



UOHSX00911K5

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0631/2016/VZ-45214/2016/553/JDI

Brno: 9. listopadu 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném dne 27. 9. 2016 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Karlovarská krajská nemocnice, a.s., IČO 263 65 804, se sídlem Bezručova 1190/19, 360 01 Karlovy Vary,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „Zdravotnické přístroje - část 10 - Mikrobiologie“ v otevřeném řízení, jehož formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 10. 8. 2015 pod evidenčním číslem zakázky 507838,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Karlovarská krajská nemocnice, a.s., IČO 263 65 804, se sídlem Bezručova 1190/19, 360 01 Karlovy Vary – se dopustil správního deliktu § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Zdravotnické přístroje - část 10 - Mikrobiologie“ v otevřeném řízení, jehož formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 10. 8. 2015 pod evidenčním číslem zakázky 507838, porušil zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona

v návaznosti na § 98 odst. 1 citovaného zákona tím, že nerozdělil předmět veřejné zakázky „Zdravotnické přístroje - část 10 - Mikrobiologie“ na části, a to na část dodávky spektrofotometru a na část dodávky anaerobního boxu, ačkoliv povaha předmětu plnění veřejné zakázky rozdělení na části připouštěla a zároveň rozdělení veřejné zakázky na části nebránila aplikace § 13 odst. 3 citovaného zákona, přičemž tento jeho postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 28. 7. 2015 uzavřel s vybraným uchazečem BioVendor – Laboratorní medicína a.s., IČO 634 71 507, se sídlem Karásek 1767/1, Řečkovice, 621 00 Brno smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se zadavateli – Karlovarská krajská nemocnice, a.s., IČO 263 65 804, se sídlem Bezručova 1190/19, 360 01 Karlovy Vary – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ukládá

pokuta ve výši 100 000 Kč (sto tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon“), příslušný k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh a k projednání správních deliktů podle tohoto zákona, včetně ukládání sankce za jejich spáchání, obdržel podnět týkající se postupu zadavatele Karlovarská krajská nemocnice, a.s., IČO 263 65 804, se sídlem Bezručova 1190/19, 360 01 Karlovy Vary (dále jen „zadavatel“) - při zadávání veřejné zakázky „Zdravotnické přístroje - část 10 - Mikrobiologie“ v otevřeném řízení, jehož formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 10. 8. 2015 pod evidenčním číslem zakázky 507838 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V podnětu bylo namítáno, že zadavatel v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku poptával 1 ks hmotnostního spektrofotometru pro identifikaci mikroorganismů a 1 ks anaerobního boxu, tj. dodávku specifických přístrojů s rozdílnými funkcemi s tím, že nejsou dány žádné objektivní důvody, na základě kterých bylo nutné v šetřené veřejné zakázce poptávat oba lékařské přístroje dohromady. Tímto postupem (nerozdělením veřejné zakázky na části) mělo dojít k omezení hospodářské soutěže tím, že zadavatel fakticky vyloučil z účasti v zadávacím řízení okruh způsobilých dodavatelů. Pisatel podnětu dovodil, že uvedeným postupem mohlo dojít k porušení § 6 odst. 1 zákona.
3. Na základě skutečností uvedených v podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele dokumentaci o předmětné veřejné zakázce a vyjádření zadavatele k obsahu podnětu, přičemž z obdržené dokumentace zjistil následující skutečnosti, které budou podkladem pro rozhodnutí.
4. Zadavatel zahájil zadávací řízení dne 18. 3. 2015 odesláním formuláře Oznámení o zakázce k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek (dále jen „Oznámení o zakázce“). Opravný formulář Oznámení o zakázce pak byl odeslán k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 4. 2015.

5. Dle oddílu II. 2. 1) Oznámení o zakázce „Celkové množství nebo rozsah“ předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila 7 335 000 Kč bez DPH.
6. Dle oddílu II. 1. 8) Oznámení o zakázce „Části zakázky" nebyla veřejná zakázka rozdělena na části ve smyslu § 98 zákona.
7. Dle bodu 2.1 Zadávací dokumentace „Obecné vymezení předmětu zakázky“ byla předmětem plnění veřejné zakázky dodávka 1ks hmotnostního spektrofotometru pro identifikaci mikroorganismů a 1 ks anaerobního boxu pro nemocnici v Karlových Varech. Předmět zakázky zahrnoval jak dodávku zboží s požadovanými technickými parametry do místa určení, tak jeho montáž, instalaci, uvedení do provozu a zaškolení obsluhy, jakož i poskytování záručního servisu po dobu záruční lhůty.
8. Dle bodu 2.2 Zadávací dokumentace „Podrobné vymezení předmětu zakázky“ součástí předmětu plnění bylo:
 - zajištění dopravy do místa určení, instalace do určených prostor, uvedení jednotlivých zdravotnických přístrojů do provozu s předvedením funkčnosti včetně zaškolení obsluhy, provedení prvotní validace s vystavením validačního protokolu,
 - dodávka dalšího potřebného příslušenství a spotřebního materiálu pro řádné uvedení přístrojů do provozu,
 - poskytování bezplatného záručního servisu včetně dodávky potřebných náhradních dílů po celou dobu záruční lhůty - 24 měsíců (kromě dusíkového laseru a detektoru u pol. ROP VIII_18). Záručním servisem se rovněž myslí provádění BTK (bezpečnostní technické kontroly) dle zákona č. 123/2000 Sb., v intervalech určených výrobcem a dále musí v zákonných lhůtách splňovat podmínky stanovené v zákoně č. 268/2014 Sb., o zdravotnických prostředcích účinného od 1. 4. 2015,
 - součástí bezplatného záručního servisu bude pro pol. ROP VIII_18 hot-line podpora pro střední laboratoře, update knihovny vzorků, preventivní prohlídky, údržba, validace, kalibrace,
 - dodání veškerých software potřebných pro provoz přístrojů,
 - prodloužená záruční doba na položky ROP VIII_18, a to: a) dusíkový laser b) detektor, po dobu 60 měsíců,
 - dodávka sady destiček, spotřebního a pomocného materiálu pro zajištění provozu laboratoře (pro pol. ROP VIII_18) – startovací balíček na 1 měsíc,
 - likvidace obalů a odpadu,
 - veškerá písemná, telefonická či osobní komunikace v rámci záručního servisu musí být vedena v českém jazyce.
9. Dne 30. 3. 2015 zadavatel obdržel od společnosti BioVendor – Laboratorní medicína a.s., IČO 634 71 507, se sídlem Karásek 1767/1, Řečkovice, 621 00 Brno (dále jen „vybraný uchazeč“) žádost o poskytnutí dodatečných informací k zadávacím podmínkám veřejné zakázky ze dne 30. 3. 2015 s následujícím zněním:

„Předmětem výše uvedené veřejné zakázky je dodávka 1 ks hmotnostního spektrofotometru pro identifikaci mikroorganismů a 1 ks anaerobního boxu pro nemocnici v Karlových Varech. Bude zadavatel akceptovat nabídku částečného plnění (tj. nabídku na dodávku pouze jednoho z uvedených přístrojů)?“.

10. V reakci na výše uvedenou žádost ze dne 30. 3. 2015 zaslal zadavatel dodavateli dopis ze dne 2. 3. 2015 (správně 2. 4. 2015), zn. BY/97/2015, který byl dne 2. 4. 2015 uveřejněn na profilu zadavatele, a to v následujícím znění:

„Vzhledem k tomu, že výše uvedená veřejná zakázka není rozdělena na části, požaduje zadavatel podat kompletní nabídku na celý předmět veřejné zakázky.“.

11. Z oddílu IV. 3. 4) Oznámení o zakázce „Lhůta pro doručení nabídek nebo žádostí o účast“ vyplývá, že konec lhůty pro podání nabídek byl stanoven na 15. 5. 2015. Z opravného formuláře odeslaného k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 4. 2015 pak vyplývá, že konec lhůty pro podání nabídek byl nově stanoven na 8. 6. 2015.

12. Z písemné zprávy zadavatele vyplývá, že zadavatel v rámci lhůty pro podání nabídek obdržel pouze 1 nabídku, a to nabídku předloženou vybraným uchazečem.

13. Z nabídky předložené vybraným uchazečem vyplývá, že celková cena za realizaci veřejné zakázky činila 7 332 000 Kč bez DPH, přičemž cena za dodávku poptávaného spektrofotometru činila 6 854 000 Kč bez DPH a cena za dodávku anaerobního boxu činila 478 000 Kč bez DPH.

14. Dne 29. 6. 2015 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky předložené vybraným uchazečem.

15. Dne 28. 7. 2015 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem kupní smlouvu na veřejnou zakázku (dále jen „smlouva“).

16. Podle článku III. smlouvy je jejím předmětem závazek prodávajícího odevzdat kupujícímu v této smlouvě definované zboží odpovídající technické specifikaci zboží uvedeného v nabídce prodávajícího, která je nedílnou součástí této smlouvy jako její příloha č. 1 a prodávající se zavazuje, že zboží, které je předmětem koupě, odevzdá kupujícímu a umožní mu nabýt ke zboží vlastnické právo.

17. Podle přílohy č. 1 smlouvy, která je (stejně jako příloha č. 3) nedílnou součástí této smlouvy, je výrobcem hmotnostního spektrofotometru pro identifikaci mikroorganismů společnost Bruker Daltonik GmbH a podle přílohy č. 3 je za dodávku tohoto zboží do místa určení, za jeho montáž, instalaci, uvedení do provozu a zaškolení obsluhy, jakož i za poskytování záručního servisu odpovědná společnost Bruker s.r.o., IČO 282 97 211, se sídlem Pražákova 1000/60, 619 00 Brno (dále jen „společnost Bruker“). Podle přílohy č. 1 a přílohy č. 3 smlouvy je výrobcem anaerobního boxu dodavatel Baker Ruskin a za dodávku anaerobního boxu do místa určení, za jeho montáž, instalaci, uvedení do provozu a zaškolení obsluhy, jakož i za poskytování záručního servisu je odpovědná společnost TRIGON PLUS spol. s r.o., IČO 463 50 110, se sídlem Západní 93, 251 01 Čestlice (dále jen „společnost TRIGON“).

18. Dne 5. 10. 2015 zadavatel sepsal listinu o skutečně uhrazené ceně za plnění veřejné zakázky, z níž vyplývá, že tato cena dosáhla částky 7 332 000 Kč bez DPH a že subdodavatelem šetřené veřejné zakázky byla jednak společnost Bruker, a dále společnost TRIGON.

19. Dne 6. 9. 2016 Úřad dopisem č. j. ÚOHS-P1453/2016/VZ-37049/2016/553/JDI z téhož dne požádal zadavatele o vyjádření k obdržnému podnětu týkajícího se postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky.
20. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 13. 9. 2016, zn. Ř/2521/16-O, mimo jiné uvedl, že „poptávka skupin přístrojů vycházela z pohledu logického členění, oborové a profesní příbuznosti, kdy předmětná část veřejné zakázky se týkala základního přístrojového vybavení jedné mikrobiologické laboratoře...“. Dále zadavatel uvedl, že dle znalostí zadavatele systém hmotnostní spektrometrie MALDI-TOF s kompletním příslušenstvím a programovým vybavením, určený pro rychlou identifikaci mikrobiologických izolátů z klinických vzorků, nabízí pouze výrobce Bruker Daltonik GmbH, prostřednictvím výhradního dodavatele v ČR, a to vybraného uchazeče, nebo výrobce bioMerieux prostřednictvím českého dodavatele bioMérieux CZ s. r. o., IČO 273 91 981, se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 78 Praha, a že oba výrobky dohromady, tj. poptávaný spektrofotometr a anaerobní box, nenabízí žádný dodavatel. Dle zadavatele tak všichni uchazeči museli řešit situaci stejně, tedy subdodávkou. Podle názoru zadavatele je tento systém „přeprodeju“ zcela legitimní, standardní a nediskriminační proces, neboť cílem každé nabídky každého uchazeče je prezentace nejnižší ceny.
21. K výše uvedenému vyjádření zadavatel přiložil odborný posudek ze dne 31. 3. 2015, č. 1785-42-2016, který vypracoval soudní znalec pro základní obor ekonomika, odvětví ceny a odhady věcí movitých, zvláštní specializace zdravotnická a laboratorní technika, Ing. Jan Šilhavý. Z předmětného dokumentu vyplývá, že účelem vypracování odborného posudku je posouzení, zda ve věci zadání veřejných zakázek v projektu č. CZ.1.09/1.3.00/87.01387 - Zdravotnické přístroje KKN nedošlo k diskriminačnímu či podobnému jednání (viz str. 3 posudku), přičemž z předmětného dokumentu mimo jiné vyplývá závěr, že hmotnostní spektrofotometr pro identifikaci mikroorganismů metodou MALDI-TOF je vyráběn „pouze dvěma opravdu významnými výrobci, anaerobní boxy ale oba odebírají od subdodavatelů“, a že z „hlediska medicínského a provozně technického nebylo shledáno pochybení směrem k diskriminaci dodavatelů“ (viz str. 7 posudku).
22. Na základě výše uvedených skutečností získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel neporušil zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona v návaznosti na § 98 odst. 1 zákona, když nerozdělil předmět veřejné zakázky na části, a to na část dodávky spektrofotometru a na část dodávky anaerobního boxu, ačkoliv povaha předmětu plnění veřejné zakázky rozdělení na části připouštěla a zároveň rozdělení veřejné zakázky na části nebránilo ustanovení § 13 odst. 3 zákona, čímž mohl omezit okruh možných dodavatelů a tím podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Z uvedených důvodů zahájil Úřad správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. S0631/2016/VZ.

I. Řízení před správním orgánem

23. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona
- zadavatel.
24. Zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správního deliktu oznámil Úřad zadavateli dopisem ze dne 27. 9. 2016, č. j. ÚOHS-S0631/2016/VZ-39565/2016/553/JDI (dále jen „oznámení o zahájení správního řízení“), ve kterém ho zároveň seznámil se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí.

25. Současně usnesením ze dne 27. 9. 2016, č. j. ÚOHS-S0631/2016/VZ-39569/2016/553/JDI, stanovil Úřad zadavateli lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
26. Správní řízení bylo zahájeno podle § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, v rozhodném znění (dále jen „správní řád“) dne 27. 9. 2016, tj. dnem, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli.
27. Ke zjištění Úřadu uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení a k obsahu správního spisu zaslal zadavatel vyjádření ze dne 12. 10. 2016, zn. Ř/2521/16-O, které bylo téhož dne doručeno Úřadu.

II. Vyjádření zadavatele ze dne 12. 10. 2016

28. Zadavatel v úvodu svého vyjádření uvedl, že se Úřad „k možné povinnosti“ zadavatele rozdělit předmět veřejné zakázky na části vyjádřil „jen velmi obecně“ a že „většinu obsahu usnesení tvoří spíše popis stavu průběhu zakázky“.
29. Podle zadavatele je ustanovení § 98 zákona „abstraktního charakteru, kdy dává na uvážení zadavatele, zdali má přistoupit k rozdělení zakázky na části“, pročež zákon v tomto směru dává zadavateli možnost, nikoliv povinnost přistoupit k dělení ve smyslu citovaného ustanovení zákona. Zadavatel však podotýká, že si je vědom, že k takovému rozdělení je dle ustálené rozhodovací praxe povinen přistoupit, pokud by nerozdělení jedné zakázky na části mělo za následek skrytou diskriminaci uchazečů.
30. Zadavatel je však toho názoru, že právní úprava v zákoně je problematická z hlediska praktického řešení otázky dělení na jednotlivé části či případného slučování předmětů veřejných zakázek, neboť nedává jednoznačný návod, jakým způsobem postupovat, přičemž klade důraz hlavně na problematiku samotného dělení veřejných zakázek ve smyslu § 13 odst. 3 zákona, a v tomto smyslu odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 12. 2011, č. j. 62 Af 54/2010-106.
31. Zadavatel dále uvedl, že kladl důraz na to, aby se vyhnul nepřipustnému dělení veřejné zakázky a aby zajistil provedení zakázky způsobem co nejtransparentnějším, za které je považováno právě zvolené otevřené nadlimitní řízení.
32. Dle zadavatele Úřad v oznámení o zahájení správního řízení nevedl, na základě jakého konkrétního důvodu měl zadavatel dělit veřejnou zakázku na části a dle zadavatele tak Úřad postupoval tak, že vyjádřil svou hypotézu, avšak nikoliv odůvodněný a ověřený závěr.
33. Zadavatel upozornil, že nikdy neobdržel ze strany žádného z uchazečů ani jiného subjektu na trhu jedinou připomínku, podnět či námitku.
34. Zadavatel také odkázal na vyjádření soudního znalce Ing. Jana Šilhavého ze dne 31. 3. 2016, z něhož zadavatel citoval: „Zde je nutno uvést, že v rozhodujícím počtu vyšetření metodou *Maldi-TOF* ve zdravotnických provozech se tato provádějí v anaerobním prostředí a AB je tedy nutnou součástí pracoviště se spektrofotometrem. Tato velmi specializovaná technologie je vyráběna pouze dvěma opravdu významnými výrobci, anaerobní boxy ale oba odebírají od subdodavatelů. Z hlediska medicínského a provozně technického nebylo ani zde sledáno pochybení směrem k diskriminaci dodavatelů.“ Zadavatel je pak toho názoru, že z hlediska odborného a medicínského „je potřeba poptávat společně jak anaerobní box, tak spektrofotometr. Oba tyto přístroje jsou

umístěny v jedné místnosti, na jednom oddělení a slouží k rychlejší a přesnější identifikaci mikroorganismů a jsou součástí funkčního, logického a technického celku“.

35. Dále zadavatel uvedl, že je pro něj výhodné, že bude anaerobní box dodávat stejný dodavatel jako spektrofotometr (byť prostřednictvím subdodavatele), jelikož nebude muset duplikovat obchodní vztahy ve smyslu řešení odpovědnosti za vady, uplatňování záruk apod.
36. Zadavatel „jednotlivé komponenty“ považuje za plnění spolu související, provázané, a to zejména z důvodu jejich logické oborové provázanosti, protože nelze na ně nahlížet jako na různé typy přístrojů. Podle názoru zadavatele má poptávané plnění „sloužit ke komplexnímu zajištění poskytování zdravotních služeb pro pacienty“ a „z pohledu nemocnice a jejich terapeutických zvyklostí, jakož i určení plnění pro konkrétní oddělení, je povaha poptávaného plnění nedělitelná“.
37. Závěrem svého vyjádření zadavatel uvedl, že jeho postupem jednoznačně nedošlo a ani nemohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.

III. Závěry správního orgánu

38. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání výše specifikované veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, za což mu byla uložena sankce uvedená ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K právnímu postavení zadavatele

39. Úřad nejprve ověřil postavení zadavatele podle § 2 zákona.
40. Podle § 2 odst. 1 zákona za zadavatele veřejné zakázky se pro účely tohoto zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
41. Podle § 2 odst. 2 veřejným zadavatelem je:
- a) Česká republika,
 - b) státní příspěvková organizace,
 - c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,
 - d) jiná právnická osoba, pokud
 1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
42. Úřad předně konstatuje, že z informací dostupných na <https://or.justice.cz/ias/ui/rejstrik-firma.vysledky?subjektId=710124&typ=UPLNY> je patrné, že zadavatel byl v okamžiku zahájení předmětného zadávacího řízení akciovou společností s jediným akcionářem, kterým byl Karlovarský kraj, IČO 708 91 168, se sídlem Závodní 353/88, 360 01 Karlovy vary. Za společnost (zadavatele) jednal statutární orgán, kterým je představenstvo.

43. K podmínce uvedené pod bodem 1. ust. § 2 odst. 2 písm. d) zákona Úřad uvádí, že zadavatel byl (a stále je) právnickou osobou – akciovou společností, jejímž předmětem podnikání je dle článku 3. stanov společnosti mj. poskytování lůžkové, ambulantní a další zdravotní péče v rozsahu registrace podle zákona č. 160/1992 Sb., o poskytování zdravotní péče v nestátních zdravotnických zařízeních¹. Lze tedy konstatovat, že se jedná o akciovou společnost, jež byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu.
44. Dále Úřad konstatuje, že spolu s podmínkou uvedenou pod bodem 1. ust. § 2 odst. 2 písm. d) zákona byla kumulativně splněna i podmínka v bodě 2. citovaného ustanovení, neboť zadavatel byl v okamžiku zahájení předmětného zadávacího řízení právnickou osobou, v níž jiný veřejný zadavatel, v tomto případě Karlovarský kraj, jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu. Dle článku 9. a 14. stanov společnosti valná hromada tvořená akcionáři (v tomto případě je jediným akcionářem Karlovarský kraj) volí a odvolává členy představenstva a dozorčí rady. Dle článku 20. stanov dvě třetiny členů dozorčí rady volí a odvolává valná hromada, přičemž zbývající jednu třetinu členů dozorčí rady volí a odvolávají zaměstnanci společnosti. V tomto případě tedy jiný veřejný zadavatel (Karlovarský kraj) jmenuje či volí více než polovinu členů statutárního a dozorčího orgánu.
45. K postavení zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky lze tedy uzavřít, že zadavateli svědčí postavení veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona.

Relevantní ustanovení zákona

46. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
47. Zadavatel podle § 13 odst. 3 zákona nesmí rozdělit předmět veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v tomto zákoně.
48. Podle § 13 odst. 4 zákona, je-li veřejná zakázka rozdělena na části, je pro stanovení předpokládané hodnoty rozhodující součet předpokládaných hodnot všech částí veřejné zakázky.
49. Podle § 98 odst. 1 zákona může zadavatel rozdělit veřejnou zakázku na části, připouští-li to povaha předmětu veřejné zakázky.
50. Podle § 98 odst. 2 zákona v případě, že zadavatel rozděлил veřejnou zakázku na části, uvede tuto skutečnost v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení a vymezí předmět jednotlivých částí veřejné zakázky a další požadavky související s rozdělením veřejné zakázky na části.
51. Podle § 98 odst. 3 zákona pokud zadavatel rozděлил veřejnou zakázku na části, uvede v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zda je dodavatel oprávněn podat nabídku na všechny či některé části veřejné zakázky nebo jen na jednu část veřejné zakázky.
52. Podle § 120 odst. 1 zákona se zadavatele dopustí správního deliktu, nedodrží-li postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

K výroku I. rozhodnutí

¹ Nahrazen zákonem č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a jejich poskytování.

53. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že je to výlučně zadavatel, který vymezuje předmět plnění veřejné zakázky (tedy charakter toho, co v rámci zadávacího řízení vlastně poptává), neboť pouze on sám zná nejlépe své vlastní potřeby, jež by měl co nejpřesněji a věcně definovat. Tato skutečnost však zároveň neznamená, že zadavatel může k tomuto úkonu přistupovat zcela libovolně. I zde je totiž vázán zásadami uvedenými v § 6 odst. 1 zákona, zejména pak zásadou zákazu diskriminace.
54. K otázce dodržování zásady zákazu diskriminace se v rámci své judikatorní činnosti pravidelně vyjadřují příslušné soudy, když např. Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008, dovedl, že smysl ustanovení § 6 zákona v první řadě směřuje k cíli samotného zákona, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Nejvyšší správní soud přitom zdůraznil, že smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 zákona k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné (přímé), tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté (nepřímé), pokud tato vede v podstatě k obdobným právním zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).
55. Dále se k otázce dodržování zásady zákazu diskriminace vyjádřil Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 2. 3. 2010, č. j. 62 Af 7/2010, ve kterém tento soud uvedl, že pokud by zadavatel předmět veřejné zakázky vymezil příliš široce a v důsledku toho by se o veřejnou zakázku mohli ucházet jen někteří dodavatelé, mohl by porušit jednu ze základních zásad zadávání veřejných zakázek zakotvených v § 6 zákona, a to právě zmíněnou zásadu zákazu diskriminace. Důsledkem takového postupu zadavatele je podle Krajského soudu v Brně situace, kdy z důvodu široce vymezeného předmětu veřejné zakázky může nabídku podat méně dodavatelů (dochází k omezení konkurenčního prostředí mezi nimi), než kdyby byla jednotlivá plnění poptávána samostatně. Diskriminováni jsou zde ti dodavatelé, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna. Zabránit je tomu možné tak, že bude zadavatel poptávat plnění v rámci více veřejných zakázek (za předpokladu, že spolu tato plnění vzájemně nesouvisejí) anebo veřejnou zakázku rozdělí a umožní podávání nabídek na její jednotlivé části ve smyslu § 98 zákona.
56. Pro posouzení toho, zda vymezením předmětu veřejné zakázky došlo k porušení zásady zákazu diskriminace, je tedy třeba vždy na prvním místě určit, zda předmět veřejné zakázky není natolik odlišný, že jej měl zadavatel poptávat jako samostatné plnění, resp. měl zadat více veřejných zakázek.
57. Zodpovězení shora uvedené otázky, kdy se jedná o jednu veřejnou zakázku a kdy lze naopak plnění poptávat ve více veřejných zakázkách, není v praxi nikterak jednoduché či jednoznačné, lze však při něm vycházet z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 23. 9. 2009, sp. zn. 62 Ca 37/2008, v němž tento soud uvádí, že *„je třeba vystačit s obecným pravidlem, podle něhož jde-li o plnění, jež má být ve prospěch zadavatele podle předmětu veřejné zakázky uskutečňováno, svým charakterem totožné či obdobné, pak jde o plnění stejného nebo srovnatelného druhu, a tedy jde o plnění, které je jedinou veřejnou zakázkou“*. V této souvislosti Úřad poukazuje rovněž na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 6. 2007, č. j. 2 Afs 198/2006, v němž Nejvyšší správní soud konstatoval, že zadáním jedné veřejné zakázky, spočívající v plnění stejného nebo srovnatelného druhu, je

nutno rozumět i souhrn jednotlivých zadání určitých relativně samostatných plnění týkajících se plnění spolu úzce souvisejících zejména z hledisek místních, urbanistických, funkčních, časových nebo technologických.

58. Jak však dále judikoval Krajský soud v Brně ve shora citovaném rozsudku ze dne 2. 3. 2010, zadavatel se může dopustit porušení zásady zákazu diskriminace v jeho skryté (nepřímé) podobě i v situaci, kdy sice všechna předmětná plnění mohl poptávat v rámci jedné veřejné zakázky s ohledem na jejich věcnou souvislost, ale nevyužil přitom možnosti odstranit či zmírnit případné omezení konkurenčního prostředí tím, že veřejnou zakázku rozdělí na části podle § 98 zákona, pokud to její povaha připouštěla. Nejde tu přitom o to, že by byl zadavatel nucen činit něco, co mu zákon přímo neukládá (tj. rozdělit veřejnou zakázku na části), nýbrž to, že zadavatel musí využít všechny možnosti, které mu zákon (byť jako možnost, nikoli povinnost) dává k tomu, aby se v zadávacím řízení diskriminace, resp. omezování konkurenčního prostředí, nedopouštěl a zadávací řízení tak proběhlo v souladu se zásadou zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona.
59. Výše uvedené potvrdil Krajský soud v Brně i ve svém rozsudku ve věci sp. zn. 62 Af 57/2011 když uvedl, že: *„Jestliže zadavatel, byť podle svého vlastního rozhodnutí, poptává plnění, které není plněním, jež je nutno z technických a ekonomických důvodů poptávat společně, jako plnění jediné (společné), přitom podmínkám vycházejícím z takto nastavené poptávky, jež se projevuje v samotném vymezení předmětu veřejné zakázky, může vyhovět pouze velmi omezený počet dodavatelů, zatímco při oddělené zadavatelově poptávce po takto dle úvahy zadavatele spojeném plnění by se o zakázky v jednotlivých oblastech plnění mohl ucházet vyšší počet dodavatelů, přitom obě plnění jsou plněními, jež se jinak poskytují samostatně, pak takový postup lze kvalifikovat jako diskriminační, odporující zásadám podávaným v § 6 zákona.“*
60. Úřad dále uvádí, že pro posouzení, zda vymezením předmětu veřejné zakázky nedošlo k porušení zásady zákazu diskriminace, je nezbytné určit, zda zadavatel měl povinnost rozdělit veřejnou zakázku na části, resp., zda povaha předmětu veřejné zakázky připouštěla, aby byla na části rozdělena. Krajský soud v Brně uvedl, že: *„K tomu, aby bylo možno dospět k závěru, zda zadavatel byl povinen v daném případě veřejnou zakázku rozdělit či nikoliv, je tedy třeba posoudit, zda povaha předmětu veřejné zakázky rozdělení připouštěla. Rozdělení veřejné zakázky na části přichází v úvahu obecně tehdy, pokud plnění v rámci jednotlivých částí budou plněními svým charakterem odlišnými. Naopak rozdělení veřejné zakázky na části vhodné nebude zejména tehdy, pokud bude předmět zakázky tvořen plněními navzájem se neodlišujícími nebo plněními, která na sebe úzce navazují. K rozdělení veřejné zakázky na části lze přistoupit zásadně tehdy, pokud je důvod předpokládat, že za plnění po částech bude zadavatel platit v součtu nižší cenu. Tak tomu zpravidla může být právě v situaci, kdy rozdělení veřejné zakázky na části může přinést více nabídek a tedy i větší soutěž konkurujících si dodavatelů a z toho vyplývající nižší nabídkovou cenu.“*
61. V rámci předmětné veřejné zakázky zadavatel požadoval dodávku 1 ks hmotnostního spektrofotometru pro identifikaci mikroorganismů a současně dodávku 1 ks anaerobního boxu pro nemocnici v Karlových Varech, včetně montáže, instalace, uvedení do provozu a zaškolení obsluhy, jakož i poskytování záručního servisu po dobu záruční lhůty k těmto zařízením. Z technické specifikace poptávaného hmotnostního spektrofotometru vyplývá, že přístroj slouží k rychlé identifikaci mikrobiálních agens, identifikaci mikroorganismů z bakteriální kultury, ale i přímo z klinického primárního vzorku jako je pozitivní hemokultura, pozitivní vzorek moče atd., identifikaci vysoce patogenních mikroorganismů zahrnutých platnou legislativou ČR do skupiny „Biosafety level 3“ a k identifikaci v oblasti bakteriologie, mykologie, mykobakteriologie.

Naproti tomu poptávaný anaerobní box je zařízením, v jehož prostoru se předpokládá práce s látkami v rámci anaerobního prostředí, které tento box zajišťuje, box měl přitom zahrnovat absorber toxických plynů s alespoň ročním cyklem výměny, automatické alarmy kritických stavů pro anaerobní prostředí (akustický a optický), monitoring stavu plynů, kontrola nadměrné spotřeby plynů apod. V šetřeném případě předmětem veřejné zakázky byla tedy dodávka dvou odlišných lékařských přístrojů, přičemž ze zadávacích podmínek na předmětnou veřejnou zakázku nevyplývá vzájemná provázanost předmětných částí plnění šetřené veřejné zakázky tak, aby bylo nutné je zadávat v rámci jedné veřejné zakázky nerozdělené na části. Naopak technické specifikace ve vztahu k požadavkům na technické parametry a funkcím byly ve vztahu k oběma požadovaným přístrojům, tj. k hmotnostnímu spektrofotometru a anaerobnímu boxu, stanoveny v rámci přílohy č. 2 zadávací dokumentace zvlášť, a to bez vzájemného odkazu či provázanosti technických podmínek těchto přístrojů.

62. Úřad tedy dospěl k závěru, že v šetřené veřejné zakázce zadavateli nic nebránilo tomu, aby její předmět rozdělil na části podle § 98 zákona, neboť povaha předmětu plnění veřejné zakázky tomu nebránila, neboť jejím předmětem byla dodávka dvou samostatných technicky nepropojených přístrojů. Rozdělení šetřené veřejné zakázky na části přitom nebránilo pravidlo stanovené v § 13 odst. 3 zákona, tedy že rozdělením předmětu veřejné zakázky by došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v tomto zákoně. Toto pravidlo by bylo dodrženo již tím, že pro stanovení předpokládané hodnoty zadávané veřejné zakázky je rozhodující součet předpokládaných hodnot všech částí veřejné zakázky. V šetřené veřejné zakázce byla předpokládaná hodnota předmětu plnění veřejné zakázky podle bodu II. 2. 1) Oznámení o zakázce „Celkové množství nebo rozsah“ stanovena ve výši 7 335 000 Kč bez DPH.
63. Z výše uvedeného přitom plyne, že zadáním veřejné zakázky nerozdělené na části se zadavatel mohl připravit o další nabídky dodavatelů schopných plnit některou z nerozdělených částí veřejné zakázky, tj. dodavatelů, kteří by byli schopni dodat pouze zadavatelem požadovaný hmotnostní spektrofotometr, nebo anaerobní box.
64. Úřad k výše uvedenému uvádí, že pokud z důvodu široce stanoveného předmětu veřejné zakázky dodavatel nemůže podat nabídku bez nutnosti zajistit plnění části předmětu veřejné zakázky subdodavately, dochází k diskriminaci takového dodavatele. K tomu lze odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 1. 11. 2012, č. j. 62 Af 57/2011, ve kterém krajský soud mj. uvádí, 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 mají nacházet, nikterak neeliminuje“*. Jinými slovy řečeno, ani skutečnost, že dodavatelé, kteří nejsou schopni realizovat celý předmět veřejné zakázky nerozdělené na části, jsou oprávněni podat nabídky ve spolupráci s jinými dodavateli, ať už formou subdodávky či nabídky ve sdružení, nemůže zbavit zadavatele povinnosti rozdělit veřejnou zakázku na části v případě, že je tento postup s ohledem na charakter předmětu veřejné zakázky vhodný.
65. Zadavatel tedy svým postupem skrytě diskriminoval potencionální dodavatele, kteří by byli schopni realizovat dodávku pouze některého ze zadavatelem poptávaných zařízení.

66. Výše uvedeným závěrům Úřadu nasvědčuje rovněž skutečnost, že v rámci předmětného zadávacího řízení podal nabídku pouze vybraný uchazeč, přičemž ani ten nebyl schopen celý předmět veřejné zakázky realizovat bez nutnosti subdodávky, když ze smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku vyplynulo, že vybraný uchazeč oba přístroje dodal subdodavatelsky, přičemž každý z těchto přístrojů byl dodán jiným subdodavatelem (viz bod 17. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Je tedy zřejmé, že na trhu existují dodavatelé, kteří by byli schopni dodat poptávané přístroje. Pokud však zadavatel stanovil, že jeden dodavatel má dodat oba přístroje, nemohli se tito a další potenciální dodavatelé soutěže zúčastnit.
67. Závěry Úřadu o diskriminačním nastavení zadávacích podmínek pak dále potvrzuje vyjádření zadavatele ze dne 13. 9. 2016, které Úřad obdržel v rámci šetření podnětu ještě před zahájením správního řízení (viz bod 20. odůvodnění tohoto rozhodnutí), v němž zadavatel uvedl, že dle znalostí zadavatele hmotnostní spektrofotometr se zadavatelem požadovanými specifikacemi nabízí pouze 2 výrobci, a to Bruker Daltonik GmbH, prostřednictvím výhradního dodavatele v ČR, a to vybraným uchazečem, a výrobce bioMérieux prostřednictvím českého dodavatele bioMérieux CZ s. r. o., IČO 273 91 981, se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 78 Praha, a že oba výrobky dohromady, nenabízí žádný dodavatel. Tyto skutečnosti ostatně potvrzuje i zadavatelem přiložený odborný posudek (viz bod 21. odůvodnění tohoto rozhodnutí), podle něhož hmotnostní spektrofotometr pro identifikaci mikroorganismů metodou MALDI-TOF je vyráběn „*pouze dvěma opravdu významnými výrobci, anaerobní boxy ale oba odebírají od subdodavatelů*“.
68. Správným a relevantním záměrem zadavatele v každém zadávacím řízení by měla být snaha o získání co největšího počtu nabídek, z nichž bude zákonným způsobem schopen vybrat právě tu nejvýhodnější. Zadavatel v šetřeném případě (ačkoliv pro to neměl relevantní důvod) postupoval právě naopak, když stanovil zadávací podmínky tak, že potencionální dodavatele prokazatelně od účasti v zadávacím řízení odradil či jim účast přímo znemožnil, přičemž výsledkem jeho postupu je skutečnost, že v zadávacím řízení obdržel pouze jedinou nabídku, která dále pro splnění všech jím stanovených podmínek musela být podána ve spolupráci se subdodavatelem. Zadavatel tak postupoval právě proti smyslu stanovených pravidel zákona, přičemž o jeho negativním vlivu na soutěžní prostředí není s ohledem na výše uvedené pochyb, neboť nelze vyloučit, že v případě dodržení zákona mohl zadavatel obdržet více nabídek na každou část veřejné zakázky a mohla tak být vybrána jako nejvhodnější i nabídka jiného uchazeče.
69. K výše uvedenému Úřad rovněž dodává, že již z formulace správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona jednoznačně vyplývá, že ke spáchání správního deliktu dle citovaného ustanovení zákona není nutné, aby k vlivu na výběr nejvhodnější nabídky na veřejnou zakázku v důsledku postupu zadavatele prokazatelně došlo, neboť za účelem naplnění skutkové podstaty správního deliktu postačí pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovedil, že „*pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a) zákona] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 zákona) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky*“. Krajský soud

v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že „z dikce „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu....již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách“. K obdobným závěrům došel i Nejvyšší správní soud např. v rozsudku ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012 – 28, či rozsudku ze dne 28. 6. 2016, č. j. 4 As 61/2016 – 34.

70. K tvrzením zadavatele uvedeným pod body 29. – 31. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad odkazuje na bod 64. odůvodnění tohoto rozhodnutí a dále uvádí, že účelem rozdělení veřejné zakázky ve smyslu § 98 zákona je předcházet možnému diskriminačnímu postupu zadavatele v důsledku vymezení příliš široce stanoveného předmětu veřejné zakázky. Naproti tomu ustanovení § 13 odst. 3 zákona směřuje proti tomu, aby nedošlo k obcházení povinnosti zadavatele při zadávání veřejné zakázky v režimu zákona, resp. v odpovídajícím druhu zadávacího řízení, a to s ohledem na souhrnnou výši všech částí předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Je-li tedy veřejná zakázka rozdělena na části ve smyslu § 98 zákona, je zadavatel podle § 13 odst. 4 zákona za účelem stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky povinen sečíst předpokládané hodnoty všech částí veřejné zakázky a při výběru odpovídajícího druhu zadávacího řízení pak vycházet z výše souhrnné předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
71. Ke skutečnosti, že zadavatel v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku neobdržel ze strany žádného z uchazečů ani jiného subjektu na trhu jedinou připomínku, podnět či námitku, Úřad pouze uvádí, že tato skutečnost sama o sobě nedokládá soulad zadavatelem vymezených zadávacích podmínek se zákonem.
72. K argumentům zadavatele opírajícím se o odborný posudek uvedený pod bodem 34. a 36. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad uvádí, že nepopírá věcnou souvislost zadavatelem poptávaných zařízení. Tato skutečnost, jakož i skutečnosti, že tyto přístroje měly být umístěny v jedné místnosti, na jednom oddělení a slouží k rychlejší a přesnější identifikaci mikroorganismů, a dále i zadavatelem dokládaná oborová provázanost ovšem nic nemění na tom, že se jednalo o dvě samostatná zařízení, přičemž z relevantních podkladů, jakož ani z vyjádření zadavatele nevyšly najevo skutečnosti, které by nasvědčovaly tomu, že obě zařízení byly z technologického hlediska natolik provázané, že je bylo nutné poptávat v rámci zadávacího řízení dohromady, resp. že by byla nutná jejich dodávka jediným dodavatelem. Zákon zná přitom mnoho možností, jak si vymínit v zadávacích podmínkách provázanost poptávaného předmětu plnění a jeho kompatibilitu s přístrojem jiným, je-li to takto odůvodněno a nevede to pouze k bezdůvodnému omezení hospodářské soutěže. Argument, že by zadavatel získal dva nekompatibilní přístroje v případě, že by řádně rozdělil předmět poptávaného plnění, je tak lichý, pokud by zadavatel řádně a po předchozí rozvaze a vyjasnění vymezil zadávací podmínky. S ohledem na tuto skutečnost a s ohledem na to, že v daném případě vyšlo rovněž najevo, že ve vztahu k požadovanému hmotnostnímu spektrofotometru je na relevantním trhu velmi omezený okruh potenciálních dodavatelů, kteří současně nejsou schopni bez subdodávky dodat anaerobní box, je evidentní, že zadavatel při vymezení předmětu veřejné zakázky postupoval v rozporu se zásadou diskriminace. Je přitom zjevné, že právě s vědomím specifičnosti poptávaného plnění a z toho vyplývajícího omezeného okruhu dodavatelů, měl zadavatel při vymezení zadávacích podmínek veřejné zakázky

dbát zvýšené opatrnosti, aby neomezil okruh potenciálních uchazečů a s tím související soutěžní prostředí, a postupoval tak v souladu se zásadou zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona.

73. Jako nedůvodný Úřad rovněž vnímá, v souvislosti s povinností zadavatele postupovat při zadávání veřejné zakázky v souladu se zásadou zákazu diskriminace, argument zadavatele opírající se o zjednodušení reklamačního řízení. Zadavateli nic nebránilo, aby si veškeré požadavky na záruky a úpravu případného reklamačního řízení za současného dodržení § 6 odst. 1 zákona vymezil v rámci zadávacích, resp. obchodních podmínek jednotlivých částí veřejné zakázky rozdělené podle § 98 zákona.
74. Úřad dále nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že z jemu doručeného usnesení, resp. oznámení o zahájení správního řízení, dostatečně nevyplývá, na základě čeho Úřad získal pochybnosti o rozpornosti postupu zadavatele se zásadou stanovenou v § 6 odst. 1 zákona (viz body 28. a 32. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z oznámení o zahájení správního řízení jasně vyplývá, proč Úřad shledal, že zadavatel postupoval při vymezení předmětu veřejné zakázky v rozporu se zásadou zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, přičemž Úřad v oznámení uvedl všechny relevantní skutečnosti a podklady, na základě kterých získal pochybnosti o souladnosti postupu zadavatele se zákonem.
75. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel se při zadávání šetřené veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona v návaznosti na § 98 odst. 1 zákona, když nerozdělil předmět veřejné zakázky na části, a to na část dodávky spektrofotometru a na část dodávky anaerobního boxu, ačkoliv povaha předmětu plnění veřejné zakázky rozdělení na části připouštěla a zároveň rozdělení veřejné zakázky na části nebránilo ustanovení § 13 odst. 3 zákona, čímž mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

K výroku II. rozhodnutí

76. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
77. V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že porušil zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona v návaznosti na § 98 zákona, když nerozdělil předmět veřejné zakázky na části, a to na část dodávky spektrofotometru a na část dodávky anaerobního boxu, ačkoliv povaha předmětu plnění veřejné zakázky rozdělení na části připouštěla a zároveň rozdělení veřejné zakázky na části nebránilo ustanovení § 13 odst. 3 zákona, čímž mohl podstatně ovlivnit výběr dodavatele, a zadavatel dne 28. 7. 2015 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.
78. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
79. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka v něm uvedená. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podaného podnětu, který obdržel dne 29. 8. 2016. K uzavření smlouvy

s vybraným uchazečem a tedy i ke spáchání správního deliktu došlo dne 28. 7. 2015. Z uvedených údajů je tedy zřejmé, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

80. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
81. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 8 871 720 Kč včetně DPH (7 332 000 Kč bez DPH), jak vyplývá z článku V. smlouvy. Horní hranice možné pokuty tedy činí 887 172 Kč.
82. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlídnou k závažnosti správního deliktu, přičemž zákon demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Při zvažování závažnosti správního deliktu pak Úřad zohlednil následující skutečnosti.
83. Ke způsobu spáchání správního deliktu Úřad uvádí, že zadavatel nedodržel jednu ze základních zásad, na jejichž dodržování je zadávání veřejných zakázek postaveno, a to zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když nerozdělil předmět veřejné zakázky na části, a to na část dodávky spektrofotometru a na část dodávky anaerobního boxu, ačkoliv to povaha předmětu plnění veřejné zakázky připouštěla a zároveň rozdělení veřejné zakázky na části nebránila aplikace § 13 odst. 3 zákona.
84. Jednání zadavatele mělo za následek zásadní narušení samotného principu zadávání veřejných zakázek, tedy zachování soutěžního prostředí, které má umožnit z co možná nejširšího okruhu podaných nabídek vybrat právě tu, která nabízí nejvhodnější podmínky plnění pro zadavatele. V důsledku omezení soutěžního prostředí, které je jedním ze základních předpokladů hospodárného vynakládání veřejných prostředků, došlo k diskriminaci těch dodavatelů, kteří mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nebyli schopni nabídnout plnění celé, jak jej vymezil zadavatel. Nelze totiž vyloučit, že pokud by zadavatel rozdělil předmět plnění veřejné zakázky na části, mohl obdržet větší počet nabídek na dodávky jednotlivých plnění, přičemž tyto nabídky mohly obsahovat nižší nabídkové ceny za jednotlivá plnění, a tudíž i celková nabídková cena mohla být v součtu nižší než ta, za kterou zadavatel pořídil všechna plnění od vybraného uchazeče v šetřené veřejné zakázce.
85. Jako polehčující okolnost vzal Úřad v úvahu, že postup zadavatele vycházel z jeho mylného přesvědčení vycházejícího ze špatné aplikace ustanovení zákona, podle něhož se zadavatel mohl rozdělením veřejné zakázky na části podle § 98 dopustit správního deliktu vycházejícího z porušení ustanovení o dělení dle § 13 odst. 3 zákona. Ačkoliv tedy postup zadavatele vycházel z nepochopení vztahu těchto zákonných institutů a nemůže legitimizovat omezení konkurence, k níž v konečném důsledku došlo, Úřad při určení výše pokuty zvážil pravděpodobnou (pohnutku) motivaci zadavatele, a to snahu vyhnout se nepřipustnému dělení ve smyslu § 13 odst. 3 zákona a dobrovolné podřízení zadání veřejné zakázky v rámci otevřeného nadlimitního řízení tak, aby zadávací řízení proběhlo co možná nejtransparentnějším způsobem.
86. Úřad v daném případě neshledal žádné přitěžující okolnosti.
87. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako „nespravedlivá“.

Nepřípustné jsou pak takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z výroční zprávy za rok 2015 publikované obchodním rejstříku vyplývá, že zadavatel realizoval v roce 2015 výnosy ve výši 1 306 553 tis. Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

88. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů proto Úřad uložil pokutu v dolní polovině možné sazby ve výši 100 000 Kč (sto tisíc korun českých), přičemž ji posoudil vzhledem k souvislostem případu jako dostačující a možnostem zadavatele přiměřenou.
89. Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
90. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

Karlovarská krajská nemocnice a.s., Bezručova 1190/19, 360 01 Karlovy Vary

Vypraveno dne:

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