění a následného doladění systému. Zadavatel se odvolává také na povinnost prevence vzniku škod, úspory nákladů a péče řádného hospodáře a je přesvědčen, že svým postupem minimalizoval riziko vzniku problémů s propojeností systému, zajistil realizaci, kompatibilitu přístrojů, systémové fungování dat a obecně řešení jakýchkoli vad. Úřad proto pochybil, když správní řízení uzavřel s tím, že nebyla splněna podmínka nutnosti dopracování návrhu a že za tuto podmínku nelze považovat dodávku hardware navazující na návrh informačního systému, neboť není nutné, aby tato dodávka byla poskytnuta jen vítězem soutěže o návrh. Dodávané hardwarové komponenty byly jen jednou ze součástí komplexního řešení digitalizace nemocnic v Královéhradeckém kraji, získaného na základě soutěže o návrh, jehož podstatou byla konstrukce celého systému digitalizace nemocnic, zahrnující jak hardwarové komponenty, tak *know-how* vybraného uchazeče při jejich uvádění do praxe. Navíc se dle mínění zadavatele jedná o odbornou otázku, jejíž posouzení měl Úřad zajistit odborně.
13. Závěrem podaného rozkladu se zadavatel vyjadřuje k omezení soutěže, ke kterému mělo v důsledku jeho postupu dojít. Zadavatel uvádí, že soutěž o návrh řádně vyhlásil, a tím umožnil, aby se do této soutěže přihlásil neomezený okruh uchazečů. Skutečnost, že v soutěži o tento návrh obdržel pouze nabídku vybraného uchazeče, mu nemůže jít k tíži. Součástí podmínek soutěže o návrh byla také informace o tom, že navazující veřejná zakázka bude zadána vítězi soutěže o návrh. V této souvislosti zadavatel zmiňuje zcela odlišnou ekonomickou situaci průběhu zadávacího řízení, neboť tato byla zrealizována ještě před nástupem „ekonomické krize“. Na rozdíl od současné doby, kdy jsou veřejné zakázky vyhledávaným zdrojem výdělků, nebyla v rozhodné době po veřejných zakázkách poptávka ze strany uchazečů tak vysoká, a tedy ani podání jen jedné nabídky v soutěži o návrh nebylo ojedinělé. Volba formy zadávacího řízení navíc byla učiněna předchozím statutárním orgánem zadavatele. Zadavatel proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

14. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S78/2011/VZ-15245/2011/520/EMa ze dne 26. 9. 2011 vybranému uchazeči lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu, vybraný uchazeč se však ve stanovené lhůtě ani po jejím uplynutí nevyjádřil.
15. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
16. 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 přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
17. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S78/2011/VZ-11015/2011/520/EMa ze dne 9. 9. 2011 rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 zákona, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem byla dne 24. 10. 2008 uzavřena smlouva na plnění této veřejné zakázky, za což zadavateli uložil podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 500 000 Kč, splatnou do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

18. Úvodem uvádím, že podaný rozklad obsahuje prakticky tytéž argumenty, jaké zadavatel již přednesl ve svém vyjádření k zahájenému správnímu řízení. Se všemi rozhodnými skutečnostmi se však Úřad přehledně a srozumitelně vypořádal v napadeném rozhodnutí. Z hlediska procesní ekonomie by proto plně postačovalo na odůvodnění napadeného rozhodnutí odkázat. V části rozkladu se však objevuje i argumentace nová, reagující na závěry napadeného rozhodnutí, a zejména této části rozkladu je proto třeba věnovat patřičnou pozornost.
19. Zadavatel v první řadě napadá restriktivní výklad § 23 odst. 6 zákona, resp. výklad v něm použitého slovního spojení „v návaznosti na soutěž o návrh“, jež je v tomto případě klíčem k posouzení oprávněnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění. K tomu uvádím, že právní úprava v zákoně a směrnici je skutečně obsahově totožná, což ostatně vyplývá z povahy transpozice směrnic do českého právního řádu jako takové. Potud lze tedy se zadavatelem souhlasit, stejně jako s ním lze souhlasit v tvrzení, že zadavatel je ve volbě konkrétního druhu zadávacího řízení omezen pouze podmínkami uvedenými v §§ 22 a 23 zákona, tedy jejich

splněním, přičemž platí i to, že § 23 odst. 6 zákona představuje zvláštní a samostatný případ pro použití jednacích řízení bez uveřejnění vzhledem např. k situaci předvídané v § 23 odst. 1 písm. a) zákona nebo v § 23 odst. 4 písm. b) zákona. Nelze však se zadavatelem souhlasit, pokud jde o nutnost odmítnutí restriktivního výkladu ustanovení zákona o použití jednacích řízení bez uveřejnění.

20. Povinnost vykládat ustanovení o podmínkách použití jednacích řízení toliko restriktivně je jednou ze zásad, kterou potvrdil ve své rozhodující praxi i Soudní dvůr Evropské unie (dále jen „ESD“). Ten např. ve věci C-199/85 *Commission v. Italy*, ve věci C-71/92 *Commission v. Spain*, ve věci C-340/02 *Commission v. France* či ve věci C-385/02 *Commission v. Italy* dospěl nejen k závěru o zákazu rozšiřujícího výkladu ustanovení o použití jednacích řízení bez uveřejnění, ale také k závěru, že je to zadavatel, kdo nese důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro jeho použití. Zákaz rozšiřujícího výkladu pro použití jednacích řízení bez uveřejnění vyplývá z jeho povahy, která se v mnoha ohledech shoduje s běžnou soukromoprávní kontraktační procedurou, v níž vstupuje subjekt do smluvního vztahu s konkrétním vybraným dodavatelem, aniž by byl povinen předem oslovit více zájemců. Ze všech druhů zadávacích řízení tak jednacím řízením bez uveřejnění vykazuje nejnižší míru transparentnosti, vnější kontroly a hospodářské soutěže, a právě proto jsou na úrovni zákona i zadávací směrnice přísně omezeny podmínky pro jeho použití. Z této ustálené judikatury vycházel i Úřad ve svých rozhodnutích, a proto nelze hovořit o tom, že by porušil zásadu předvídatelnosti a právní jistoty, či dokonce důvěry v právo, jak namítá zadavatel v podaném rozkladu. Vyjma výše citovaných rozsudků ESD jsou důkazem předvídatelného a konzistentního rozhodování Úřadu např. pravomocné rozhodnutí č. j. ÚOHS-S293/2009/VZ-15793/2009/510/Hod ze dne 9. 12. 2009 v němž orgán dohledu dospěl k závěru, že podmínkou oslovení vybraného účastníka soutěže o návrh v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 zákona je existence veřejné zakázky na služby, která představuje dotvoření vítězného návrhu, který svým charakterem vyžaduje, aby realizaci služby provedl právě vítěz soutěže o návrh, který jediný může původní návrh dopracovat díky vlastní jedinečné invenci. Obdobně se Úřad vyslovil i v pravomocném rozhodnutí č. j. ÚOHS-S140/2008/VZ-11848/540/Šm ze dne 30. 6. 2008, že svoz odpadu může provádět i subjekt, který již nerozvíjí v rámci plnění svůj návrh a k realizaci postačí vybavení vhodnými technickými prostředky; jinými slovy, že v navazujícím jednacím řízení bez uveřejnění může být zadána pouze veřejná zakázka na dopracování návrhu nebo plánu předloženého v soutěži o návrh do finální podoby, tedy služby spojené s vytvořením daného projektu, nikoli služby týkající se následného svozu a likvidace odpadu.
21. Právě v citovaném rozsudku ve věci C-340/02 *Commission v. France* judikoval ESD, že předmět veřejné zakázky musí spočívat primárně v dopracování projektu nebo plánu, který zvítězil v předchozí soutěži o návrh. Zadání předmětu veřejné zakázky tak musí po pořádané veřejné soutěži o návrh následovat v podobě, v níž bude zachován přímý funkční vztah mezi veřejnou soutěží na určitý výkon a dotýčnou zakázkou. Napadené rozhodnutí citovanou judikaturu plně reflektuje a orgán dohledu v něm dospívá k závěru, že aplikace § 23 odst. 6 zákona má své limity, plynoucí právě z neurčitosti právního pojmu (resp. slovního spojení) „v návaznosti na soutěž o návrh“. Ve světle citovaného rozsudku ESD je tak zadání veřejné zakázky na služby v jednacím řízení bez uveřejnění, je-li zadávána v návaznosti na soutěž

o návrh, podle jejichž pravidel musí být zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže, možné pouze u typu veřejných zakázek, jejichž předmět z logiky věci představuje „dopracování projektu nebo plánu uchazečem, který v soutěži o návrh zvítězil“. Tento restriktivní výklad, potvrzený výše uvedeným rozsudkem ESD, má zabránit obcházení účelu zákona, jímž je vybrat v konkurenčním prostředí nabídku, která obsahuje optimální řešení pro zadavatele při zachování podmínky efektivnosti vynakládání veřejných prostředků. Z předestřených závěrů orgánu dohledu týkajících se aplikace § 23 odst. 6 zákona neplynou další omezující podmínky pro použití jednacního řízení bez uveřejnění, jak zadavatel v rozkladu namítá; jak již bylo uvedeno výše, jelikož ani zákon, ani směrnice nepodávají jednoznačný výklad slovního spojení „v návaznosti na soutěž o návrh“, bylo nutné uvedené sousloví vyložit a ve světle tohoto výkladu k aplikaci § 23 odst. 6 zákona přistupovat.

22. Úřad se proto musel ve správním řízení zaměřit na otázku, zda předmět veřejné zakázky musel být s ohledem na svou zvláštní povahu dotvořen vybraným uchazečem v duchu návrhu, s nímž vybraný uchazeč zvítězil v předchozí soutěži o návrh. Za této situace Úřad správně zkoumal obsah smlouvy o dílo (ve znění dohody o narovnání práv) a na ni navazujících dílčích plnění (viz faktury č. 12083876, č. 12090439, č. 12090775, č. 12091845 a č. 12092181). Stěžejním předmětem plnění přezkoumávané veřejné zakázky je dodávka zdravotnických přístrojů a SW a HW systému PACS specifikovaných v příloze č. 1 smlouvy o dílo ve znění dohody o narovnání, včetně související činnosti (zprovoznění, zaškolení, zkušební provoz, doprava, instalace, zkoušky dlouhodobé stability a validace). Příloha č. 2 smlouvy o dílo ve znění dohody o narovnání dále obsahuje výčet činností spojených s dodávkou přístrojů (přípravné práce na místě, doprava a vlastní instalace, aplikační konfigurace systému a zaškolení obsluhy, softwarová garance a licence, záruky) a kromě toho i výčet konkrétních přístrojů (s udáním výrobce a typu). Úřad vycházel rovněž z podrobné specifikace faktur (viz body 32-36 napadeného rozhodnutí), v nichž vybraný uchazeč fakturoval „za dodávky a služby“, přičemž v přílohách těchto faktur je uvedena specifikace jednotlivých zdravotnických přístrojů a jejich názvů a kromě toho také celková cena za „zboží, instalaci a zprovoznění“.
23. Právě s ohledem na to, jaké dodávky byly předmětem plnění veřejné zakázky, jak vyplývá ze smlouvy o dílo a citovaných faktur, neobstojí argumentace zadavatele, že jednotlivé komponenty byly jen jednou součástí komplexního řešení digitalizace nemocnic v Královéhradeckém kraji, navrženého v rámci předchozí soutěže o návrh, jehož podstatou byla samotná konstrukce celého systému digitalizace nemocnic, zahrnující jak hardwarové komponenty, tak *know-how* vítězného uchazeče při jejich uvádění do praxe. Zadavatel toto tvrzení neopírá o žádné konkrétní argumenty, nijak nereaguje na výčet dodávek v napadeném rozhodnutí a nijak se nevyjádřil ani ke skutečnosti, že dodávka systému PACS byla podle nabídky vybraného uchazeče řešena prostřednictvím subdodavatele, stejně jako byla subdodavatelsky řešena i realizace dodávek skiagrafických přístrojů, CR systémů, monitorů, diagnostických pracovních stanic, ultrazvuků, mamografu, pojízdného RTG, C-ramena nebo kostního densitometru. Zadavatel svou procesní obranu postavil jednak na obecném konstatování, že Úřad nesprávně pochopil předmět veřejné zakázky, jednak na odkazu na nutnost zajištění uceleného systému a jeho zprovoznění, doladění, bezpečnost,

garanci, kompatibilitu, atp. jediným subjektem. Tímto tvrzením zadavatel nijak nevyvrací, že by řádný provoz předmětu veřejné zakázky jako celku, včetně garance jeho fungování a bezpečnosti, nemohl zajistit jiný subjekt. Všechny tyto požadavky mohly být jakožto zadávací podmínky učiněny součástí dokumentace k veřejné zakázce, a tudíž by byly pro všechny uchazeče závazné.

24. Za této situace tedy nelze přijmout tvrzení, že „podstatou veřejné zakázky byla konstrukce celého systému digitalizace nemocnic, zahrnující jak hardwarové komponenty, tak *know-how* vybraného uchazeče při jejich uvádění do praxe“, neboť předmětem plnění veřejné zakázky byly dodávky a související služby, které svým charakterem nepředstavují dotvoření původního návrhu, a to i z toho důvodu, že předmět plnění je realizován prostřednictvím subdodavatelů, včetně systému PACS. Neexistovala tedy nutnost zadat veřejnou zakázku přímo pouze jednomu dodavateli, resp. vybranému uchazeči, neboť dodávky a související služby mohla realizovat řada jiných subjektů. Ačkoli lze připustit, že součástí soutěže o návrh mohou být specifikace dodávek, nelze tolerovat takový postup zadavatele, který v následném jednacím řízení bez uveřejnění zadá veřejnou zakázku vítězi soutěže přesto, že dopracování návrhu pouze vítězem soutěže není z povahy věci nezbytné. Za situace, kdy součástí soutěže o návrh jsou dodávky a služby, které nepředstavují dopracování návrhu a nemusí být poskytnuty pouze vítězem soutěže o návrh, je na místě zvolit jiný (transparentnější a konkurenci podporující) druh zadávacího řízení, jímž mohou být v konečném důsledku zadavatelovy potřeby srovnatelně uspokojeny, a to navíc při úspoře finančních prostředků, neboť je pravděpodobné, že existující konkurence mezi dodavateli pozitivně ovlivní i nabídkovou cenu. Tímto způsobem je tedy třeba chápat i rozkladem napadený závěr napadeného rozhodnutí, podle něhož lze jednacím řízením bez uveřejnění použít jen tehdy, pokud uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěží o veřejnou zakázku.
25. Pro úplnost uvádím, že částka fakturovaná za realizaci předmětu plnění veřejné zakázky vybraným uchazečem zadavateli činila celkem 118 806 034 Kč s DPH, přičemž se jedná o částku za realizaci 1. etapy díla. Pro 2. etapu díla je smlouva o dílo považována za smlouvu rámcovou, a tedy jsou k jejímu plnění zapotřebí samostatné dílčí smlouvy o dílo uzavřené v písemné formě mezi zadavatelem a vybraným uchazečem. Smlouva o dílo na realizaci druhé etapy dosud podepsána nebyla.
26. Co se týče odkazu na § 23 odst. 4 písm. a) zákona, domnívám se, že je v odůvodnění napadeného rozhodnutí uveden nadbytečně, neboť zadavatel, jak ostatně bylo v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedeno, se ve vyjádření k zahájenému správnímu řízení omezil na konstatování, že při zadávání veřejné zakázky naplnil podmínky uvedené v § 23 odst. 6 zákona. Zadavatel tedy zjevně směřoval k podřazení svého postupu pod § 23 odst. 6 zákona, nikoli pod jiný odstavec § 23 zákona. Jak tedy vyplývá ze zadavatelem předloženého vyjádření a z odůvodnění napadeného rozhodnutí, zadavatel neuplatnil žádné skutečnosti, které by i jen naznačovaly, že by zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění mohl odůvodnit technickými či uměleckými důvody, ochranou výhradních práv nebo je opřít o důvody vyplývající ze zvláštního právního předpisu. Jestliže orgán dohledu vedla k citaci § 23 odst. 4 písm. a) zákona myšlenka, že by zadavatel mohl svůj postup ospravedlnit

okolnostmi, na které pamatuje naposledy zmíněné ustanovení, měl se jednoznačně vyjádřit, zda skutková zjištění jeho domněnce odpovídají, či nikoli. Bez tohoto závěru je citace § 23 odst. 4 písm. a) zákona nesrozumitelná a matoucí.

27. Pro úplnost dále uvádím, že napadené rozhodnutí se nikterak nevyjadřuje k zákonnosti předchozí soutěže o návrh. Zákonností soutěže o návrh nicméně nelze argumentovat při přezkumu navazujícího zadání ze soutěže vzešlé veřejné zakázky. Taktéž není zadavateli ani náznakem vytýkáno, že se soutěže o návrh zúčastnil pouze jediný uchazeč, stejně jako orgán dohledu nikde netvrdí, že by řádně provedené otevřené či užší zadávací řízení garantovalo účast více dodavatelů. Trvám ale na tom, že způsob zadání formou otevřeného nebo užšího řízení by na rozdíl od použití jednacímho řízení bez uveřejnění nevyvolával (vzhledem k charakteru a povaze na soutěž navazující veřejné zakázky, o níž bylo v podrobnostech pojednáno výše) spekulace o možné účasti dalších subjektů, potenciálně schopných předmět veřejné zakázky realizovat za výhodnějších podmínek.
28. Konečně k výtce zadavatele, že orgán dohledu rezignoval na dostatečné a správné posouzení věci tím, že nenechal vypracovat odborné posouzení řešené problematiky, uvádím, že považoval-li Úřad předložené podklady za dostačující pro zjištění skutkového stavu věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti, pak nemohu tento postoj označit za rozporný s ustanovením § 2 a § 52 správního řádu, neboť stejně jako orgán dohledu pokládám množství podkladů pro vydání napadeného rozhodnutí za plně dostačující.
29. K uložené sankci uvádím, že jelikož jsem neshledal důvody pro odlišné posouzení otázky viny zadavatele za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, nebylo ani důvodu odchýlit se od závěrů orgánu dohledu týkajících se otázky trestu. Podaný rozklad navíc neobsahuje žádnou konkrétní argumentaci ohledně podmínek pro uložení pokuty a její výše; přesto jsem Úřadem uloženou sankci podrobil přezkumu, a to zejména z hlediska požadavků kladených § 121 odst. 2 zákona. V první řadě jsem vycházel ze zákonem dané horní hranice pro uložení pokuty, která činila (vzhledem k ceně plnění) částku 5 940 302 Kč. Zadruhé jsem spáchaný správní delikt posoudil jako závažný, neboť jednání zadavatele mělo za následek vyloučení přístupu jiných dodavatelů než vybraného uchazeče do soutěže o veřejnou zakázku, tedy omezení soutěžního prostředí. Použití jednacímho řízení bez uveřejnění, aniž pro tento postup byly splněny podmínky, představuje podobně jako zadání veřejné zakázky zcela mimo režim zákona porušení zvláště závažného charakteru, které by rozhodně nemělo být sankcionováno pokutou na samé dolní hranici její možné výše. Pokud by zadavatel přistupoval obezřetněji k podmínkám použití jednacímho řízení bez uveřejnění a zvolil namísto něj jinou, transparentnější formu zadávacímho řízení, mohl obdržet nabídku s nižší nabídkovou cenou, čímž by došlo k úspoře veřejných prostředků. V neposlední řadě je s ohledem na rozpočet zadavatele zřejmé, že uložená pokuta nebude mít likvidační charakter na jeho hospodaření. Ačkoli zcela kvituji přístup Úřadu, který akcentoval zejména preventivní funkci uložené pokuty (i s ohledem na to, že jednání zadavatele lze hodnotit jako porušení závažného charakteru), nelze zcela upustit ani od jejího výchovného a represivního aspektu, neboť jiná pokuta by postrádala svůj smysl. Peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které

mohly být případně investovány jinam. Z uvedených důvodů jsem neshledal důvody pro upuštění od uložení pokuty nebo pro její snížení.

VI. Závěr

30. 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.
31. 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 správního řádu ve spojení s § 152 odst. 4 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Zdravotnický holding Královéhradeckého kraje a. s., Pospíšilova 365, 500 03 Hradec Králové
2. PURO-KLIMA, a. s., Štěchovická 2266/2, 100 00 Praha

Vypraveno dne:

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