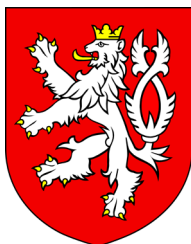




UOHSX0079HXA

PŘESEDNA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R390,393/2014/VZ-17178/2015/322/KMr

Brno 10. července 2015

V řízení o rozkladu ze dne 5. 11. 2014 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne vybraným uchazečem –

- **Fresenius Medical Care – ČR, s.r.o.**, IČO 45790884, se sídlem Evropská 423/178, 160 00 Praha 6, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 24. 5. 2006 Mgr. Pavlem Pravdou, advokátem, ev. č. 09659, bnt attorneys-at-law s.r.o., IČO 27117723, se sídlem Na příkopě 859/22, 110 00 Praha

a řízení o rozkladu ze dne 6. 11. 2014 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Moravskoslezský kraj**, IČO 70890692, se sídlem 28. října 117, 702 18 Ostrava, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 7. 4. 2014 obchodní společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S540/2014/VZ-22451/2014/523/ASo ze dne 22. 10. 2014, vydanému ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Nákup zdravotnické techniky pro projekt – Obnovení přístrojové techniky ve zdravotnických zařízeních – Hemodialyzační monitory**“, v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 27. 8. 2013 pod ev. č. 364820, ve znění oprav uveřejněných dne 28. 8. 2013, 10. 9. 2013, 11. 10. 2013, 14. 10. 2013, 21. 11. 2013 a 2. 12. 2013, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 28. 8. 2013 pod ev. č. 2013/S 166-288371, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 12. 9. 2013 pod ev. č. 2013/S 177-305035, 18. 10. 2013 pod ev. č. 2013/S 203-

350892, 23. 11. 2013 pod ev. č. 2013/S 228-396031 a 5. 12. 2013 pod ev. č. 2013/S 236-409455, a jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- **B. Braun Medical s.r.o.**, IČO 48586285, se sídlem V Parku 2335/20, 148 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 15. 3. 2014 MUDr. Martinem Kunckem, bytem Slovanské náměstí 6A, 612 00 Brno

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 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-S540/2014/VZ-22451/2014/523/ASo ze dne 22. 10. 2014

potvrzují

a rozklad vybraného uchazeče a rozklad zadavatele

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 3. 7. 2014 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹), k dohledu nad dodržováním zákona, obdržel návrh navrhovatele – B. Braun Medical s.r.o., IČO 48586285, se sídlem V Parku 2335/20, 148 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 15. 3. 2014 MUDr. Martinem Kunckem, bytem Slovanské náměstí 6A, 612 00 Brno (dále jen „**navrhovatel**“) na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů (dále jen „**návrh**“) zadavatele – Moravskoslezského kraje, IČO 70890692, se sídlem 28. října 117, 702 18 Ostrava, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 7. 4. 2014 obchodní společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Nákup zdravotnické techniky pro projekt – Obnovení přístrojové techniky ve zdravotnických zařízeních – Hemodialyzační monitory“,

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

v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 27. 8. 2013 pod ev. č. 364820, ve znění oprav uveřejněných dne 28. 8. 2013, 10. 9. 2013, 11. 10. 2013, 14. 10. 2013, 21. 11. 2013 a 2. 12. 2013, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 28. 8. 2013 pod ev. č. 2013/S 166-288371, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 12. 9. 2013 pod ev. č. 2013/S 177-305035, 18. 10. 2013 pod ev. č. 2013/S 203-350892, 23. 11. 2013 pod ev. č. 2013/S 228-396031 a 5. 12. 2013 pod ev. č. 2013/S 236-409455 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Dnem doručení návrhu Úřadu bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 113 a násl. zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“).

2. Návrhem se navrhovatel domáhal, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a vydání předběžného opatření spočívajícího v uložení zákazu uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem – **Fresenius Medical Care – ČR, s.r.o.**, IČO 45790884, se sídlem Evropská 423/178, 160 00 Praha 6, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 24. 5. 2006 Mgr. Pavlem Pravdou, advokátem, ev. č. 09659, bnt attorneys-at-law s.r.o., IČO 27117723, se sídlem Na příkopě 859/22, 110 00 Praha (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
3. Přípisem č. j. ÚOHS-S540/2014/VZ-17560/2014/523/ASo ze dne 26. 8. 2014 oznámil Úřad účastníkům řízení rozšíření správního řízení z moci úřední, neboť Úřad v průběhu správního řízení získal pochybnosti, zda zadavatel při posuzování nabídky vybraného uchazeče postupoval v souladu s § 76 odst. 1 a 3 zákona, když vybranému uchazeči umožnil doplnit nabídku o seznam subdodavatelů.
4. Rozhodnutím o předběžném opatření č. j. ÚOHS-S540/2014/VZ-18010/2014/523/ASo ze dne 26. 8. 2014 Úřad na návrh navrhovatele nařídil zadavateli předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení veřejné zakázky.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 22. 10. 2014 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S540/2014/VZ-22451/2014/523/ASo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
6. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 76 odst. 1 a 3 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když na základě žádosti hodnotící komise o vysvětlení nabídky podle § 76 odst. 3 zákona umožnil vybranému uchazeči doplnění jeho nabídky o seznam subdodavatelů a nabídku vybraného uchazeče nevyřadil, přestože tato nesplňovala požadavek zadavatele na uvedení identifikačních údajů subdodavatelů, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
7. Výrok I. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tím, že zadavatel měl prostřednictvím hodnotící komise v souladu s § 76 odst. 1 a 3 zákona nabídku vybraného uchazeče vyřadit a následně vybraného uchazeče bezodkladně vyloučit z účasti v zadávacím řízení, neboť nabídka vybraného uchazeče neobsahovala všechny náležitosti stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci. Vybraný uchazeč totiž neuvedl v nabídce žádný seznam subdodavatelů, přestože z jeho vyjádření v průběhu vysvětlování nabídky vyšlo najevo, že měl v úmyslu plnit předmět veřejné zakázky s pomocí subdodavatele.

8. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí podle § 118 odst. 1 zákona zrušil úkony zadavatele provedené v souvislosti s posouzením a hodnocením nabídky vybraného uchazeče, které byly zdokumentovány v protokole o 5. jednání hodnotící komise ze dne 14. 5. 2014, a všechny následné úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení veřejné zakázky, včetně rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 27. 5. 2014.
9. Výrok II. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tím, že jelikož zadavatel pochybil při posouzení nabídky vybraného uchazeče, zvolil Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele zrušení úkonů zadavatele vztahujících se k posouzení a hodnocení nabídky vybraného uchazeče, jakož i všech jeho následných úkonů učiněných v zadávacím řízení veřejné zakázky, včetně rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.
10. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

III. Rozklad zadavatele a vybraného uchazeče

11. Dne 5. 11. 2014 doručil vybraný uchazeč Úřadu rozklad proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo vybranému uchazeči doručeno dne 23. 10. 2014. Rozklad vybraného uchazeče byl podán v zákonné lhůtě (dále jen „**rozklad vybraného uchazeče**“).
12. Dne 6. 11. 2014 doručil zadavatel Úřadu rozklad proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 22. 10. 2014. Rozklad zadavatele byl podán v zákonné lhůtě (dále jen „**rozklad zadavatele**“).

Námítky rozkladu vybraného uchazeče

13. Vybraný uchazeč v rozkladu namítá, že měl zájem splnit veřejnou zakázku v celém jejím rozsahu svépomocí a z vlastních zdrojů, nikoliv prostřednictvím subdodavatele ve smyslu § 44 odst. 6 a § 17 písm. i) zákona. Z tohoto důvodu vybraný uchazeč ve své nabídce nespécifikoval části veřejné zakázky, které má v úmyslu zadat jednomu nebo více subdodatelům a ani neuvedl identifikační údaje případných subdodatelů. Vybraný uchazeč se domnívá, že podal řádnou a úplnou nabídku, jelikož není povinen se k otázce subdodatelství v rámci nabídky vyjadřovat.
14. Vybraný uchazeč v rozkladu namítá, že žádost hodnotící komise ze dne 18. 3. 2014 o písemné vysvětlení nabídky a o odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny nepovažoval za výzvu k doplnění nabídky o specifikaci části veřejné zakázky, kterou má vybraný uchazeč v úmyslu zadat jednomu nebo více subdodatelům, a o jejich identifikační údaje podle bodu 7.6. zadávací dokumentace a § 44 odst. 6 zákona. Vybraný uchazeč se proto vyjádřil pouze k otázce mimořádně nízké nabídkové ceny.
15. Vybraný uchazeč v rozkladu dále namítá, že mezi vybraným uchazečem a společností Fresenius Medical Care Deutschland GmbH nebyla uzavřena žádná smlouva, jejímž předmětem by byla participace této společnosti na plnění veřejné zakázky a že dodávky dialyzačních monitorů a dialyzačních křesel byly vybranému uchazeči poskytnuty v rámci obvyklé obchodní činnosti bez ohledu na veřejnou zakázku. K tomu vybraný uchazeč dále uvádí, že z pohledu obchodních vztahů je v běžném vyjadřování každý

dodavatel dodavatele označován jako subdodavatel, v zákoně však není pro takovýto extenzivní výklad pojmu subdodavatel prostor.

16. Vybraný uchazeč v rozkladu namítá, že v rámci podání vysvětlení k nabídkové ceně, označené hodnotící komisí za mimořádně nízkou, sice navrhovatel označil společnost Fresenius Medical Care Deutschland GmbH za svého subdodavatele, označení subdodavatel však bylo v této souvislosti použito jen jako popis obchodního vztahu mezi vybraným uchazečem a společností Fresenius Medical Care Deutschland GmbH, v rámci kterého vybraný uchazeč získal výhodně dodávku 25 kusů dialyzačních monitorů a dialyzačních křesel, přičemž označení subdodavatel bylo použito v rámci vysvětlení, které se týkalo pouze nabídkové ceny.
17. Vybraný uchazeč v rozkladu namítá, že se Úřad materiálně nevypořádal s otázkou subdodavatelství ve smyslu zákona a že se domnívá, že Úřad založil své rozhodnutí pouze na formálním užití slova „subdodavatel“ ze stany vybraného uchazeče. Podle vybraného uchazeče by základem řádného rozhodnutí měl být také rozbor subdodavatelství ve smyslu zákona a jeho aplikace na konkrétní případ. Na situaci, kdy společnost Fresenius Medical Care Deutschland GmbH fakticky není subdodavatelem vybraného uchazeče ve smyslu § 44 odst. 6 a § 17 písm. i) zákona podle vybraného uchazeče nic nezmění ani případná vyjádření vybraného uchazeče (viz bod 62. odůvodnění napadeného rozhodnutí) nebo absence bližšího vysvětlení ze strany zadavatele (viz bod 65. odůvodnění napadeného rozhodnutí).

Závěr rozkladu vybraného uchazeče

18. Vybraný uchazeč v rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil.

Námítky rozkladu zadavatele

19. Zadavatel v rozkladu namítá, že Úřad v napadeném rozhodnutí řádným a přezkoumatelným způsobem nevysvětlil, z jakého důvodu považuje Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA, resp. Fresenius Medical Care Deutschland GmbH za subdodavatele ve smyslu § 17 písm. i) zákona, kdy podle zadavatele Úřad v napadeném rozhodnutí zejména neuvedl, proč neakceptoval argumentaci zadavatele ani podpůrné zdůvodnění obsažené ve vyjádření vybraného uchazeče. V této souvislosti zadavatel odkazuje na svou argumentaci, týkající se výkladu definice subdodavatele v souvislosti se zněním § 17 písm. i) zákona, obsaženou ve vyjádření zadavatele ze dne 28. 8. 2014 (dále jen „**vyjádření zadavatele ze dne 28. 8. 2014**“).
20. Zadavatel je názoru, že při posouzení a hodnocení nabídek nedošlo k porušení § 76 odst. 1 a 3 zákona, resp. § 6 zákona. Toto tvrzení zadavatel opírá o následující skutečnosti: zadavatel v bodě 7.6. zadávací dokumentace stanovil, že „*v případě, že část veřejné zakázky bude plněna formou subdodávky, požaduje zadavatel v nabídce/v příloze smlouvy uvést, jaká konkrétní část plnění veřejné zakázky bude zadána třetím osobám a které osoby to budou (tj. aby uvedl identifikační údaje každého subdodavatele)*“ a v bodě 10.6. zadávací dokumentace, zadavatel uvedl, že součástí podané nabídky bude prohlášení o subdodavatelích; hodnotící komise na svém 2. jednání dne 18. 3. 2014 identifikovala v nabídce vybraného uchazeče nejasnost spočívající v nejednoznačnosti, zda vybraný uchazeč hodlá plnit část veřejné zakázky formou subdodávky a tedy nedoložil seznam

subdodavatelů, či zda hodlá celý předmět veřejné zakázky plnit sám; na 2. jednání hodnotící komise nemohlo být patrné, zda vybraný uchazeč splnil zadávací podmínky či nikoliv, jelikož zadavatel v zadávacích podmínkách výslovně nestanovil, že uchazeč musí učinit čestné prohlášení, že hodlá plnit předmět veřejné zakázky sám, či že musí doložit prázdný seznam subdodavatelů; hodnotící komise byla oprávněna vyzvat vybraného uchazeče k písemnému vysvětlení podané nabídky; hodnotící komise vyzvala vybraného uchazeče podle § 76 odst. 3 zákona k písemnému vysvětlení nabídky, přitom nehodlal-li by vybraný uchazeč plnit část veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele, nejednalo by se o doplnění či změnu nabídky, ale pouze o vysvětlení nejasnosti, k tomu Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že postup hodnotící komise byl v této fázi postupem řádným a v souladu se zákonem.

21. Zadavatel v rozkladu uvádí, že z hlediska následného výkladu týkajícího se plnění prostřednictvím subdodavatele není rozhodné, zda vybraný uchazeč získal částečný předmět plnění veřejné zakázky od dodavatele Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA či Fresenius Medical Care Deutschland GmbH a namítá, že informace o tom, ze kterého zdroje vybraný uchazeč část dodávky získal či získá, byly primárně důležité pro posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny a nikoliv z hlediska, zda se jedná či nejedná o subdodavatele.
22. Zadavatel v rozkladu namítá, že na základě výše uvedeného lze přisvědčit závěrům hodnotící komise, které nebyly explicitně uvedeny v protokolech z jednání hodnotící komise, že vybraný uchazeč nebude plnit část zakázky subdodavatelem a nemusel tedy doložit seznam subdodavatelů.
23. Zadavatel v rozkladu namítá, že ani v případě dodavatele Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA ani v případě dodavatele Fresenius Medical Care Deutschland GmbH se nejedná o subdodavatele ve smyslu § 44 odst. 6 zákona. Podle zadavatele prosté poskytnutí zdravotnických prostředků od dodavatele, které uchazeč následně sám dodá zadavateli, nelze považovat za subdodávky ve smyslu § 44 odst. 6 zákona, protože zde chybí aktivní účast dodavatele na poskytnutém plnění. Zadavatel uvádí, že dodavatel neměl poskytovat dodávky uchazeči přímo v souvislosti s danou veřejnou zakázkou a že dodavatel poskytl vybranému uchazeči jiné množství přístrojů, aby s nimi podle jeho vůle nakládal a zajistil jejich uplatnění na českém trhu, nikoliv ve vztahu k zadávacímu řízení veřejné zakázky.
24. Zadavatel v rozkladu namítá, že nesouhlasí s formulací Úřadu uvedenou v bodě 62. odůvodnění napadeného rozhodnutí, protože ani z protokolů z jednání hodnotící komise, ani ze zaslaných stanovisek zadavatele nevyplývá, že by hodnotící komise přijala doplnění podané nabídky. V zaslaném vysvětlení, které hodnotící komise obdržela od vybraného uchazeče, nebyl uveden „doplněný seznam subdodavatelů“, ale pouze informace vybraného uchazeče o tom, jakým způsobem, získá část předmětu plnění veřejné zakázky. Podle zadavatele nedoložení seznamu subdodavatelů svědčí o tom, že se nejednalo o nepřípustnou změnu či doplnění podané nabídky.
25. Zadavatel v rozkladu namítá, že pokud by byl přijat závěr, že se jednalo o subdodavatele, musel by být za subdodavatele, dovedeno ad absurdum, počítán u veřejných zakázek na stavební práce každý dodavatel, u kterého uchazeč nakoupí jakékoliv zboží, které následně zapracuje do stavby, což je v rozporu s účelem § 44 odst. 6 zákona, ale i s ustálenou rozhodovací praxí Úřadu. Zadavatel rovněž podpůrně odkazuje na judikaturu Soudního dvora EU, z níž Úřad v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S185/2012/VZ-

11529/2012/550/MLa ze dne 3. 9. 2012 dovedil, že při prokazování kvalifikace je uchazeč oprávněn využít i referenčních zakázek společností, které s ním tvoří stejný koncern, pokud prokáže, že při plnění zakázky bude disponovat zdroji ostatních členů koncernu, a to v rozsahu nezbytném pro zhotovení zakázky. Z toho zadavatel dovozuje, že členové stejného koncernu nejsou a priori považováni za subdodavatele podle § 17 písm. i) zákona.

Závěr rozkladu zadavatele

26. Zadavatel v rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

27. Úřad po doručení rozkladu vybraného uchazeče a rozkladu zadavatele neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

28. 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 a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladech, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
29. V rámci přezkumu zákonnosti podle § 89 odst. 2 správního řádu jsem neshledal rozpor napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy.
30. Úřad postupoval správně a v souladu s právními předpisy, když výrokem I. napadeného rozhodnutí rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 76 odst. 1 a 3 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když na základě žádosti hodnotící komise o vysvětlení nabídky podle § 76 odst. 3 zákona umožnil vybranému uchazeči doplnění jeho nabídky o seznam subdodavatelů a nabídku vybraného uchazeče nevyřadil, přestože tato nesplňovala požadavek zadavatele na uvedení identifikačních údajů subdodavatelů, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
31. Úřad postupoval správně a v souladu s právními předpisy, když výrokem II. napadeného rozhodnutí jako opatřením k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí podle § 118 odst. 1 zákona zrušil úkony zadavatele provedené v souvislosti s posouzením a hodnocením nabídky vybraného uchazeče, které byly zdokumentovány v protokole o 5. jednání hodnotící komise ze dne 14. 5. 2014, a všechny následné úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení veřejné zakázky, včetně rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 27. 5. 2014.
32. Úřad postupoval správně a v souladu s právními předpisy, když výrokem III. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

33. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou podrobně rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu vybraného uchazeče a rozkladu zadavatele a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu vybraného uchazeče a rozkladu zadavatele

K posouzení subdodavatelství Úřadem

34. Vybraný uchazeč i zadavatel v rozkladech namítají, že vybraný uchazeč chtěl plnit předmět veřejné zakázky sám, bez pomoci subdodavatelů a že napadené rozhodnutí vychází z chybné premisy, že vybraný uchazeč chce předmět veřejné zakázky plnit za pomoci subdodavatelů. K tomu uvádí následující.
35. Podle § 17 písm. i) zákona se pro účely zákona subdodavatelem rozumí osoba, pomocí které má dodavatel plnit určitou část veřejné zakázky nebo která má poskytnout dodavateli k plnění veřejné zakázky určité věci či práva.
36. Podle § 44 odst. 6 věty první zákona může zadavatel v zadávací dokumentaci požadovat, aby uchazeč ve své nabídce specifikoval části veřejné zakázky, které má v úmyslu zadat jednomu či více subdodavatelům, a aby uvedl identifikační údaje každého subdodavatele.
37. Podle § 76 odst. 3 zákona hodnotící komise může v případě nejasností požádat uchazeče o písemné vysvětlení nabídky. Hodnotící komise může rovněž požádat o doplnění dokladů podle § 68 odst. 3 zákona. V žádosti hodnotící komise uvede, v čem spatřuje nejasnosti nabídky, které má uchazeč vysvětlit, nebo které doklady má uchazeč doplnit. Hodnotící komise nabídku vyřadí, pokud uchazeč nedoručí vysvětlení či doklady ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti, nestanoví-li hodnotící komise lhůtu delší. Hodnotící komise může na žádost uchazeče tuto lhůtu prodloužit nebo může zmeškání lhůty prominout.
38. Subdodavatelem ve smyslu § 17 písm. i) zákona je osoba, pomocí které má dodavatel plnit určitou část veřejné zakázky nebo která má poskytnout dodavateli k plnění veřejné zakázky určité věci či práva. Subdodavatelem je osoba, se kterou má dodavatel uzavřenu smlouvu ve vztahu ke konkrétně realizované veřejné zakázce. Tato osoba má pomoci dodavateli s plněním veřejné zakázky, ať již ve formě provádění a realizace části veřejné zakázky (sám za dodavatele plní část veřejné zakázky), anebo poskytuje dodavateli pro splnění veřejné zakázky určité věci či práva (Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, 850 s.).
39. V bodě 7.6. zadávací dokumentace zadavatel uvedl: „*V případě, že část veřejné zakázky bude plněna formou subdodávky, požaduje zadavatel v nabídce/v příloze smlouvy uvést, jaká konkrétní část plnění veřejné zakázky bude zadána třetím osobám a které osoby to budou (tj. aby uvedl identifikační údaje každého subdodavatele)...*“.
40. V bodě II.2 protokolu z 2. jednání hodnotící komise ze dne 18. 3. 2014 je uvedeno, že vybraný uchazeč ve své nabídce nedoložil seznam subdodavatelů a zároveň ani neuvedl, zda hodlá celý předmět veřejné zakázky plnit sám a že bude vybraný uchazeč vyzván, aby upřesnil tuto nejasnost a uvedl, zda hodlá plnit celý předmět veřejné zakázky sám, případně aby identifikoval subdodavatele.
41. Dne 18. 3. 2014 zadavatel prostřednictvím žádosti hodnotící komise o písemné vysvětlení nabídky a o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny požádal podle § 76 odst. 3 zákona

vybraného uchazeče o zdůvodnění nejasností nabídky, spočívající v nedoložení seznamu subdodavatelů a zároveň neuvedení, zda hodlá vybraný uchazeč plnit celý předmět veřejné zakázky sám, když uvedl: „*Hodnotící komise žádá uchazeče, aby upřesnil výše uvedenou nejasnost a uvedl, zda hodlá plnit celý předmět veřejné zakázky plnit sám, bez pomoci subdodavatelů, případně aby tyto subdodavatele, v souladu s požadavkem zadavatele uvedeným v zadávacích podmínkách, identifikoval.*“ a o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny (dále jen „**žádost hodnotící komise ze dne 18. 3. 2014**“).

42. Dne 18. 3. 2014 vybraný uchazeč k žádosti hodnotící komise ze 18. 3. 2014 sdělil: „*Uchazeč [vybraný uchazeč; pozn. předsedy Úřadu] hodlá plnit předmět veřejné zakázky s pomocí subdodavatele, společnosti Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA, se sídlem Else-Kröner-Str. 1, 61352 Bad Homburg, Německo (...) Subdodavatel poskytne uchazeči následující dodávky, které budou následně tvořit nedílnou součást plnění předmětu veřejné zakázky nabízeného uchazečem – Monitor 5008S CorDiax (HD i HDF) 13 kusů (...), Dialyzační křeslo 5 kusů (...) Pro vyloučení případných pochybností uchazeč uvádí, že v rámci veřejné zakázky neprokazoval prostřednictvím subdodavatele profesní ani technické kvalifikační předpoklady.*“ (dále jen „**vyjádření vybraného uchazeče ze dne 18. 3. 2014**“).
43. Aplikujeme-li obecně uznávanou právní zásadu *Vigilantibus iura scripta sunt, Právo přeje bdělým, nechť každý si střeží svá práva* spolu se zásadou *Ignorantia legis non excusat, Neznalost zákona neomlouvá*, zakotvující presumpci znalosti zákona jako důležitou okolnost pro stanovení právní odpovědnosti za protiprávní jednání, na jednání vybraného uchazeče, spočívající v tvrzení, že pojem subdodavatel používal ve smyslu, který tento pojem má v běžném vyjadřování, byť vybraný uchazeč činil úkony v režimu zákona, nezbývá než konstatovat, že vybraný uchazeč si měl být vědom významu pojmu subdodavatel podle § 17 písm. i) zákona, tj. ve smyslu zásady *Ignorantia legis non excusat* měl znát zákon, a rovněž si měl být vědom, že činí úkony v režimu zákona, nikoliv v běžném obchodním styku. Vybraný uchazeč tak měl ve svém zájmu používat pojmu subdodavatel jen a pouze pro označení osoby, jejíž definici obsahuje § 17 písm. i) zákona.

K námitkám rozkladu vybraného uchazeče

44. K námitce vybraného uchazeče, že měl zájem splnit veřejnou zakázku v celém jejím rozsahu svépomocí a z vlastních zdrojů, nikoliv prostřednictvím subdodavatele ve smyslu § 44 odst. 6 a § 17 písm. i) zákona, pročež ve své nabídce nespécifikoval části veřejné zakázky, které má v úmyslu zadat jednomu nebo více subdodavatelům a ani neuvedl identifikační údaje případných subdodavatelů a kdy se vybraný uchazeč domnívá, že podal řádnou a úplnou nabídku, jelikož není povinen se k otázce subdodavatelství v rámci nabídky vyjadřovat, uvádím následující.
45. Vybraný uchazeč tuto námitku vznesl již ve svém vyjádření ze dne 1. 9. 2014 (dále jen „**vyjádření vybraného uchazeče ze dne 1. 9. 2014**“) a Úřad se s ní v napadeném rozhodnutí vypořádal, když v bodě 69. napadeného rozhodnutí uvedl, že společnost Fresenius Medical Care Deutschland GmbH je nutné *stricto sensu* považovat za subdodavatele vybraného uchazeče. Zároveň při posouzení otázky subdodavatelství odkazují na část „*K posouzení subdodavatelství Úřadem*“ tohoto rozhodnutí.
46. S ohledem na skutečnost, že totožná námitka, byla vybraným uchazečem vznesena již ve vyjádření vybraného uchazeče ze dne 1. 9. 2014 a v rozkladu byla pouze zopakována,

příčemž v napadeném rozhodnutí se Úřad k vybraným uchazečem namítaným skutečností vyjádřil, ztotožňují se závěrem Úřadu, že společnost Fresenius Medical Care Deutschland GmbH je nutné stricto sensu považovat za subdodavatele vybraného uchazeče a námitku vybraného uchazeče považují za nedůvodnou.

47. K námitce vybraného uchazeče, že žádost hodnotící komise ze dne 18. 3. 2014 o písemné vysvětlení nabídky a o odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny nepovažoval za výzvu k doplnění nabídky o specifikaci části veřejné zakázky, kterou má vybraný uchazeč v úmyslu zadat jednomu nebo více subdodavatelům, a o jejich identifikační údaje podle bodu 7.6. zadávací dokumentace a § 44 odst. 6 zákona, kdy se vybraný uchazeč proto vyjádřil pouze k otázce mimořádně nízké nabídkové ceny, uvádím následující.
48. Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 18. 3. 2014 vybraný uchazeč rozčlenil na dvě části, a to na část „Plnění předmětu veřejné zakázky“ v níž mimo jiné uvedl, že „Uchazeč [vybraný uchazeč; pozn. předsedy Úřadu] *hodlá plnit předmět veřejné zakázky s pomocí subdodavatele, společnosti Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA...*“ a na část „Zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny“. V záhlaví vyjádření vybraného uchazeče ze dne 18. 3. 2014 vybraný uchazeč uvedl, že toto vyjádření podává v návaznosti na žádost hodnotící komise ze dne 18. 3. 2014 o písemné vysvětlení nabídky a o odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, přičemž v záhlaví této žádosti bylo uvedeno, že se jedná o žádost hodnotící komise podle § 76 odst. 3 a podle § 77 odst. 1 zákona. Vybranému uchazeči tak muselo být zřejmé, že se jedná o výzvu k písemnému vysvětlení nabídky o specifikaci části veřejné zakázky, kterou má vybraný uchazeč v úmyslu zadat jednomu nebo více subdodavatelům podle § 76 odst. 3 zákona.
49. Je nepochybné, že se vybraný uchazeč ve druhé části vyjádření vybraného uchazeče ze dne 18. 3. 2014 vyjádřil k otázce mimořádně nízké nabídkové ceny, stejně tak je ovšem nepochybné, že se vybraný uchazeč v první části vyjádření vybraného uchazeče ze dne 18. 3. 2014 vyjadřoval k otázce subdodavatelství.
50. S ohledem na skutečnost, že se vybraný uchazeč ve vyjádření vybraného uchazeče ze dne 18. 3. 2014 vyjádřil jak k otázce mimořádně nízké nabídkové ceny, tak k otázce subdodavatelství, považují námitku vybraného uchazeče, že žádost hodnotící komise ze dne 18. 3. 2014 o písemné vysvětlení nabídky a o odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny nepovažoval za výzvu k písemnému vysvětlení nabídky o specifikaci části veřejné zakázky, kterou má vybraný uchazeč v úmyslu zadat jednomu nebo více subdodavatelům, a o jejich identifikační údaje podle bodu 7.6 zadávací dokumentace a § 44 odst. 6 zákona, za nedůvodnou.
51. K námitce vybraného uchazeče, že mezi vybraným uchazečem a společností Fresenius Medical Care Deutschland GmbH nebyla uzavřena žádná smlouva, jejímž předmětem by byla participace této společnosti na plnění veřejné zakázky a že dodávky dialyzačních monitorů a dialyzačních křesel byly vybranému uchazeči poskytnuty v rámci obvyklé obchodní činnosti bez ohledu na veřejnou zakázku, k čemuž vybraný uchazeč uvádí, že z pohledu obchodních vztahů je v běžném vyjadřování každý dodavatel dodavatele označován jako subdodavatel, v zákoně však není pro takovýto extenzivní výklad pojmu subdodavatel prostor a k námitce vybraného uchazeče, že v rámci podání vysvětlení k nabídkové ceně, označené hodnotící komisí za mimořádně nízkou, sice vybraný uchazeč označil společnost Fresenius Medical

Care Deutchland GmbH za svého subdodavatele, označení subdodavatele však bylo v této souvislosti použito a jen jako popis obchodního vztahu mezi vybraným uchazečem a společností Fresenius Medical Care Deutchland GmbH, v rámci kterého získal vybraný uchazeč výhodně dodávku 25 kusů dialyzačních monitorů a dialyzačních křesel, přičemž označení subdodavatel bylo použito v rámci vysvětlení, které se týkalo pouze nabídkové ceny, uvádím následující.

52. Námitku, že mezi vybraným uchazečem a společností Fresenius Medical Care Deutchland GmbH nebyla uzavřena žádná smlouva, jejímž předmětem by byla participace této společnosti na plnění veřejné zakázky, vnesl vybraný uchazeč již ve vyjádření vybraného uchazeče ze dne 1. 9. 2014 a Úřad se s touto námitkou vybraného uchazeče vypořádal v bodě 67. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde mimo jiné uvedl, že zákon subdodavatelskou smlouvu nijak neupravuje, proto o ní lze hovořit jako o smlouvě inominátní, nicméně s ohledem na skutečnost, že vybraný uchazeč obdrží předmět plnění veřejné zakázky od společnosti Fresenius Medical Care Deutchland GmbH za velmi specifických podmínek, je dohoda mezi vybraným uchazečem a společností Fresenius Medical Care Deutchland GmbH zcela zásadní a stojí na ní schopnost vybraného uchazeče realizovat předmět veřejné zakázky za nabídkovou cenu.
53. S tvrzením vybraného uchazeče, že z pohledu obchodních vztahů je v běžném vyjadřování každý dodavatel dodavatele označován jako subdodavatel, v zákoně však není pro takovýto extenzivní výklad pojmu subdodavatel prostor, se ztotožňuji. Co se týče výkladu pojmu subdodavatel ve smyslu § 17 písm. i) zákona odkazují na část „K posouzení subdodavatelství Úřadem“ tohoto rozhodnutí, v níž jsem dospěl k závěru, že vybraný uchazeč měl při činění úkonů podle zákona používat pojmu subdodavatel jen a pouze pro označení osoby, jejíž definici obsahuje § 17 písm. i) zákona. Nehledě k tomu, při vypořádání předchozí námitky vybraného uchazeče, jsem dospěl k závěru, že vybranému uchazeči muselo být zřejmé, že se v případě žádosti hodnotící komise ze dne 18. 3. 2014 jedná o výzvu k písemnému vysvětlení nabídky o specifikaci části veřejné zakázky, kterou má vybraný uchazeč v úmyslu zadat jednomu nebo více subdodavatelům podle § 76 odst. 3 zákona. Zadavatel si tak měl být vědom skutečnosti, že nejedná s vybraným uchazečem v rámci běžných obchodních vztahů, ale že činí úkony v režimu zákona a měl proto dbát terminologie zákona a pojem subdodavatel používat ve smyslu § 17 písm. i) zákona.
54. Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 18. 3. 2014 bylo rozděleno na část „Plnění předmětu veřejné zakázky“ a na část „Zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny“. Vybraný uchazeč pojmu subdodavatel, použil v obou částech vyjádření vybraného uchazeče ze dne 18. 3. 2014, např. v části „Plnění předmětu veřejné zakázky“ uvedl, že *„Subdodavatel poskytne uchazeči [vybranému uchazeči; pozn. předsedy Úřadu] následující dodávky, které budou následně tvořit nedílnou součást plnění předmětu veřejné zakázky nabízeného uchazečem...“*
55. S ohledem na skutečnost, že námitka, že mezi vybraným uchazečem a společností Fresenius Medical Care Deutchland GmbH nebyla uzavřena žádná smlouva, byla vybraným uchazečem vnesena již ve vyjádření vybraného uchazeče ze dne 1. 9. 2014 a v rozkladu byla pouze zopakována, přičemž v napadeném rozhodnutí se Úřad k tomuto vyjádřil, ztotožňuji se závěrem Úřadu, uvedeným v bodě 67. odůvodnění napadeného rozhodnutí a námitku vybraného uchazeče považuji za nedůvodnou.

56. Vzhledem k tomu, že vybraný uchazeč nedbal skutečnosti, že, jak uvedl v rozkladu vybraného uchazeče, pojem subdodavatel používá ve smyslu, v němž je užíván v běžném obchodním styku, ač činil úkony v režimu zákona, kde je pojem subdodavatel jasně definován § 17 písm. i) zákona, považují námitku vybraného uchazeče, že označení subdodavatel bylo ve vyjádření vybraného uchazeče ze dne 18. 3. 2014 použito a jen jako popis obchodního vztahu mezi vybraným uchazečem a společností Fresenius Medical Care Deutschland GmbH za nedůvodnou. S tvrzením vybraného uchazeče, že označení subdodavatel bylo použito v rámci vysvětlení, které se týkalo pouze nabídkové ceny, se z důvodu požití tohoto pojmu i v části „Plnění předmětu veřejné zakázky“ vyjádření vybraného uchazeče ze dne 18. 3. 2014 neztotožňují.
57. K námitce vybraného uchazeče, že se Úřad materiálně nevypořádal s otázkou subdodavatelství ve smyslu zákona a že se domnívá, že Úřad založil své rozhodnutí pouze na formálním užití slova „subdodavatel“ ze stany vybraného uchazeče, kdy podle vybraného uchazeče by základem řádného rozhodnutí měl být také rozbor subdodavatelství ve smyslu zákona a jeho aplikace na konkrétní případ, a na situaci, kdy společnost Fresenius Medical Care Deutschland GmbH fakticky není subdodavatelem vybraného uchazeče ve smyslu § 44 odst. 6 a § 17 písm. i) zákona podle vybraného uchazeče nic nezmění ani případná vyjádření vybraného uchazeče (viz bod 62. odůvodnění napadeného rozhodnutí) nebo absence bližšího vysvětlení ze strany zadavatele (viz bod 65. odůvodnění napadeného rozhodnutí), uvádím následující.
58. Úřad v bodě 69. odůvodnění napadeného rozhodnutí dospěl k závěru, že společnost Fresenius Medical Care Deutschland GmbH je subdodavatelem vybraného uchazeče. Tomuto závěru předcházelo posouzení vyjádření vybraného uchazeče, který ve vyjádření vybraného uchazeče ze dne 18. 3. 2014 uvedl, že hodlá plnit předmět veřejné zakázky s pomocí subdodavatelů a následně tvrdil opak, a to např. ve vyjádření vybraného uchazeče ze dne 1. 9. 2014. Z napadeného rozhodnutí je patné, když Úřad výslovně uvádí, že posuzoval protikladná vyjádření vybraného uchazeče ve vztahu k subdodavatelství, že k výkladu pojmu subdodavatel nepřistupoval formalisticky, ale k závěru o tom, že společnost Fresenius Medical Care Deutschland GmbH je subdodavatelem vybraného uchazeče dospěl na základě posouzení skutečného vztahu mezi společností Fresenius Medical Care Deutschland GmbH a vybraným uchazečem, k němuž v bodě 67. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že ač mezi společností Fresenius Medical Care Deutschland GmbH a vybraným uchazečem neexistuje žádná smlouva, je dohoda mezi těmito subjekty zcela zásadní a stojí za ní schopnost vybraného uchazeče realizovat předmět veřejné zakázky za nabídkovou cenu.
59. Úřad má za prokázané, že vybraný uchazeč měl v úmyslu předmět veřejné zakázky plnit za pomoci subdodavatele. S tímto závěrem Úřadu se s ohledem na obsah vyjádření vybraného uchazeče ze dne 18. 3. 2014 ztotožňují a opětovně uvádím, že vybraný uchazeč měl mít na zřeteli, že činí úkony v režimu zákona a že má tudíž používat pojmy ve smyslu, jimž jim určuje zákon. Námitku vybraného uchazeče, že se Úřad materiálně nevypořádal s otázkou subdodavatelství ve smyslu zákona, proto s ohledem na výše uvedené považují za nedůvodnou.
60. K tvrzením vybraného uchazeče, že na situaci, kdy společnost Fresenius Medical Care Deutschland GmbH fakticky není subdodavatelem vybraného uchazeče ve smyslu § 44 odst. 6

a § 17 písm. i) zákona nic nezmění ani případná vyjádření vybraného uchazeče nebo absence bližšího vysvětlení ze strany zadavatele, uvádím, že jsem se ztotožnil se závěrem Úřadu uvedeným v bodě 69. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že společnost Fresenius Medical Care Deutchland GmbH je subdodavatelem vybraného uchazeče, v důsledku čehož jsem dospěl k závěru, že nemá smysl přezkoumávat vliv vyjádření vybraného uchazeče a absence bližšího vysvětlení ze strany zadavatele na tuto již Úřadem prokázanou okolnost.

K námitkám rozkladu zadavatele

61. K námitce zadavatele, že Úřad v napadeném rozhodnutí řádným a přezkoumatelným způsobem nevysvětlil, z jakého důvodu považuje Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA, resp. Fresenius Medical Care Deutchland GmbH za subdodavatele ve smyslu § 17 písm. i) zákona, kdy podle zadavatele Úřad v napadeném rozhodnutí zejména neuvedl, proč neakceptoval argumentaci zadavatele ani podpůrné zdůvodnění obsažené ve vyjádření vybraného uchazeče a v této souvislosti zadavatel odkazuje na svou argumentaci, týkající se výkladu definice subdodavatele v souvislosti se zněním § 17 písm. i) zákona, obsaženou ve vyjádření zadavatele ze dne 28. 8. 2014, uvádím následující.
62. Úřad při vydávání napadeného rozhodnutí měl na zřeteli vyjádření zadavatele ze dne 28. 8. 2014 i vyjádření vybraného uchazeče ze dne 1. 9. 2014, jejichž obsahem bylo shodné tvrzení zadavatele a vybraného uchazeče, že vybraný uchazeč nebude plnit předmět veřejné zakázky s pomocí subdodavatelů. Úřad v bodě 68. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že „*Vybraný uchazeč se rovněž vyjádřil v tom smyslu, že společnost Fresenius Medical Care Deutchland GmbH nebude fakticky participovat na plnění veřejné zakázky...*“ a v bodě 69. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že vybraný uchazeč, ačkoli posléze tvrdil opak, ve svém vyjádření ze dne 18. 3. 2014 zadavateli sdělil, že hodlá plnit předmět veřejné zakázky s pomocí subdodavatele.
63. Právě posouzení otázky subdodavatelství bylo klíčovým pro následující závěry Úřadu o nedodržení postupu podle § 76 odst. 1 a 3 a § 6 zákona zadavatelem. Úřad přitom v napadeném rozhodnutí řádným a přezkoumatelným způsobem uvedl, na základě jakých důvodů dospěl k závěru, že vybraný uchazeč hodlá plnit předmět veřejné zakázky s pomocí subdodavatelů, přičemž je nepochybné, že bral v potaz i argumenty pro závěr opačný, obsažené ve vyjádření zadavatele ze dne 28. 8. 2014 a ve vyjádření vybraného uchazeče ze dne 1. 9. 2014. Námitku zadavatele, že Úřad v napadeném rozhodnutí neuvedl, proč neakceptoval argumentaci zadavatele ani podpůrné zdůvodnění obsažené ve vyjádření vybraného uchazeče, proto považuji za nedůvodnou.
64. S tvrzením zadavatele, že při posouzení a hodnocení nabídek nedošlo k porušení § 76 odst. 1 a 3 zákona, resp. § 6 zákona, kdy toto tvrzení zadavatel opírá o skutečnosti vymezené již ve vyjádření zadavatele ze dne 28. 8. 2014, se s ohledem na závěr Úřadu, že vybraný uchazeč hodlal plnit předmět veřejné zakázky s pomocí subdodavatele, který, jak plyne z vypořádání předchozích námitek vybraného uchazeče, považuji za správný, nemohu ztotožnit a v podrobnostech odkazuji na bod 70. odůvodnění napadeného rozhodnutí.
65. K tvrzení zadavatele, že Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že postup hodnotící komise byl postupem řádným a v souladu se zákonem uvádím, že Úřad v bodě 64. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že „*postup hodnotící komise byl potud zcela oprávněný*“. Úřad přitom označením „*potud*“ měl na mysli postup hodnotící komise do doby posouzení

nabídky vybraného uchazeče na 2. jednání hodnotící komise. Úřadem tvrzená správnost postupu hodnotící komise se tak nevztahuje na její další úkony.

66. K tvrzení zadavatele, že z hlediska následného výkladu týkajícího se plnění prostřednictvím subdodavatele není rozhodné, zda vybraný uchazeč získal částečný předmět plnění od dodavatele Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA či Fresenius Medical Care Deutschland GmbH a k námitce zadavatele, že informace o tom, ze kterého zdroje vybraný uchazeč část dodávky získal či získá, byly primárně důležité pro posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny a nikoliv z hlediska, zda se jedná či nejedná o subdodavatele, uvádím následující.
67. Úřad v bodě 63. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v němž se zabýval identifikací skutečného subdodavatele, uvedl: „*V šetřeném případě je lhostejné, který konkrétní subjekt je subdodavatel vybraného uchazeče, neboť k posouzení věci z hlediska porušení zákona zadavatelem postačí, že z výše uvedených skutečností vyplývá, že vybraný uchazeč opravdu plnit předmět veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele.*“
68. S tvrzením zadavatele, že pro posouzení věci z hlediska porušení zákona zadavatelem není rozhodné, od jakého konkrétního subdodavatele získal vybraný uchazeč částečný předmět plnění, se proto ztotožňuji. Rovněž s námitkou zadavatele, že pro posouzení, zda se jedná či nejedná o subdodavatele, nebyla identifikace konkrétního subdodavatele důležitá, se ztotožňuji.
69. K námitce zadavatele, že lze přisvědčit závěrům hodnotící komise, které nebyly explicitně uvedeny v protokolech z jednání hodnotící komise, že vybraný uchazeč nebude plnit část zakázky subdodavatelem a nemusel tedy doložit seznam subdodavatelů, uvádím následující.
70. Úřad shledal, že ze skutkových okolností přezkoumávaného výběrového řízení vyplývá, že vybraný uchazeč hodlá plnit předmět veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele a že společnost Fresenius Medical Care Deutschland GmbH je nutné považovat za subdodavatele vybraného uchazeče. Závěry hodnotící komise včetně těch, jež nebyly explicitně uvedeny v protokolech z jednání hodnotící komise, byly ovšem obsaženy např. ve vyjádření zadavatele ze dne 28. 8. 2014, měl Úřad při vydávání napadeného rozhodnutí na zřeteli, jelikož spadaly pod skutkové okolnosti, na základě kterých Úřad vydal napadené rozhodnutí.
71. Zadavatelem namítaná skutečnost, že lze přisvědčit závěrům hodnotící komise, byť explicitně neuvedeným v protokolech z jednání hodnotící komise, že vybraný uchazeč nebude plnit část zakázky subdodavatelem a nemusel tedy doložit seznam subdodavatelů, tak byla Úřadem v napadeném rozhodnutí vyvrácena. Námitku zadavatele argumentující již v napadeném rozhodnutí přezkoumanými závěry hodnotící komise proto považuji za nedůvodnou.
72. K námitce zadavatele, že ani v případě dodavatele Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA ani v případě dodavatele Fresenius Medical Care Deutschland GmbH se nejedná o subdodavatele ve smyslu § 44 odst. 6 zákona, kdy podle zadavatele prosté poskytnutí zdravotnických prostředků od dodavatele, které uchazeč následně sám dodá zadavateli, nelze považovat za subdodávky ve smyslu § 44 odst. 6 zákona, protože zde chybí aktivní účast dodavatele na poskytnutém plnění a kdy zadavatel uvádí, že dodavatel nebude poskytovat dodávky uchazeči přímo v souvislosti s danou veřejnou zakázkou a dodavatel poskytl vybranému uchazeči jiné množství přístrojů, aby s nimi podle jeho vůle nakládal

a zajistil jejich uplatnění na českém trhu, nikoliv ve vztahu k zadávacímu řízení veřejné zakázky, uvádím následující.

73. Zadavatel tuto námitku vznesl již ve vyjádření zadavatele ze dne 28. 8. 2014 a Úřad se s ní v napadeném rozhodnutí vypořádal, když v bodě 68. napadeného rozhodnutí uvedl, že z vyjadřování vybraného uchazeče v průběhu objasňování nabídky vyplynulo, že v okamžiku posuzování nabídky hodnotící komisí, nebyl vybraný uchazeč vlastníkem přístrojů, jež tvoří předmět veřejné zakázky a byl zcela odkázán na dodržení podmínek ze strany Fresenius Medical Care Deutschland GmbH. Úřad proto dospěl k závěru, že *„Zadavatel tedy v rozhodné době musel spoléhat na dohodu mezi vybraným uchazečem a společností Fresenius Medical Care Deutschland GmbH, kterou lze ve světle výše uvedeného pokládat za formu subdodavatelství.“* Zároveň při posouzení subdodavatelství odkazují na část *„K posouzení subdodavatelství Úřadem“* tohoto rozhodnutí.
74. S ohledem na skutečnost, že námitka, že se v případě dodavatele Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA ani v případě dodavatele Fresenius Medical Care Deutschland GmbH nejedná o subdodavatele ve smyslu § 44 odst. 6 zákona, byla zadavatelem vznesena již ve vyjádření zadavatele ze dne 28. 8. 2014 a v rozkladu byla pouze zopakována, přičemž v napadeném rozhodnutí se Úřad k zadavatelem namítaným skutečnostem vyjádřil, ztotožňují se závěrem Úřadu, a námitku zadavatele považují za nedůvodnou.
75. K námitce zadavatele, že nesouhlasí s formulací Úřadu uvedenou v bodě 62. odůvodnění napadeného rozhodnutí, protože ani z protokolů z jednání hodnotící komise, ani ze zaslaných stanovisek zadavatele nevyplývá, že by hodnotící komise přijala doplnění podané nabídky, kdy v zaslaném vysvětlení, které hodnotící komise obdržela od vybraného uchazeče, nebyl uveden *„doplněný seznam subdodavatelů“*, ale pouze informace vybraného uchazeče o tom, jakým způsobem, získá část předmětu plnění a podle zadavatele nedoložení seznamu subdodavatelů svědčí o tom, že se nejednalo o nepřípustnou změnu či doplnění podané nabídky, uvádím následující.
76. Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 18. 3. 2014 bylo rozděleno na část *„Plnění předmětu veřejné zakázky“* a na část *„Zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny“*. V části *„Plnění předmětu veřejné zakázky“* vybraný uchazeč mimo jiné uvedl, že *„Uchazeč [vybraný uchazeč; pozn. předsedy Úřadu] hodlá plnit předmět veřejné zakázky s pomocí subdodavatele, společnosti Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA, se sídlem Else-Kröner-Str. 1, 61352 Bad Homburg, Německo (...).“* Z této formulace beze sporu vyplývá, že vybraný uchazeč označil společnost Fresenius Medical Care Deutschland GmbH za svého subdodavatele, čímž zadavateli předložil seznam subdodavatelů, byť o jednom členovi. Rovněž Úřad v bodě 69. odůvodnění napadeného rozhodnutí citoval bezprostředně citovanou část vyjádření vybraného uchazeče ze dne 18. 3. 2014 a následně uvedl, že společnost Fresenius Medical Care Deutschland GmbH je nutné považovat za subdodavatele vybraného uchazeče.
77. S ohledem na výše uvedené je nepochybné, že k doložení seznamu subdodavatelů ze strany vybraného uchazeče zadavateli došlo, čímž byla nabídka vybraného uchazeče doplněna v rozporu s postupem podle § 76 odst. 1 a 3 zákona. K tomuto závěru správně dospěl již Úřad v bodě 62. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Námitku zadavatele proti těmto závěrům brojící, proto považují za nedůvodnou.

78. K námitce zadavatele, že pokud by byl přijat závěr, že se v případě společnosti Fresenius Medical Care Deutschland GmbH jednalo u subdodavatele, musel by být za subdodavatele, dovedeno ad absurdum, počítán u veřejných zakázek na stavební práce každý dodavatel, u kterého uchazeč nakoupí jakékoliv zboží, které následně zapracuje do stavby, což je v rozporu s účelem § 44 odst. 6 zákona, ale i s ustálenou rozhodovací praxí Úřadu, uvádím následující.
79. Zadavatel tuto námitku vznesl již ve vyjádření zadavatele ze dne 28. 8. 2014. Úřad se s otázkou subdodavatelství pro vybraného uchazeče v napadeném rozhodnutí vypořádal. Rovněž v části „K posouzení subdodavatelství Úřadem“ tohoto rozhodnutí, je tato otázka řešena.
80. Dále k tomu odkazují na odbornou literaturu Šebesta, Podešva, Olík, Machurek: Zákon o veřejných zakázkách s komentářem, Praha: ASPI, 2006, str. 327 a Jurčík: Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a EU, 1. vydání, Praha C. H. Beck, 2007, která uvádí, že s ohledem na relativně široký rozsah pojmu subdodavatele je zřejmé, že dodavatelé by měli na základě požadavku zadavatele uvádět ty subdodavatele, kteří jsou pro plnění veřejné zakázky významnější (zřejmě nelze po dodavatelích spravedlivě požadovat, aby již dopředu specifikovali např. osoby, od kterých budou nakupovat např. zcela běžné stavební materiály pro plnění veřejné zakázky – např. hřebíky – přičemž je lze považovat stricto sensu za subdovatele).
81. Se závěry Úřadu, že vybraný uchazeč měl, v úmyslu plnit předmět veřejné zakázky s pomocí subdodavatelů, se ztotožňují. V důsledku toho a rovněž s ohledem na to, že zadavatel v rozkladu pouze zopakoval námitku vznesenou již ve vyjádření zadavatele ze dne 28. 8. 2014, považují námitku zadavatele proti tomuto závěru Úřadu brojící za nedůvodnou.
82. K námitce zadavatele, že členové stejného koncernu nejsou a priori považováni za subdodavatele podle § 17 písm. i) zákona, což zadavatel vyvozuje z judikatury Soudního dvora EU, z níž Úřad dovedl, že při prokazování kvalifikace je uchazeč oprávněn využít i referenčních zakázek společností, které s ním tvoří stejný koncern, pokud prokáže, že při plnění zakázky bude disponovat zdroji ostatních členů koncernu, a to v rozsahu nezbytném pro zhotovení zakázky, uvádím následující.
83. Zadavatelem v rozkladu zmíněné rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S185/2012/VZ-11529/2012/550/MLa ze dne 3. 9. 2012 se týká prokazování technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele a Úřad v něm dospěl k závěru, že z rozsudku Soudního dvora EU C-389/92 ze dne 14. 8. 1994, Ballast Nedam Groep NV v. Belgie plyne, že uchazeč je při prokazování kvalifikace oprávněn využít i referenčních zakázek společností, které s ním tvoří stejný koncern, pokud prokáže, že při plnění zakázky bude disponovat zdroji ostatních členů koncernu, a to v rozsahu nezbytném pro zhotovení zakázky a že tedy není nutné předkládat společnou nabídku či využít ostatních členů koncernu jako subdodavatelů.
84. Úřad se ovšem v napadeném rozhodnutí posuzováním technických kvalifikačních předpokladů a prokazováním splnění jejich části prostřednictvím subdodavatelů nezabýval. Rovněž vybraný uchazeč ve vyjádření vybraného uchazeče ze dne 18. 3. 2014 uvedl, že „Pro vyloučení případných pochybností uchazeč [vybraný uchazeč; pozn. předsedy Úřadu] uvádí, že v rámci veřejné zakázky neprokazoval prostřednictvím subdodavatele profesní ani technické kvalifikační předpoklady.“

85. Zadavatelem v rozkladu zmíněnou judikaturu Soudního dvora EU ani z ní vycházející rozhodnutí Úřadu, tak nelze v řízení o rozkladu proti napadenému rozhodnutí použít, jelikož není přílehlavá skutkovým okolnostem přezkoumávaného zadávacího řízení.

VI. Závěr

86. 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 vybraného uchazeče a v rozkladu zadavatele.
87. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Mgr. Pavel Pravda, advokát, bnt attorneys-at-law s.r.o., Na příkopě 859/22, 110 00 Praha
2. MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, Jakubská 121/1, 602 00 Brno
3. B. Braun Medical s.r.o., MUDr. Martin Kuncek, V Parku 2335/20, 148 00 Praha 4

Vypraveno dne:

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