



UOHSX0053DY1

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R385/2012/VZ-20513/2013/310/MŠe

Brno 21. října 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 27. 12. 2012 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 28. 12. 2012), jež podal zadavatel –

- **Krajská zdravotní, a.s.**, IČ 25488627, se sídlem Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-23318/2012/521/JHn ze dne 10. 12. 2012 ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „**Materiál ošetrovatelské péče**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod ev. č. 60040483 dne 31. 12. 2009, ve znění oprav uveřejněných dne 8. 1. 2010 a v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2009/S252-362939 dne 31. 12. 2009, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 12. 1. 2010, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **HARTMANN-RICO a. s.**, IČ 44947429, se sídlem Masarykovo náměstí 77, 664 71 Veverská Bítýška,

jsme 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:

Výrok I. a III. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-23318/2012/521/JHn ze dne 10. 12. 2012,

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. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil z moci úřední dne 23. 7. 2010 správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, zadavatelem – Krajská zdravotní, a.s., IČ 25488627, se sídlem Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání veřejné zakázky „Materiál ošetrovatelské péče“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod ev. č. 60040483 dne 31. 12. 2009, ve znění oprav uveřejněných dne 8. 1. 2010 a v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2009/S252-362939 ze dne 31. 12. 2009, ve znění dodatečných informací učiněných dne 12. 1. 2010 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Kromě zadavatele označil Úřad za účastníka správního řízení uchazeče, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější – společnost HARTMANN-RICO, a.s., IČ 44947429, se sídlem Masarykovo náměstí 77, 664 71 Veverská Bítýška (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
2. Po posouzení obsahu předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele v zadávacím řízení se zákonem při vymezení předmětu plnění veřejné zakázky a stanovení technických podmínek a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu.
3. Zadavatel v bodu 4) zadávací dokumentace vymezil předmět veřejné zakázky následujícím způsobem – „Vymezení plnění veřejné zakázky“:
 - a) Předmět veřejné zakázky – *“Předmětem plnění veřejné zakázky v rámci tohoto zadávacího řízení je uzavření rámcové smlouvy na 4 roky s jedním vybraným uchazečem a s účinností od okamžiku podpisu smlouvy a s předpokládanou dobou plnění od podpisu smlouvy, na základě které uchazeč zajistí po dobu platnosti smlouvy dodávky materiálů ošetrovatelské péče“.*
 - b) Podrobné vymezení předmětu veřejné zakázky – *„Předmětem této veřejné zakázky jsou průběžné dodávky spotřebního materiálu inkontinence, obvazový materiál, obvazy a obinadla, náplasti a krytí rány, jednorázové sety pro malé výkony, materiál ošetrovatelské*

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

péče pro Zadavatele včetně poskytování případných souvisejících služeb v rozsahu a za podmínek vymezených Zadávací dokumentací. Na základě smlouvy uzavřené za účelem splnění Veřejné zakázky mezi Zadavatelem a vybraným uchazečem bude vybraný uchazeč zajišťovat na základě dílčích objednávek Zadavatele a v závislosti na jeho potřebách průběžně dodávky materiálů ošetrovatelské péče, dle seznamu, který tvoří Přílohu č. 2 Zadávací dokumentace na jednotlivá místa určená Zadavatelem. Příloha č. 2 této Zadávací dokumentace je současně přiložena v elektronické podobě na nosiči dat (CD).“

4. Po přezkoumání případu vydal Úřad rozhodnutí ve věci č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-12951/2010/510/MCh ze dne 12. 10. 2010, kterým rozhodl o spáchání správního deliktu zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „Materiál ošetrovatelské péče“ tím, že:
 - a) nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona, když v zadávacím řízení požadoval po dodavatelích zajištění dodávky různých samostatných skupin výrobků, jejichž dodávku mohou zajistit různí dodavatelé, čímž diskriminoval dodavatele, kteří mohli zajistit dodávku jednotlivých skupin výrobků, avšak nikoliv dodávku všech skupin výrobků požadovaných zadavatelem,
 - b) nedodržel postup stanovený v ustanovení § 45 odst. 3 v návaznosti na § 6 zákona, když stanovil technické podmínky tak, že vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 12. 7. 2010 byla uzavřena smlouva.
5. Druhostupňovým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R161/2010/VZ-4114/2011/310-ASc ze dne 15. 3. 2011 předseda Úřadu prvostupňové rozhodnutí č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-12951/2010/510/MCh ze dne 12. 10. 2010 zrušil a věc vrátil k novému projednání. Jako důvod zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání uvedl předseda Úřadu pochybnosti o přezkoumání všech skutečností, které se vztahují k porušení ust. § 45 odst. 3 zákona v návaznosti na § 6 zákona, uvedené v prvostupňovém rozhodnutí.
6. Po novém přezkoumání případu vydal Úřad rozhodnutí ve věci č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-6348/2011/510/HOd ze dne 13. 7. 2011, kterým rozhodl o spáchání správního deliktu zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „Materiál ošetrovatelské péče“ tím, že
 - a) zadavatel nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách, když v zadávacím řízení požadoval po dodavatelích zajištění dodávky různých samostatných skupin výrobků, jejichž dodávku mohou zajistit různí dodavatelé, čímž diskriminoval dodavatele, kteří mohli zajistit dodávku jednotlivých skupin výrobků, avšak nikoliv dodávku všech skupin výrobků požadovaných zadavatelem,
 - b) zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 44 odst. 1 citovaného zákona o veřejných zakázkách, tím, že nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 12. 7. 2010 byla uzavřena smlouva.
7. Druhostupňovým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R163/2011/VZ-65/2012/310/ASc/JSI ze dne 12. 1. 2012 předseda Úřadu prvostupňové rozhodnutí č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-

6348/2011/510/HOd ze dne 13. 7. 2011 zrušil a věc vrátil k novému projednání. Jako důvod zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání uvedl předseda Úřadu nesprávnou změnu právní kvalifikace a s tím související nesprávnou subsumpci šetřeného skutku pod obecné ust. § 44 odst. 1 zákona a dále nerespektování závazného právního názoru vysloveného v rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R161/2010/VZ-4114/2011/310-ASc ze dne 15. 3. 2011.

II. Napadené rozhodnutí

8. Úřad posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů vydal dne 10. 12. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S267/2010/VZ-23318/2012/521/JHn (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval, že zadavatel se při zadávání výše uvedené veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že:

1) nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách, když v zadávacím řízení požadoval po dodavatelích zajištění dodávky různých samostatných skupin výrobků, jejichž dodávku mohou zajistit různí dodavatelé, čímž diskriminoval dodavatele, kteří mohli zajistit dodávku jednotlivých skupin výrobků, avšak nikoliv dodávku všech skupin výrobků požadovaných zadavatelem,

2) nedodržel postup stanovený v ustanovení § 45 odst. 1 v návaznosti na § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách, když nestanovil technické podmínky na dodávky objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem.

Ve výroku II. bylo rozhodnuto o tom, že ve věci dalších důvodů, pro které bylo správní řízení z moci úřední zahájeno, tj. pochybnosti, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu s ustanovením § 44 odst. 1 a ustanovením § 45 odst. 3 citovaného zákona, se správní řízení podle ustanovení § 66 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, zastavuje. Ve výroku III. byla zadavateli, podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, uložena pokuta ve výši 200 000,- Kč.

9. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že z obsahu zadávací dokumentace vyplývá, že předmět veřejné zakázky je koncipován široce, neboť v sobě zahrnuje dodávku různých skupin výrobků, spadajících do oblasti zdravotnických a hygienických potřeb, které se odlišují způsobem použití, a které spolu přímo nesouvisí (např. obvazový materiál je ve zdravotnictví využíván v oblasti ošetřování ran; v oblasti inkontinence jsou zejména používány dětské plenky, vložky, kalhotky a podložky pro inkontinentní pacienty...), a tudíž je lze poptávat samostatně.

10. O závěru, že se jedná o dodávku různých skupin výrobků, které lze poptávat samostatně, svědčí i to, že zadavatel v zadávací dokumentaci rozdělil předmět veřejné zakázky do šesti skupin podle způsobu použití, a u hodnotícího kritéria „Celková nabídková cena“ stanovil subkritéria – nabídkovou cenu u jednotlivých skupin poptávaných výrobků.

11. Úřad konstatoval, že případná vyšší administrativní a logistická náročnost, která by rozdělením veřejné zakázky na části a s umožněním podávání nabídek na jednotlivé části mohla být spojena, není důvodem, který by ospravedlňoval omezení konkurence. Současně

je pravděpodobné, že by se v případě samostatného zadávání jednotlivých skupin poptávaných výrobků rozšířil okruh vzájemně si konkurujících dodavatelů v jednotlivých skupinách poptávaných výrobků, kteří mohli zadavateli nabídnout výhodnější podmínky plnění veřejné zakázky než vybraný uchazeč.

12. Úřad dále poukázal na to, že z obsahu odpovědí Úřadem oslovených dodavatelů vyplývá, že častým důvodem pro nepodání nabídky do předmětného zadávacího řízení byla neschopnost těchto dodavatelů pokrýt takto široce koncipovaný předmět veřejné zakázky z jimi nabízeného sortimentu. Z podaných vyjádření lze současně vyvodit závěr, že pokud by byl předmět veřejné zakázky rozdělen na části, mohli se tyto dodavatelé ucházet alespoň o příslušnou část veřejné zakázky, resp. dodávku určité skupiny výrobků (např. dodávku obvazového materiálu, dodávku potřeb pro inkontinenci či dodávku setů pro malé výkony).
13. Úřad uvedl, že v důsledku široce vymezeného předmětu veřejné zakázky podalo nabídku méně dodavatelů, než by tomu bylo v situaci, kdyby jednotlivá plnění, resp. jednotlivé skupiny vzájemně souvisejících zdravotnických a hygienických potřeb, byly poptávány samostatně, případně kdyby byla veřejná zakázka rozdělena na části podle zadavatelem definovaných skupin výrobků pro hodnocení nabídkové ceny a dodavatelům bylo umožněno podávat nabídky i na jednotlivé části veřejné zakázky (§ 98 odst. 3 zákona). Široce vymezený předmět veřejné zakázky způsobil skrytou diskriminaci, v důsledku které došlo k omezení konkurenčního prostředí mezi dodavateli. V tomto případě byli diskriminováni ti dodavatelé, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna, o čemž svědčí vyjádření dodavatelů, která si Úřad vyžádal před zahájením správního řízení.
14. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách, když v zadávacím řízení požadoval po dodavatelích zajištění dodávky různých samostatných skupin výrobků, jejichž dodávku mohou zajistit různí dodavatelé, čímž diskriminoval dodavatele, kteří mohli zajistit dodávku jednotlivých skupin výrobků, avšak nikoliv dodávku všech skupin výrobků požadovaných zadavatelem. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
15. Úřad dále dospěl k závěru, že zadavatel v zadávací dokumentaci neuvedl, jaké odchylky od požadovaných parametrů akceptuje, ačkoliv odchylky připustil, nestanovil technické podmínky způsobem, který je nezbytný pro zpracování nabídky, neboť dodavatelům neposkytl dostatek informací, aby mohli zvážit, zda jimi nabízené plnění bude splňovat požadavky zadavatele. Z tohoto pohledu je nutno celou zadávací dokumentaci považovat za nesprávnou, neboť zadavatel v rámci odpovědí na dotazy jednoho z dodavatelů připustil, že v rámci posuzování nabídek nebude trvat na parametrech technických podmínek stanovených v zadávací dokumentaci.

III. Námitky rozkladu

16. Dne 28. 12. 2012 obdržel Úřad v zákonné lhůtě od zadavatele rozklad. V rozkladu zadavatel namítá, že pokud jde o výrok, podle něž zadavatel nestanovil technické podmínky na

dodávky jednoznačně, napadené rozhodnutí je v této části neurčité, nejednoznačné, nekonkrétní a v důsledku toho nepřezkoumatelné. Uvedené nedostatky napadeného rozhodnutí jsou dle názoru zadavatele zapříčiněny tím, že Úřad v rozhodnutí sice konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že nestanovil technické podmínky na dodávky dostatečně jednoznačně, avšak nezákonné jednání zadavatele jakkoli nekonkretizuje.

17. Závěry Úřadu uvedené v napadeném rozhodnutí považuje zadavatel za odporující zásadám logiky, neboť podle Úřadem zastávaného přístupu by bylo možno za diskriminační označit každou zakázku na dodávku automobilu, stavby či jiného komplexu dalších výrobků. Kdyby např. zadavatel poptával vozidlo (jako celek), byl by v souladu s úvahami Úřadu diskriminován výrobce pneumatik, který by se zadávacího řízení nemohl účastnit, protože nevyrábí ostatní části automobilů. Obdobně by podle zadavatele byli diskriminováni výrobci cihel, majitelé pískoven či cementáren, pokud by zadavatel v rámci zadávacího řízení požadoval zakoupení, resp. zhotovení celého domu. Stejně tak by zadavatelé s ohledem na závěry Úřadu nemohli poptávat „hotové“ lékárníčky, protože by tímto způsobem diskriminovali výrobce, kteří vyrábějí pouze některé dílčí položky v těchto lékárníčkách obsažené (např. nůžky, rukavice apod.).
18. Zadavatel má za to, že s jeho námitkou, že uchazeči mohli činit nabídku společně s jinými uchazeči, případně za využití subdodávek, se Úřad vypořádal kuriózním způsobem, kdy konstatoval, že takovýto postup v zadávacím řízení není povinností uchazeče. K tomu zadavatel uvádí, že smyslem veřejné zakázky není zadávací proces sám, ale nabytí potřebného zboží dodavatelem.
19. Zadavatel uvádí, že delikt ní odpovědnost zadavatele nelze spatřovat v tom, že zadavatel prostě vymezil jako předmět veřejné zakázky to, co potřebuje nakoupit a užívat.
20. Zadavatel v rozkladu dále uvádí, že nákup po jednotlivých komponentách by znamenal zatížení lékařů a ve svém důsledku komplikace při poskytování zdravotní péče. Zadavatel má za to, že se Úřad dopouští přepjatého formalismu, když zastává názor, že zadavatel je povinen komplikovat poskytování zdravotnických služeb a vydávat další náklady na kompletování, protože když by zakoupil celý komplex (např. lékárníčku), znevýhodnil by tím podle Úřadu výrobce jednotlivých komponent. Sám zadavatel zde však připouští, že o lékárníčky v dané věci nejde.
21. Závěrem rozkladu zadavatel poukazuje na nálezy Ústavního soudu, které se v různé souvislosti zabývaly otázkou „přepjatého formalismu“, jež představuje interpretaci jednoduchého práva, která je v extrémním rozporu s principy spravedlnosti. V návaznosti na analýzu problematiky přepjatého formalismu pak zadavatel konstatuje, že „*právě takový formalismus z napadeného rozhodnutí číší*“. Předpjatého formalismu se měl Úřad dopustit mimo jiné tím, že pokud zadavatel dodatečně připustil bezvýznamnou toleranci při odchylce, pak jde o situaci, kdy technické podmínky pro dodávky nestanovil jednoznačně. Tento závěr je podle zadavatele nejen nesprávný, ale též nelogický.

Závěr rozkladu

Navrhovatel s ohledem na výše uvedené žádá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí ve výrocích I. a III. změnil tak, že správní řízení se zastavuje.

IV. Řízení o rozkladu

22. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb. správní řád, v platném znění (dále jen „**správní řád**“) věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

23. 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 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 dospěl k následujícímu závěru.
24. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j.: ÚOHS-S267/2010/VZ-23318/2012/521/JHn ze dne 10. 12. 2012, rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V následující části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech uvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

25. S ohledem na to, že zadavatel námitkami uvedenými v rozkladu směřuje pouze proti výroku I. a III. napadeného rozhodnutí, je výrok II. pravomocný a úvahami, kterými byl Úřad v souvislosti s tímto výrokem veden, se v rámci tohoto rozhodnutí nebudou dále zabývat.
26. K námitce zadavatele, že Úřad sice konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu, avšak nezákonné jednání (spočívající v porušení § 45 odst. 1 ve spojení s § 6 zákona) nekonkretizuje, uvádím následující. Úřad v dotčeném výroku konstatuje, že „*zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 45 odst. 1 v návaznosti na § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách, když nestanovil technické podmínky na dodávky objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem*“. Z uvedeného výroku je zřejmé, že zadavateli je vytýkáno, že porušení citovaných ustanovení se dopustil tím, že v rámci zadávání předmětné veřejné zakázky se dopustil porušení § 45 odst. 1 ve spojení s § 6 zákona a to tím, že technické podmínky na dodávky nestanovil objektivně a jednoznačně způsobem, vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem.
27. Takto formulovaný výrok, v němž je vymezen nejen nezákonný postup zadavatele, ale jsou zde citována i zákonná ustanovení, jež měl zadavatel tímto postupem porušit, nelze označit za nejednoznačný, neurčitý a ani za nepřezkoumatelný. Tato námitka zadavatele je tedy nedůvodná. Lze konstatovat, že Úřad při ukládání sankce za správní delikt ve výroku I. dostatečně popsal skutek, za který je v napadeném rozhodnutí sankce ukládána, a to způsobem, který vylučuje jeho záměnu s jiným jednáním (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 2. 2005, č. j. 3 Ads 21/2004-55). To, že v odůvodnění napadeného

rozhodnutí je postup zadavatele, vedoucí k založení protiprávního stavu, popsaného ve výroku I., dále do nejmenších detailů konkretizován, ještě neznamená, že by vymezení skutku v samotném výroku nebylo dostatečné. Podstatné je, že již ze samotného výroku je seznatelné, jaké konkrétní jednání je zadavateli vytýkáno, stejně jako je z něj seznatelná právní kvalifikace takového jednání.

28. Skutek, tj. jednání zadavatele, jež Úřad posoudil jako nezákonné, je ve výroku dostatečně konkretizováno, když z kontextu výrokové části je zřejmé, v čem toto nezákonné jednání spočívalo (tj. co zadavatel činil, ač činit neměl, resp. co nečinil, byť činit měl). Ve smyslu usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 1. 2008, č. j. 2 As 34/2006-73 musí vymezení předmětu řízení ve výroku rozhodnutí o správním deliktu vždy spočívat ve specifikaci deliktu tak, aby sankcionované jednání nebylo zaměnitelné s jednáním jiným. Ve smyslu uvedeného usnesení je nezbytné postavit najisto, za jaké konkrétní jednání je subjekt postižen a to lze zaručit jen konkretizací údajů obsahujících popis skutku uvedením místa, času a způsobu spáchání, případně i uvedením jiných skutečností, jichž je třeba k tomu, aby skutek nemohl být zaměněn s jiným. Taková míra podrobnosti je jistě nezbytná pro celé sankční řízení, a to zejména pro vyloučení překážky litispendence, dvojího postihu pro týchž skutek a pro zajištění řádného práva na obhajobu. Je tedy zřejmé, že požadavkům kladeným na konkretizaci výroků o správních deliktech zadavatelem rozporovaný výrok dostojí, neboť je natolik konkretizován, že nemůže být zaměněn s jiným. Z výrokové části rozhodnutí je zřejmé nejen to, kdy a kde se zadavatel nezákonného postupu dopustil (tj. v rámci veřejné zakázky zadávané zadavatelem, označené jako „Materiál ošetrovatelské péče“, jejíž zadávání bylo zahájeno oznámením uveřejněným dne 31. 12. 2009), ale též to, jakým způsobem se tak stalo („*nestanovením technických podmínek na dodávky objektivně a jednoznačně způsobem, vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem*“), a s ohledem na to nemůže být zaměněno s jiným jednáním zadavatele.
29. Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že jednání zadavatele, jímž tento naplnil skutkovou podstatu správního deliktu, je již v rámci výrokové části rozhodnutí vymezeno natolik konkrétním postupem, že i bez jeho detailního popisu obsaženého v odůvodnění, toto jednání zadavatele nemůže být zaměněno s jiným jednáním zadavatele.
30. K tvrzení zadavatele, že Úřad se s jeho námitkou, že uchazeči mohli podat nabídku společně s jinými uchazeči, případně za využití subdodávek, vypořádal kuriózním způsobem, uvádím následující. Zadavatelem zpochybňované závěry Úřadu ohledně možnosti podání společné nabídky či plnění prostřednictvím subdodavatele nejsou v rozporu s aktuální judikaturou, která ani v existenci těchto možností nespatřuje okolnost, jež by vyloučila či alespoň zmírnila negativní důsledky diskriminačního postupu zadavatele, který vede k omezení soutěžního prostředí.
31. V této souvislosti odkazuji na závěry uvedené v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 1. 11. 2012, sp. zn. 62 Af 57/2011, v němž soud uvedl, že podání nabídky, v níž bude počítáno se subdodávkou, nemůže soutěžní prostředí zajišťovat způsobem srovnatelným, jako v případě podání nabídek, které budou mezi sebou ve skutečnosti soutěžit. Soud zde

dále uvedl, že je třeba vycházet ze závěrů uvedených v rozsudcích Krajského soudu v Brně ze dne 2. 3. 2010, sp. zn. 62 Af 7/2010 a Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 1. 2011, sp. zn. 2 Afs 59/2010 a dovozovat, že pokud je předmět veřejné zakázky vymezen příliš široce (lze-li plnění v něm zahrnuté dodávat samostatně a děje-li se tak v praxi) a v důsledku toho podává nabídku méně dodavatelů než v situaci, kdy by byla plnění poptávána samostatně, vede to k diskriminaci těch dodavatelů, kteří by byli schopni podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna, bez ohledu na jejich možnost zajistit si subdodávky nebo podávat společnou nabídku; tím se totiž diskriminační účinek s vlivem na efektivní soutěžní prostředí, v němž se dodavatelé o veřejnou zakázku mají nacházet, nikterak neeliminuje.

32. Jako zcela absurdní je nutno odmítnout též argumentaci zadavatele, založenou na hypotetické diskriminaci výrobců pneumatik (v případě, že by bylo zadavatelem poptáváno vozidlo jako celek), či výrobců cihel a majitelů pískoven (v případě, že by zadavatel poptával stavbu jako celek). Stejně tak je s ohledem na předmět veřejné zakázky nedůvodná námitka, jež spočívá v úvaze zadavatele, že pokud by zadavatelé respektovali závěry Úřadu, nemohli by poptávat „hotové lékárníčky“, protože by tímto způsobem diskriminovali výrobce, kteří vyrábějí pouze některé dílčí položky v těchto lékárníčkách obsažené.
33. V této souvislosti je vhodné poukázat na to, co je ve smyslu zákona součástí věci a co je pouze příslušenstvím věci. Ve smyslu § 120 odst. 1 zákona 40/1964 Sb., občanského zákoníku (dále jen „**občanský zákoník**“) je součástí věci vše, co k ní podle její povahy náleží a nemůže být odděleno, aniž by se tím věc znehodnotila. Příslušenstvím věci jsou, ve smyslu § 121 odst. 2 občanského zákoníku věci, které náleží vlastníku věci hlavní a jsou jím určeny k tomu, aby byly s hlavní věcí trvale užívány. Např. pneumatiky tak jednoznačně představují součást věci hlavní, neboť k věci hlavní (automobil) náleží a nemohou být od ní odděleny, aniž by se věc tímto oddělením znehodnotila. Pokud by Úřad po zadavatelích požadoval, aby zakázky rozdělovali na části a v rámci částí zakázky poptávali samostatně jednotlivé součásti movitých věcí (součásti vozidel, počítačů apod.), či jednotlivé složky tvořící věci nemovité, které jsou i v běžném obchodním styku předmětem obchodu jako celek, takový postup by neměl oporu v zákoně a nesměřoval by ani k naplnění účelu zákona, tj. k účelnému vynakládání veřejných prostředků. Z napadeného rozhodnutí však nevyplývá, že by takový postup Úřad po zadavatelích vyžadoval.
34. Z napadeného rozhodnutí vyplývá pouze to, že zadavatel učinil předmětem zakázky různé předměty ošetrovatelské péče, které jsou na sobě vzájemně nezávislé (není mezi nimi vztah věc-její součást, věc-její příslušenství) a pokud by nebyly poptávány jako nedílný celek, vedlo by to k rozšíření okruhu dodavatelů, kteří jednotlivé skupiny ošetrovatelského materiálu mohou nabídnout, což by v konečném důsledku mohlo vést ke snížení nabídkových cen v důsledku větší konkurence mezi dodavateli. Ve smyslu rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 2. 3. 2010, č. j. 62 Af 7/2010-135 rozdělení veřejné zakázky na části v tomto konkrétním případě nebrání překážka, jež by spočívala v tom, že zadavatelem požadovaná plnění jsou plněními navzájem se neodlišujícími či plněními, která na sebe úzce navazují. Jednotlivá plnění, resp. skupiny plnění požadované zadavatelem, jsou v tomto případě zjevně plněními odlišnými a vzhledem k tomu byl zadavatel povinen institutu rozdělení veřejné zakázky

využít, neboť jejím nerozdělením omezil hospodářskou soutěž mezi dodavateli, a tím porušil § 6 zákona.

35. V nyní projednávané věci poptával zadavatel materiál zdravotnické péče, který měl být zadavateli dodán bez dalšího, tj. měl být dodán, aniž by dodavatelé byli povinni tento materiál dodávat v rámci jakýchkoli setů (balení), jejichž obsah by byl zadavatelem předem stanoven. Dodavatelé tedy podle zadávacích podmínek nebyli povinni s dodávaným materiálem jakkoli pracovat, třídít jej, či z něj vytvářet balení obsahující pevně stanovené položky. S ohledem na to není přípádná ani námitka zadavatele, že při respektování závěrů uvedených v napadeném rozhodnutí by zadavatelé nemohli v souladu se zákonem poptávat „hotové lékárníčky“ jako celek, neboť jinak by diskriminovali dodavatele, kteří nedodávají lékárníčky jako celek, ale pouze některé v nich obsažené komponenty. Pokud by totiž předmětem veřejné zakázky byla např. dodávka autolékárníček, jejichž obsah je závazně stanoven vyhláškou č. 283/2009 Sb., a není tedy prostor pro úvahy, že by jejich obsah byl tzv. „ušit“ na míru některému dodavateli, nepředstavoval by takový postup zadavatele porušení zásady zákazu diskriminace, když k takovému vymezení předmětu veřejné zakázky by zadavatel nepřistoupil svévolně ale v důsledku poptávání zboží, jehož parametry jsou přesně vymezeny zákonem. V případě, že by se jednalo o poptávku lékárníček, jejich podobu a další parametry by si stanovil zadavatel dle vlastního uvážení, bylo by nutno otázku možného porušení zákona posuzovat s přihlédnutím k tomu, zda v daném případě existují či neexistují okolnosti, které takový postup zadavatele odůvodňují a zda je takový postup v souladu se zákonem. V nyní projednávané věci, kdy zadavatel v rámci veřejné zakázky poptával jednotlivé druhy ošetřovatelského materiálu, které de facto představují „vybavení jeho lékárny“, a nerozdělením veřejné zakázky na části znemožnil účast širšího okruhu dodavatelů, Úřad dospěl k závěru, že zadavatel jednal v rozporu se zásadou zákazu diskriminace, stanovenou v § 6 zákona.
36. Shora uvedenou argumentaci zadavatele je nutno odmítnout také z důvodu, že pokud zadavatel v rámci zadávacího řízení primárně poptává jakoukoli stavbu, předmětem veřejné zakázky je zhotovení takové stavby, nikoli dodávky veškerého materiálu, kterého bude na zhotovení stavby zapotřebí, aniž by dodavatel byl současně povinen pro zadavatele stavbu zhotovit. Není samozřejmě vyloučeno, aby zadavatel z určitých důvodů poptával samostatně stavební materiál, v takovém případě by se však jednalo o veřejnou zakázku na dodávky a nikoli veřejnou zakázku na stavební práce, kterou v rámci uváděných příkladů argumentuje zadavatel (viz. zadavatel uváděný příklad s požadavkem na zhotovení stavby). V takovém případě, pokud by tedy zadavatel jedinou veřejnou zakázku rozdělil na části a zvlášť poptával dodávky materiálu a zvlášť provedení stavebních prací, by však musel zajistit, aby se mimo jiných zákonných ustanovení nedostal do rozporu s ustanovením § 13 (zejména odst. 1, 3 a 4) a s § 16 zákona.
37. Za absurdní a nyní projednávané situaci skutkově zcela nepodobný, je nutno označit též zadavatelem uváděný příklad s diskriminací dodavatele, který je schopen dodat jen jednotlivé autodíly, nikoli však vozidlo jako celek. Pokud je předmětem veřejné zakázky vozidlo, bylo by zcela neúčelné, aby zadavatel připustil zadávání veřejné zakázky na části a v rámci každé z nich poptával jednotlivé součásti vozidla. Takový postup je, nad rámec níže

uvedených důvodů, nutno odmítnout i s ohledem na to, že by vedl k tomu, že by bylo nutno zadávat další veřejnou zakázku (resp. další část téže veřejné zakázky), v jejímž rámci by zadavatel požadoval kompletní těchto součástí do podoby pojízdného vozidla. Takový postup by vyvolal zcela excesivní administrativní zátěž na straně zadavatele, která by však nebyla ospravedlnitelná ani rozšířením okruhu dodavatelů, neboť ten je již na samotném trhu výrobců vozidel dostatečně široký a jeho rozšíření o trh dodavatelů všech dílčích součástí vozidel by s nejvyšší pravděpodobností nevedlo k efektivnějšímu naplnění účelu zákona, jímž je účelné vynakládání prostředků z veřejných prostředků.

38. Je totiž více než sporné, zda by pořízení vozidla tzv. „po součástkách“ skutečně vedla k dodání co nejvýhodnějšího plnění za pokud možno co nejnižší cenu. Zachování soutěžního prostředí a zásady nediskriminace má tedy svůj význam zejména na relevantním trhu, tj. na trhu dodavatelů, kteří jsou schopni poskytnout plnění poptávané zadavatelem, nikoli však všech dodavatelů, kteří jsou schopni poskytnout jakoukoli dílčí komponentu, jež je součástí či příslušenstvím, které zadavatel poptává. Je nutno vycházet z toho, že zachování zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace, stejně jako judikovaná zásada zachování co nejširší soutěže, jsou prostředky směřující k dosažení účelu zákona a nikoli cíl samotný, a proto se těchto nelze dovolávat v excesivním rozsahu. Absolutní rovnosti či nediskriminace všech subjektů na trhu nelze dosáhnout, neboť i zákon sám obsahuje instituty, které tyto zásady prolamují (např. kvalifikační požadavky).
39. Lze souhlasit se zadavatelem v tom, že jeho delikt ní odpovědnost nelze spatřovat v tom, že jako předmět veřejné zakázky vymezil to, co potřebuje nakoupit a užívat. Z napadeného rozhodnutí nevyplývá, že by se zadavatel porušení zákona dopustil tím, jaký předmět veřejné zakázky hodlal v zadávacím řízení pořídit. Z napadeného rozhodnutí jednoznačně vyplývá, že zadavateli je vytýkáno, že veřejnou zakázku zadával způsobem, který je v rozporu se zásadou zákazu diskriminace a dále to, že technické podmínky na dodávky nestanovil objektivně a jednoznačným způsobem.
40. Námitka ospravedlňující postup zadavatele tím, že při jiném, než jím zvoleném postupu by došlo k zatížení lékařů a komplikacím v poskytování zdravotnických služeb, je nepodložená, neboť zadavatel netvrdí žádné relevantní skutečnosti, z nichž by bylo možno učinit závěr, že zadávání zakázky v souladu se zákonem by mohlo vést k vyššímu zatížení lékařů či ke komplikacím v poskytování zdravotnické péče. Zadavatel v rozkladu netvrdí ani to, že by v tomto případě kompletní poptávaného materiálu potřeboval a v této souvislosti požadoval. Otázku případné potřeby kompletní dodaného materiálu je nutno řešit s ohledem na konkrétní zakázku. Cena za případné kompletní však nemůže stát zcela mimo veřejnou zakázku na dodávku materiálu, ale musí být zahrnuta již v její předpokládané hodnotě, neboť s ní bezprostředně souvisí. Je tedy bezpředmětné, zda si cenu za kompletní zahrne do své nabídkové ceny uchazeč dodávající veškerý zadavatelem poptávaný materiál, nebo zda zadavatel bude službu spočívající v kompletní materiálu poptávat samostatně (v rámci zadávání části veřejné zakázky) poté, co ošetřovatelský materiál získá po částech od více dodavatelů (v důsledku zadávání veřejné zakázky na části) a bude jej mít k dispozici nezkompletní, ačkoli jeho kompletní zadavatel potřebuje.

41. Právní analýza problematiky tzv. přepjatého formalismu je bezesporu poučná, nicméně z ní nevyplývá, jakým způsobem se měl Úřad dopustit interpretace práva, která by byla v extrémním rozporu s principy spravedlnosti, resp. v čem zadavatel tento extrémní rozpor s principy spravedlnosti spatřuje. V souvislosti s touto námitkou vyjadřuje zadavatel pouze obecný nesouhlas s tím, že Úřad jeho zde popsany postup hodnotí jako odporující zákonu.
42. K výroku III. napadeného rozhodnutí, jímž byla uložena pokuta ve výši 200 000,- Kč, uvádím následující. Úřad postupoval správně, když při ukládání pokuty vycházel z toho, že cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 87 491 852,- Kč včetně DPH (tj. za 4 roky trvání smlouvy). Úřad byl tedy v rámci správního uvážení omezen horní hranicí možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky), jež po zaokrouhlení činí částku 4 374 593,- Kč. Úřad pokutu uložil v souladu se zásadou absorpce sazeb, v jejímž rámci je potřeba jednotlivé zadavatelem spáchané správní delikty posuzovat samostatně a pokutu uložit podle závažnějšího správního deliktu tedy toho, za jehož spáchání lze uložit přísnější sankci. V šetřeném případě je závažnějším správní delikt spáchaný podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, spočívající v tom, že zadavatel nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona, když po zadavatelích požadoval zajištění dodávky různých samostatných skupin výrobků, jejichž dodávku mohou zajistit různí dodavatelé, čímž diskriminoval dodavatele, kteří mohli zajistit dodávku jednotlivých skupin výrobků, avšak nikoli dodávku všech skupin výrobků požadovaných zadavatelem. Vyšší míra závažnosti uvedeného správního deliktu spočívá v tom, že tímto postupem zadavatel již na samém počátku zadávacího řízení omezil soutěžní prostředí tím, že umožnil účast pouze těm dodavatelům, kteří byli schopni nabídnout veškeré druhy zboží poptávaného zadavatelem. V důsledku druhého správního deliktu, taktéž spadajícího pod § 120 odst. 1 písm. a) zákona, zadavatel sice v průběhu zadávacího řízení deklaroval, že na základě jeho budoucího, subjektivního uvážení může být v zadávacím řízení ponechána i nabídka nesplňující zadávací podmínky, nicméně takového postupu, jež by zadávací řízení v očích potencionálních zájemců činilo netransparentním, se dopustil až v takové fázi zadávacího řízení, kdy již byl v důsledku předchozího správního deliktu založen stav, spočívající v omezení soutěžního prostředí pouze na ty dodavatele, kteří jsou schopni dodat veškerý materiál poptávaný zadavatelem.
43. Námitky rozkladu tedy s odkazem na výše uvedené shledávám nedůvodnými, se závěry Úřadu uvedenými v prvostupňovém rozhodnutí se ztotožňuji a na tyto v ostatním odkazuji.

VI. Závěr

44. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
45. 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 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Krajská zdravotní, a.s., se sídlem Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem
2. HARTMANN-RICO a. s., se sídlem Masarykovo náměstí 77, 664 71 Veverská Bítýška

Vypraveno dne:

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