



UOHSX004DF08

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R79/2012/VZ-14559/2012/310/ASc

V Brně dne: 6. srpna 2012

Ve správním řízení o rozkladu doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 23. 3. 2012 zadavatelem –

- **Fakultní nemocnici Olomouc**, IČ 00098892, se sídlem I.P.Pavlova 6, 775 20 Olomouc, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S598/2011/VZ-1801/2012/510/MLr ze dne 8. 3. 2012, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele,

učiněných při zadávání podlimitní veřejné zakázky „**Průtokový cytometr pro HOK**“ zadávané dle ustanovení § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 14. 11. 2011 pod evidenčním číslem 7000000000438 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26. 11. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 228-370224, a jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- společnost **Beckman Coulter Česká republika s.r.o.**, IČ 28233492, se sídlem Radiová 1122/1, 102 27 Praha 10,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S598/2011/VZ-1801/2012/510/MLr ze dne 8. 3. 2012

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel - Fakultní nemocnice Olomouc, IČ 00098892, se sídlem I.P. Pavlova 6, 775 20 Olomouc (dále jen „**zadavatel**“) uveřejnil dle ustanovení § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**¹“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14. 11. 2011 pod evidenčním číslem 7000000000438 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26. 11. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 228-370224 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání podlimitní veřejné zakázky s názvem „Průtokový cytometr pro HOK“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Úřad ve správním řízení zjistil, že předmětem této veřejné zakázky je dodávka stolního plně digitálního průtokového cytometru se třemi lasery a softwarem umožňujícím osmibarevnou analýzu pro Hemato-onkologickou kliniku zadavatele. Úřad zjistil, že v článku 1.6.4. části B zadávací dokumentace zadavatel stanovil požadavek, aby poptávaný průtokový cytometr byl „*plně kompatibilní s automatizovaným karuselovým podavačem zkumavek a zařízením na přípravu vzorků v karuselu provádějícím lýzu i promytí buňek bez nutnosti přenášet vzorky do centrifugy*“. Úřad rovněž zjistil, že v článku 4 části A zadávací dokumentace zadavatel stanovil požadavek, aby poptávaný průtokový cytometr pracoval na vlnových délkách 405 nm, 488 nm a 633 nm, dosahoval rozlišení FCS 1,0 µm a lepší, SSC 0,5 µm a lepší, dosahoval senzitivity FITC méně než 100 MESF, PE méně než 50 MESF.
3. Úřad zjistil z článku 4 předposledního a posledního odstavce zadávací dokumentace, že „*zadavatel stanoví tyto technické podmínky předmětu veřejné zakázky – minimální technické požadavky – jejich nedodržení v toleranci +/- 10% nebude důvodem k vyloučení nabídky, pokud uchazeč prokáže, že nabízené zařízení vyhovuje pro požadovaný medicínský účel*“; a dále, že „*použití firemních názvů či termínů či způsobů řešení specifických pro určitého výrobce má pouze ilustrovat příklady vhodných přístrojů, ale požadavek není omezen na nabídky jen těchto přístrojů. Je možné nabídnout jakékoliv jiné přístroje, které mají podobné vlastnosti a splňují požadovaný medicínský účel*“.
4. Úřad ve správním řízení z listiny „*technické parametry průtokového cytometru FACS Canto II*“ (v anglickém jazyce: „*BD FACSCanto II Flow Cytometer Technical Specifications*“) zjistil, že průtokový cytometr BD FACSCanto II dosahuje hodnot 405 nm, 488 nm a 633 nm parametru specifikující lasery, hodnoty 1,0 µm pro rozlišení FSC, hodnoty 0,5 µm pro rozlišení SSC, hodnoty pro FITC < 100 MESF, hodnoty pro PE < 50 MESF a dále 96 a 384 mikrotitračních destiček pro „*Sample Input with BD High Throughput Sampler Option*“.
5. Úřad rovněž zjistil, že dne 22. 11. 2011 společnost Beckman Coulter Česká republika s.r.o., IČ 28233492, se sídlem Radiová 1122/1, 102 27 Praha 10 (dále jen „**navrhovatel**“), uplatnila

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona.

námítky, kterými napadá zadávací dokumentaci co do stanovení technického parametru senzitivita FITC méně než 100 MESF, PE méně než 50 MESF, technického parametru 5 dekád v lineární škále; a dále co do požadavku plné kompatibility poptávaného průtokového cytometru s automatizovaným karuselovým podavačem zkumavek a zařízením na přípravu vzorků v karuselu provádějícím lýzu i promytí buněk bez nutnosti přenášet vzorky do centrifugy; a co do požadavku připojení poptávaného průtokového cytometru k automatizovanému podavači mikrotitračních destiček umožňující měření vzorků z 384 a z 94 jamkových destiček. Navrhovatel spatřuje porušení zákona ve stanovení výše uvedené technické specifikace předmětu veřejné zakázky a dalších požadavků zadavatelem. Ve správním řízení bylo zjištěno, že navrhovatel dne 1. 12. 2011 obdržel rozhodnutí zadavatele, kterým zadavatel uplatněným námítkám nevyhověl.

6. Vzhledem k tomu, že zadavatel nevyhověl námítkám navrhovatele, uplatnil navrhovatel dne 8. 12. 2011 u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) písemný návrh na přezkoumání úkonů zadavatele v zadávacím řízení výše označené veřejné zakázky. Úřad ve správním řízení zahájeném na návrh oznámil všem účastníkům zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele a navrhovatele.

II. Napadené rozhodnutí Úřadu

7. Úřad po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal ve věci samé rozhodnutí č.j. UOHS-S598/2011/VZ-1801/2012/510/MLr dne 8. 3. 2012, kterým rozhodl ve výroku I. bod a. rozhodnutí tak, že zadavatel nedodržel postup dle ustanovení § 44 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 citovaného zákona, když nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, a tímto nedodržel zásady nediskriminace a transparentnosti, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Výrokem I. bod b. rozhodl Úřad, že zadavatel nedodržel postup dle ustanovení § 44 odst. 11 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když technické podmínky a jiné požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky v zadávací dokumentaci obsahují odkaz na specifické označení zboží, aniž by tento odkaz byl odůvodněn předmětem veřejné zakázky, a aniž by zadavatel umožnil pro plnění předmětné veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, a dosud nebyla uzavřena smlouva. Ve výroku II. rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě zrušil zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Ve výroku III. rozhodnutí uložil Úřad zadavateli dle ustanovení § 119 odst. 2 zákona a dle ustanovení § 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, povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
8. Úřad své rozhodnutí ve výroku I. bod a. odůvodnil tak, že zadavatel nevymezil v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky požadavek zadavatele na „*plnou kompatibilitu poptávaného průtokového cytometru s automatizovaným karuselovým podavačem zkumavek a zařízením na přípravu vzorků v karuselu provádějícím lýzu i promytí buněk bez nutnosti přenášet vzorky do centrifugy*“, a to co do určení zařízení, které není předmětem veřejné zakázky, a co do určení toho, v čem kompatibilita spočívá. Úřad konstatoval, že uchazeči po seznámení se s předmětným požadavkem zadavatele nemají postaveno na jisto, jaký průtokový cytometr je či není kompatibilní s v zadávací dokumentaci neuvedeným zařízením. Úřad dále uvedl, že uchazeči v tomto případě při zpracování nabídky

nejsou schopni posoudit, zda jimi nabízený průtokový cytometr bude skutečně kompatibilní s neznámým zařízením, a zda jimi nabízené plnění vyhovuje zadávací dokumentaci.

9. Úřad své rozhodnutí ve výroku I. bod b. odůvodnil tak, že z technických podmínek a jiných požadavků zadavatele zadávací dokumentace (konkrétně vlnová délka 405 nm, 488 nm, 633 nm; rozlišení FCS 1,0 μm a lepší; SSC 0, 5 μm a lepší; senzitivita FITC méně než 100 MESF, PE méně než 50 MESF; měření vzorků z 384 a z 96 jamkových destiček) vyplývá, že vzájemná kombinace hodnot uvedených parametrů v zadávací dokumentaci odkazuje na konkrétní výrobek - průtokový cytometr BD FACSCanto II Flow Cytometer. Úřad zjistil na základě listiny „*technické parametry průtokového cytometru FACS Canto II*“, že hodnoty předmětných technických parametrů průtokového cytometru BD FACSCanto II Flow Cytometer dosahují stejných číselných hodnot jako požadavky zadavatele v zadávací dokumentaci.
10. Na základě uvedeného dospěl Úřad k závěru, že zadávací dokumentace obsahuje ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 odkaz na specifické označení zboží spočívající ve vzájemné kombinaci technických parametrů a jejich konkrétních číselných hodnot, aniž by tento odkaz byl odůvodněn předmětem veřejné zakázky, a aniž by zadavatel umožnil pro plnění předmětné veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.
11. Úřad se v této souvislosti vypořádal s ustanovením zadávací dokumentace o tom, že uchazeč může nabídnout průtokový cytometr s hodnotami technických parametrů požadovaných v zadávací dokumentaci v rozmezí +/- 10%, tak, že uvedené ustanovení zadávací dokumentace nemá vliv na skutečnost, že zadávací dokumentace obsahuje v rozporu s ustanovením § 44 odst. 11 zákona odkaz na specifické označení výrobku. Úřad dále konstatoval, že ustanovení zadávací dokumentace o tom, že „*použití firemních názvů či termínů či způsobů řešení specifických pro určitého výrobce má ilustrovat příklady vhodných přístrojů, ale požadavek není omezen na nabídky jen těchto přístrojů*“ nezbavuje ani nesnižuje zadavatelovu povinnost postupovat v souladu s ustanovením § 44 odst. 11 zákona (tj. zadávací dokumentace nesmí obsahovat odkaz a požadavky na specifické označení zboží, není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky).

III. Námitky rozkladu

12. Zadavatel proti rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-S598/2011/VZ-1801/2012/510/MLr ze dne 8. 3. 2012 uplatnil faxem dne 23. 3. 2012 včasný rozklad. Citovaný rozklad zadavatel doplnil v zákonné lhůtě dne 27. 3. 2012 o písemné vyhotovení. Zadavatel napadl citované rozhodnutí v plném rozsahu. Zadavatel v uplatněném rozkladu napadl věcnou a právní nesprávnost napadeného rozhodnutí.
13. Zadavatel konkrétně napadá, že Úřad věcně nesprávně posoudil požadavek zadávací dokumentace na plnou kompatibilitu průtokového cytometru s automatizovaným karuselovým podavačem zkumavek a zařízením na přípravu vzorků, a dále Úřad nesprávně právně posoudil okolnost, že uvedl v zadávací dokumentaci nepřímý odkaz na specifické označení zboží. Úřad rovněž dle zadavatele pochybil, když „*neakceptoval*“ všechna ustanovení zadávací dokumentace a nepřihlédl k chybějícímu úmyslu zadavatele. Zadavatel shledal rozhodnutí Úřadu věcně a právně nesprávným.

Věcně nesprávné posouzení zadávací dokumentace

14. Zadavatel napadl nesprávné posouzení Úřadu toho, že zadavatel nevymezil požadavek na plnou kompatibilitu průtokového cytometru v rozsahu nezbytném pro zpracování nabídky, a dále zadavatel uvedl, že termín „kompatibilita“ je technicky zcela jasný.
15. K požadavku zadávací dokumentace na plnou kompatibilitu průtokového cytometru zadavatel v uplatněném rozkladu dále dodává, že v současné době zadavatel nedisponuje žádným typem automatizovaného systému přípravy vzorků ani žádným typem karuselového podavače, které nejsou předmětem veřejné zakázky, ale se kterým má být předmět veřejné zakázky kompatibilní, a uvedl, že jejich pořízení plánuje v budoucnu. Zadavatel má za to, že v daném případě bylo zcela oprávněné požadovat takový průtokový cytometr, který umožňuje dodatečné připojení těchto zařízení tak, aby vznikl funkční celek, a považuje rozhodnutí Úřadu o tom, že porušil postup dle ustanovení § 44 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, za věcně nesprávné.

Nesprávné posouzení technických podmínek na dodávku průtokového cytometru

16. Zadavatel v uplatněném rozkladu napadl nesprávné posouzení Úřadu zadávací dokumentace v části, která upravuje technické podmínky, neboť dle zadavatele požadavek na určitý technický parametr vychází ze speciálního zákona (jmenovitě ze zákona č. 123/2000 Sb., o zdravotnických prostředcích, ve znění pozdějších předpisů; zákona č. 22/1997 Sb., o technických požadavcích na výrobky, ve znění pozdějších předpisů, nařízení vlády č. 453/2004 Sb., kterým se stanoví technické požadavky na diagnostické zdravotnické prostředky in vitro, ve znění pozdějších předpisů), a proto dle zadavatele není a nemůže být v tomto ohledu zadávací dokumentace diskriminační.
17. Zadavatel se dále v uplatněném rozkladu zabýval jednotlivými technickými parametry, jejichž vzájemnou kombinaci právně kvalifikoval Úřad jako odkaz na obchodní firmy, názvy či specifická označení ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona.
18. Zadavatel k technickému parametru „vlnová délka excitačních zdrojů“ uvedl, že v praxi se nejčastěji používají lasery o vlnových délkách pro modrý 488 nm, pro fialový 405 nm, pro červený 633 nm až 640 nm. Zadavatel uvedl, že v zadávací dokumentaci zvolil pro červený laser právě hodnotu 633 nm, protože je tato vlnová délka v literatuře nejčastěji udávána. Zadavatel konstatoval, že požadavek zadávacích podmínek pro červený laser (633 nm) splňuje i výrobek navrhovatele s hodnotou tohoto parametru 638 nm, a proto zadávací podmínky v této části nemohou být dle zadavatele diskriminační.
19. K technickému požadavku „senzitivita cytometru“ Zadavatel uvedl, že hodnoty pro senzitivitu byly zvoleny z důvodu klíčového významu pro správnost hematologické diagnostiky, a dále že při stanovení přesných hodnot senzitivity zadavatel vycházel ze stávajícího a budoucího užití předmětu veřejné zakázky, kdy přesné technické parametry určil na základě informací získaných z obdobných pracovišť v tuzemsku a zahraničí. Vzhledem k tomu, že dle zadavatele na trhu dochází k neustálému vývoji, není schopen zadavatel přesně stanovit, které další průtokové cytometry v současné době splňují zadavatelem požadované parametry.

Nedostatečné posouzení zadávací dokumentace Úřadem

20. Zadavatel napadl nedostatečné posouzení zadávací dokumentace a uvedl, že Úřad pochybil, když „neakceptoval“ článek 4 předposlední a poslední odstavec zadávací dokumentace

(„zadavatel stanoví tyto technické podmínky předmětu veřejné zakázky – minimální technické požadavky – jejich nedodržení v toleranci +/- 10% nebude důvodem k vyloučení nabídky, pokud uchazeč prokáže, že nabízené zařízení vyhovuje pro požadovaný medicínský účel“; „použití firemních názvů či termínů či způsobů řešení specifických pro určitého výrobce má pouze ilustrovat příklady vhodných přístrojů, ale požadavek není omezen na nabídky jen těchto přístrojů. Je možné nabídnout jakékoliv jiné přístroje, které mají podobné vlastnosti a splňují požadovaný medicínský účel“), přičemž uvedená ustanovení zadávací dokumentace dle zadavatele podporují otevřenost zadávacích podmínek a svědčí o nediskriminaci zadávacího řízení.

Nesprávné zjištění a posouzení zavinění zadavatele

21. Zadavatel v uplatněném rozkladu rovněž namítl, že nezamýšlel postupovat v rozporu s ustanovením § 44 odst. 11 zákona. Zadavatel uvedl, že není si vědom, že by v zadávací dokumentaci uvedl specifické označení zboží či obchodní firmu, název apod., že by kombinoval parametry tak, aby znemožnil navrhovateli účastnit se předmětného zadávacího řízení.

Petit rozkladu

22. Zadavatel navrhuje, aby rozkladem napadené rozhodnutí bylo zrušeno v plném rozsahu a věc vrácena k novému projednání, ve kterém bude návrh navrhovatele zamítnut.
23. Navrhovatel ve svém vyjádření uvedl, že napadené rozhodnutí je věcně správné. Navrhovatel má za to, že Úřad podklady pro rozhodnutí podrobně v odůvodnění popsal, dále dle navrhovatele Úřad uvedl, jaké skutečnosti z těchto podkladů zjistil a konečně i přehledně vysvětlil, jaké důsledky tato zjištění ve vztahu k předmětu řízení mají, v rozhodnutí je zcela jasně vylíčeno, z jakých důvodů jsou zadávací podmínky neurčitě, a rovněž z jakého důvodu jsou zadávací parametry stanoveny tak, že jim vyhovuje jen výrobek jediného výrobce. Navrhovatel dále konstatuje, že technické parametry jako celek byly vybrány účelově, aby je splnil pouze průtokový cytometr FASCCanto II.

IV. Řízení o rozkladu

24. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu předal správní spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**předseda Úřadu**“).
25. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle ustanovení § 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 jsem dospěl k následujícímu závěru.
26. Úřad tím, že ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S598/2011/VZ-1801/2012/510/MLr ze dne 8. 3. 2012 rozhodl, že zadavatel nedodržel postup dle ustanovení § 44 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 citovaného zákona, když nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, a tímto nedodržel zásady

nediskriminace a transparentnosti, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, a tím, že rozhodl, že zadavatel nedodržel postup dle ustanovení § 44 odst. 11 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když technické podmínky a jiné požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky v zadávací dokumentaci obsahují odkaz na specifické označení zboží, aniž by tento odkaz byl odůvodněn předmětem veřejné zakázky, a aniž by zadavatel umožnil pro plnění předmětné veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, a tím, že Úřad dle ustanovení § 118 zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku jako nápravné opatření, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, na základě kterých jsem rozhodl potvrdit rozkladem napadené rozhodnutí a zadavatelem uplatněný rozklad zamítnout.

V. K námitkám rozkladu

Věcně nesprávné posouzení zadávací dokumentace

27. Zadavatel v uplatněném rozkladu vytkl, že pojem „kompatibilita“ je zcela technicky jasný, a uvedl, že požadavek na průtokový cytometr dodatečně připojitelný k zařízení, se kterým by vznikl funkční celek, je zcela oprávněný.
28. K zadatelově námitce rozkladu, že pojem „kompatibilita“ je technicky jasný, uvádím, že Úřad ve výroku I. bod a. rozhodnutí zcela správně shledal, že zadavatel v rozporu s ustanovením § 44 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 téhož zákona nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, a tímto nedodržel zásady zákazu diskriminace a transparentnosti.
29. Jestliže ze závěru Úřadu vyplývá, že na základě požadavku zadavatele na „*plnou kompatibilitu poptávaného průtokového cytometru s automatizovaným karuselovým podavačem zkumavek a zařízením na přípravu vzorků v karuselu provádějícím lýzu i promytí buněk bez nutnosti přenášet vzorky do centrifugy*“ nemají uchazeči postaveno najisto, přístroj jakých technických vlastností, technických a jiných parametrů splňuje požadavky zadavatele, a v čem má vůbec kompatibilita spočívat, pak uvedené považuji za věcně správné a s rozhodnutím Úřadu se ztotožňuji. Přestože ze zákona vyplývá, že zadávací podmínky musí přesně, jasně, jednoznačně, určitě a předem vymezit předmět veřejné zakázky, výše citovaný požadavek zadavatele těmito podmínkám po mém soudu nedostál.
30. Jak Úřad v odůvodnění svého rozhodnutí správně dovodil, uchazeč není schopen ze samotné zadávací dokumentace posoudit, zda jím nabízený průtokový cytometr bude skutečně kompatibilní s jemu neznámým automatizovaným karuselovým podavačem zkumavek a zařízením na přípravu vzorků, a zda jím nabízené plnění vyhovuje zadávací dokumentaci. Uchazeč se již při zpracování nabídky musí řídit „metodou pokus – omyl“, zda jím nabízený průtokový cytometr bude skutečně kompatibilní s jemu neznámým automatizovaným karuselovým podavačem a zařízením na přípravu vzorků. Úřad tedy správně posoudil, že předmět veřejné zakázky není v zadávací dokumentaci vymezen v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.
31. Jestliže zadavatel má za to, že pojem „kompatibilita“ je technicky jasný, pak tuto námitku považuji za nedůvodnou, neboť ze zadávací dokumentace nevyplývá, že by zadavatel projevil svoji vůli a uvedl, v čem přesně kompatibilita průtokového cytometru spočívá,

resp. jak posuzovat míru (stupeň) kompatibility. V tomto smyslu se ztotožňuji se závěrem Úřadu, že v rozporu se zásadou transparentnosti není zjistitelné, a to dokonce ani po dodání předmětu plnění, zda uchazečem nabízený přístroj je skutečně „kompatibilní“, dokud zadavatel post festum nestanoví, v čem má kompatibilita spočívat.

32. Okolnost, že zadavatel zařízením, blíže nespecifikovaným v zadávací dokumentaci, se kterým má být poptávaný průtokový cytometr kompatibilní, zatím nedisponuje, považuji pro posouzení toho, zda zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, za irelevantní. Jestliže zadavatel teprve v rozkladu nově uvedl skutečnost, že ani on sám dosud nevlastní „*automatizovaný karusellový podavač a zařízení na přípravu vzorků*“, pak uvedené nic nemění na správnosti posouzení věci Úřadem. Tato okolnost podporuje závěry Úřadu, když zadavatel poptává průtokový cytometr kompatibilní s něčím, co ani on sám není schopen identifikovat. Samotné posouzení zadavatelem toho, zda poptávaný průtokový cytometr by byl kompatibilní s tím, co on sám není schopen identifikovat, by proto nemohlo splňovat požadavek objektivitivy a tedy i zásady transparentnosti dle ustanovení § 6 zákona. Zadavatel je povinen dodržovat ustanovení § 44 odst. 1 zákona vždy, bez ohledu na to, zda u zařízení, se kterým má být předmět plnění veřejné zakázky (průtokový cytometr) kompatibilní, zvažuje jeho pořízení, případně plánuje jeho pořízení či jej už dokonce pořídil.
33. Na základě přezkoumání rozhodnutí v napadené části jsem dospěl k závěru, že Úřad správně zjistil skutkový stav, vypořádal se se všemi námitkami zadavatele, věcně a právně správně posoudil zjištěný skutkový stav, a proto považuji rozklad v této části nedůvodným.

Nesprávné posouzení technických podmínek na dodávku průtokového cytometru

34. Zadavatel v uplatněném rozkladu napadl, že Úřad pochybil, když rozhodl, že zadávací dokumentace obsahuje odkaz ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona na specifické označení zboží, přestože speciální zákony dle zadavatele upravují technické parametry výrobků, a proto zadávací dokumentace nemůže být v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách, resp. nemůže být diskriminační.
35. K uvedené námitce zadavatele uvádím, že samotné technické požadavky v daném případě nepochybně nejsou ani nemohou být samy o sobě diskriminační ve smyslu zákona o veřejných zakázkách. Diskriminačními mohou být zvolené konkrétní hodnoty pro technické požadavky (zpravidla číselně vyjádřené), případně vzájemná kombinace těchto konkrétních hodnot pro technické parametry. K posledně uvedenému dospěl správně i Úřad v daném správním řízení, kdy posoudil, že odkaz ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona spočívá právě v kombinaci hodnot technických podmínek a jiných požadavků zadavatele na plnění veřejné zakázky (vlnová délka 405 nm, 488 nm, 633 nm; rozlišení FCS 1,0 μm a lepší; SSC 0, 5 μm a lepší; senzitivita FITC méně než 100 MESF, PE méně než 50 MESF; měření vzorků z 384 a z 96 jamkových destiček).
36. Zadavatel se v uplatněném rozkladu v souvislosti s technickými podmínkami zabýval technickými parametry „vlnová délka“ a „senzitivita cytometru“, přičemž uvedl, že stanovením těchto technických parametrů v zadávací dokumentaci nemohl zadavatel porušit zásadu zákazu diskriminace.

37. Předně uvádím, že Úřad správně posoudil, že postup zadavatele v rozporu s ustanovením § 44 odst. 11 zákona spočívá právě ve vzájemné kombinaci konkrétních hodnot nejen senzitivity přístroje a vlnové délky excitačních zdrojů, ale také rozlišení a počtu jamkových destiček. Porušení zákona spatřuje Úřad právě v zadávací dokumentaci nastavené kombinaci všech citovaných technických parametrů a jejich hodnot. Vzhledem k uvedenému je tvrzení zadavatele, že stanovením dvou technických parametrů postupoval v souladu se zákonem, právně bezvýznamné.
38. Nadto uvádím stran technického parametru „senzitivita cytometru“, že v případě odůvodnění volby konkrétních hodnot senzitivity zadavatelem (100 MESF pro FITC a 50 MESF pro PE), se jedná o novou skutečnost dle ustanovení § 82 odst. 4 správního řádu, kterou zadavatel mohl uplatnit dříve, neboť Úřad usnesením č.j. ÚOHS-S598/2011/VZ-719/2012/510/MLr ze dne 11. 1. 2012 výslovně zadavateli uložil, aby úplně a věcně uvedl, z jakých důvodů zvolil právě ty hodnoty pro „senzitivitu cytometru“, jaké si zvolil. Zadavatel tedy měl a také mohl uplatnit tato tvrzení v průběhu správního řízení před Úřadem, což ale neučinil.
39. Na základě přezkoumání rozhodnutí v napadené části výroku jsem dospěl k závěru, že Úřad správně zjistil skutkový stav, vypořádal se se všemi námitkami zadavatele, věcně a právně správně posoudil zjištěný skutkový stav, a proto považuji rozklad v této části nedůvodným.

Nedostatečné posouzení zadávací dokumentace Úřadem

40. Zadavatel v uplatněném rozkladu Úřadu vytkl, že „*neakceptoval*“ ustanovení zadávací dokumentace, která dle zadavatele svědčí o otevřenosti a nediskriminaci zadávacích podmínek.
41. Na základě přezkumu rozhodnutí Úřadu jsem dospěl k závěru, že Úřad ve správním řízení správně zjistil obsah článku 4 předposledního odstavce zadávací dokumentace o tom, že „*technické podmínky předmětu veřejné zakázky – minimální technické požadavky – jejich nedodržení v toleranci +/- 10% nebude důvodem k vyloučení nabídky, pokud uchazeč prokáže, že nabízené zařízení vyhovuje pro požadovaný medicínský účel*“ a obsah článku 4 posledního odstavce zadávací dokumentace o tom, že „*použití firemních názvů či termínů či způsobů řešení specifických pro určitého výrobce má pouze ilustrovat příklady vhodných přístrojů, ale požadavek není omezen na nabídky jen těchto přístrojů. Je možné nabídnout jakékoliv jiné přístroje, které mají podobné vlastnosti a splňují požadovaný medicínský účel*“.
42. Úřad správně dospěl k závěru na základě posouzení prvního z citovaných ustanovení, že uvedené ustanovení nic nemění na tom, že zadávací dokumentace v rozporu s ustanovením § 44 odst. 11 zákona obsahuje odkaz na specifické označení zboží, aniž by tento odkaz byl odůvodněn předmětem veřejné zakázky, a aniž by zadavatel umožnil pro plnění předmětné veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Jinými slovy skutečnost, že uchazeči mohou nabízet poptávané průtokové cytometry, jejichž technické parametry budou dosahovat hodnot +/-10% hodnot technických parametrů v zadávací dokumentaci, nemá vliv na to, že zadavatel v zadávacích podmínkách v rozporu s ustanovením § 44 odst. 11 zákona uvedl odkaz na specifické označení zboží. Předmětný závěr Úřadu, učiněný na základě posouzení citovaného ustanovení, považuji za věcně a právně správný.

43. Na základě posouzení druhého z citovaných ustanovení (článek 4 poslední odstavec zadávací dokumentace) dospěl Úřad ke správnému závěru, že deklarace zadavatele o tom, že „*použití firemních názvů (...) má ilustrovat příklady vhodných přístrojů*“ nezbavuje ani nesnižuje zadavatelovu povinnost postupovat v zadávacím řízení v souladu s ustanovením § 44 odst. 11 zákona. S uvedeným posouzením a závěrem Úřadu se ztotožňuji.
44. Co se týče ustanovení zadavatele o tom, že „*je možné nabídnout jakékoliv jiné přístroje, které mají podobné vlastnosti a splňují požadovaný medicínský účel*“, dospěl Úřad ke správnému závěru, že přes deklarovanou možnost alternativního plnění zadavatelem zvolená technická specifikace předmětu veřejné zakázky takové alternativní plnění zcela vylučuje. Úřad uvedené ustanovení správně posoudil dále tak, že zadavatel nevymezil, jaké vlastnosti má „alternativní plnění“ mít, v čem spočívá a jaká je míra podobnosti uvedená v citovaném článku, jaký medicínský účel musí alternativní plnění splňovat. Uvedené posouzení a závěr Úřadu považuji za věcně a právně správné.
45. Jestliže zadavatel namítl, že citovaná ustanovení podporují „otevřenost“ a nediskriminaci zadávacích podmínek, pak uvádím, že ustanovení připouštějící uvedení „*firemních názvů*“ v zadávací dokumentaci naopak svědčí o nedodržení ustanovení § 44 odst. 11 zákona (zákaz uvést v zadávací dokumentaci odkaz na specifická označení zboží). Ustanovení zadávací dokumentace o možnosti „alternativního plnění“ tím, že zadavatel vůbec nevymezil, jaké vlastnosti má „alternativní plnění“ mít, v čem spočívá a jaká je míra podobnosti uvedená v citovaném článku, jaký medicínský účel musí alternativní plnění splňovat, nemá tento projev vůle zadavatele žádných právních následků, a proto ani v tomto případě nelze poukazovat na „otevřenost“ a nediskriminaci zadávacích podmínek.
46. Pokud zadavatel v uplatněném rozkladu „neakceptací“ předmětných ustanovení zadávací dokumentace namítl, že Úřad nezjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a dále pokud zadavatel v uplatněném rozkladu vytkl Úřadu nesprávné posouzení výše citovaných ustanovení, pak uvádím, že Úřad zjistil správně a úplně skutkový stav, a tento věcně a právně správně posoudil, a s rozhodnutím Úřadu a jeho závěry se ztotožňuji.

Nesprávné zjištění a posouzení zavinění zadavatele

47. Zadavatel v uplatněném rozkladu namítl, že nejednal úmyslně při porušení postupu dle ustanovení § 44 odst. 11 zákona.
48. K uvedené námitce zadavatele uvádím, že Úřad postupoval v souladu se zákonem, když posouzení zavinění, resp. úmyslu, zadavatele neučinil součástí svých zjištění, neboť odpovědnost zadavatele za porušení zákona je odpovědností objektivní. Odpovědnost zadavatele vzniká na základě porušení zákona bez ohledu na vnitřní psychický stav (tj. zavinění ve formě úmyslné nebo nedbalostní) zadavatele k podstatným složkám postupu, kterým zadavatel porušil ustanovení zákona.
49. Vzhledem k uvedenému uvádím, že Úřad rozhodl věcně a právně správně, když se nezabýval zaviněním, resp. úmyslem, zadavatele, neboť ze zákona Úřadu nevyplývá žádná taková povinnost, resp. ani oprávnění.

VI. Závěr

50. 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 vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné poklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
51. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
Předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Fakultní nemocnice Olomouc, I.P.Pavlova 6, 775 20 Olomouc

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