



UOHSX00BP2BL

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0147/2018/VZ-31756/2018/321/EDy

Brno 21. listopadu 2018

V řízení o rozkladu ze dne 22. 8. 2018, doručeném téhož dne Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, podaném zadavatelem –

- **Nemocnice Litoměřice, a.s.**, IČO 06199518, se sídlem Žitenická 2084, Předměstí, 412 01 Litoměřice, v řízení o rozkladu zastoupena na základě plné moci ze dne 21. 8. 2018 společností Správa veřejných zakázek s.r.o., IČO 05800234, se sídlem Pod Děvínem 2716/43, 150 00 Praha 5,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0217/2018/VZ-22905/2018/533/HKu ze dne 6. 8. 2018 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky – koncese na služby s názvem „**Poskytování zdravotních služeb ve zdravotnickém zařízení Nemocnice Litoměřice a zajištění s tím spojených činností**“ ve zjednodušeném režimu, jehož předběžné oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 2. 3. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 3. 2018 pod ev. č. Z2018-007029, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 6. 3. 2018 pod ev. č. 2018/S 045-099569,

jsem podle § 152 odst. 6 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-S0217/2018/VZ-22905/2018/533/HKu ze dne 6. 8. 2018

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel podněty k přezkoumání postupu zadavatele – Nemocnice Litoměřice, a.s., IČO 06199518, se sídlem Žitenická 2084, Předměstí, 412 01 Litoměřice, v řízení o rozkladu zastoupena na základě plné moci ze dne 21. 8. 2018 společností Správa veřejných zakázek s.r.o., IČO 05800234, se sídlem Pod Děvínem 2716/43, 150 00 Praha 5 (dále jen „**zadavatel**“) – v zadávacím řízení týkající se zadání veřejné zakázky – koncese na služby s názvem „**Poskytování zdravotních služeb ve zdravotnickém zařízení Nemocnice Litoměřice a zajištění s tím spojených činností**“ ve zjednodušeném režimu, jehož předběžné oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 2. 3. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 3. 2018 pod ev. č. Z2018-007029, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 6. 3. 2018 pod ev. č. 2018/S 045-099569 (dále jen „**koncese**“).
2. V rámci šetření podnětů získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, a proto dne 8. 6. 2018 zahájil se zadavatelem správní řízení.

II. Napadené rozhodnutí

3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 6. 8. 2018 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0217/2018/VZ-22905/2018/533/HKu (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I. Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel postup dle § 99 odst. 2 zákona tím, že změnil zadávací podmínku v bodu 3) „**Ekonomická kvalifikace dle § 78 ZZVZ**“ kvalifikační dokumentace týkající se požadavku na doložení minimálního ročního obrátu z provozu zdravotnického zařízení lůžkové zdravotní péče, když ve „**Vysvětlení zadávacích podmínek č. 2**“ ze dne 27. 3. 2018 připustil možnost prokázat uvedené požadavky údajem v součtu

¹ Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 129 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

za vícero zdravotnických zařízení, což mohlo rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení a zadavatel neprodloužil lhůtu pro podání žádostí o účast tak, aby od změny zadávací dokumentace činila nejméně celou svou původní délku, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel postup dle § 99 odst. 2 zákona tím, že změnil zadávací podmínku v bodu 4) „Technická kvalifikace dle § 79 ZZVZ“ kvalifikační dokumentace týkající se požadavku na předložení alespoň jedné významné služby poskytnuté jako provozování zařízení zdravotnických služeb s minimální celkovou kapacitou 560 lůžek, když ve „Vysvětlení zadávacích podmínek č. 2“ připustil možnost prokázat uvedené požadavky údajem v součtu za vícero zdravotnických zařízení, což mohlo rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení a zadavatel neprodloužil lhůtu pro podání žádostí o účast tak, aby od změny zadávací dokumentace činila nejméně celou svou původní délku, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil opatření k nápravě v podobě zrušení zadávacího řízení. Výrokem IV. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu do pravomocného skončení správního řízení a výrokem V. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli uhradit náklady správního řízení.

4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad poukázal na skutečnosti vyplývající ze zadávací dokumentace, jež ho vedly ke shora uvedeným závěrům. Konkrétně v bodech 42 až 44 napadeného rozhodnutí ocitoval čl. 8 bod 3 a bod 4 kvalifikační dokumentace a odpověď na dotaz č. 1 z „Vysvětlení zadávacích podmínek č. 2“ ze dne 27. 3. 2018 (dále jen „**vysvětlení č. 2**“). Obecně se Úřad vyjádřil ke zjednodušenému režimu, povinnosti dodržovat mj. zásadu transparentnosti zadávacího řízení. Poukázal na § 129 odst. 5 zákona, jež zadavateli zadávajícímu koncesi ve zjednodušeném režimu ukládá povinnost postupovat podle § 96 až 99 zákona. Z ocitovaného textu zadávacích podmínek a z odkazu na zákon č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách), ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**zákon o zdravotních službách**“) Úřad dovodil, že se požadavek zadavatele vztahoval vždy k jednomu zdravotnickému zařízení. Ve vysvětlení č. 2 však zadavatel dle Úřadu připustil splnění ekonomické a technické kvalifikace dle čl. 8 bod 3 a 4 v součtu vícero zdravotnických zařízení, nejednalo se tak dle Úřadu o vysvětlení zadávacích podmínek, ale jejich změnu, která mohla rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, a zadavatel tak byl dle Úřadu povinen prodloužit lhůtu pro podání žádostí o účast nejméně o celou její původní délku. Úřad rovněž shledal, že takové zmírnění podmínky způsobu prokazování kvalifikace doložením obratu a referenčních zakázek v součtu za služby provedené ve vícero zdravotnických zařízení mohlo mít vliv na rozhodnutí potenciálních dodavatelů o jejich účasti v zadávacím řízení, a zadavatel tak byl povinen za účelem vyloučení diskriminace některých potenciálních dodavatelů prodloužit lhůtu pro podání nabídky. Závěrem se Úřad vypořádal i s režimem, v jakém byla koncese zadávána. Úřad v tomto směru s odkazem na odbornou literaturu uvedl, že *„ačkoliv lze ve zjednodušeném režimu přistupovat ke změnám zadávací dokumentace volněji (zadavatel má možnost v průběhu zadávacího řízení měnit zadávací podmínky, pokud tím nenaruší zásady podle § 6 zákona a po jejich změně musí být splněny podmínky pro zjednodušený režim), pro daný postup zadavatele platí v plném rozsahu ust. § 99 zákona, což výslovně*

vyplývá z ust. § 129 odst. 5 zákona a je tak doplněn výčet ustanovení (částí zákona), které je zadavatel podle § 129 odst. 2 zákona povinen ve zjednodušeném režimu dodržovat.“

5. Vzhledem k uvedenému Úřad rozhodl, jak je ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí uvedeno. Jelikož dosud nebyla uzavřena smlouva na koncesi, postupoval Úřad dle § 263 odst. 2 zákona a výrokem III. napadeného rozhodnutí rozhodl o zrušení zadávacího řízení na koncesi. V souladu s § 263 odst. 8 zákona vyslovil výrokem IV. napadeného rozhodnutí zákaz uzavřít smlouvu do pravomocného skončení správního řízení a výrokem V. s ohledem na § 266 odst. 1 zákona zadavateli uložil uhradit náklady správního řízení.
6. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 7. 8. 2018

III. Rozklad

7. Dne 22. 8. 2018 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Z uvedeného je patrné, že zadavatel podal rozklad v zákonné lhůtě.
8. V rozkladu zadavatel nejprve poukazuje na dichotomii rozhodovací praxe Úřadu v téže věci, kdy Úřad zohledňuje neformálnost zjednodušeného režimu v části týkající se podnětu ohledně nedodržení lhůty pro otevírání obálek s žádostmi o účast, avšak v části týkající se zadávacích podmínek a prodloužení lhůty tento charakter pomíjí.
9. Zadavatel je přesvědčen, že nepochybil. Zadávací podmínku dle jeho názoru nelze vykládat pouze jazykovým výkladem, který je nedostatečný, ale je třeba použít i výkladu logického, teleologického apod. Dle zadavatele se totiž minimální roční obrat vztahuje k osobě dodavatele (tj. provozovatele zdravotnického zařízení, nikoliv k samotnému zařízení). Zadavatel zdůrazňuje, že hledá silného provozovatele nikoliv samostatné zdravotnické zařízení, to není ani právním subjektem ve smyslu zákona o zdravotních službách. Zadavatel k tomu dále dovozuje, že pokud by podmínku zúžil, jak vykládá Úřad, jednalo by se o diskriminační požadavek.
10. Zadavatel současně poukazuje na Úřadem provedený nesprávný výklad pojmu „zdravotnické zařízení“ dle § 11 odst. 6 zákona o zdravotnických službách (užití jednotného a množného čísla). V zadávací podmínce zadavatel odkazuje na plurál uvedením slova „která“ – tedy více zdravotnických zařízení. I ve vztahu k druhé posuzované zadávací podmínce nelze dle zadavatele vycházet z čistě jazykového výkladu, jenž popírá smysl a účel fungování zdravotnického trhu a též samotné kvalifikace.
11. Tvrzení Úřadu v bodě 62 odůvodnění napadeného rozhodnutí o nemožnosti zpracovat žádosti o účast v čase 13 dnů považuje zadavatel za spekulativní. Nejen, že potenciálním účastníkům dle zadavatele zbývalo 13 dní pro podání žádosti o účast, ale mohli též podat námitky či žádost o vysvětlení. Zadavatel v této souvislosti poukazuje i na § 258 odst. 2 zákona, který má sloužit k tomu, aby zadavatel nebyl vystaven šikanóznímu charakteru zahajovaných řízení, kdy subjekt podávající podnět fakticky nevyužije svých práv v předcházejícím zadávacím řízení. S tímto se Úřad dle zadavatele nevypořádal.
12. Zadavatel dále poukazuje na specifika zjednodušeného režimu dle § 129 zákona, které je méně formální a dodává, že pokud Úřad zrušil koncesní řízení z čistě formalistických důvodů, popírá tím smysl a účel zákona, který měl být ze své podstaty méně formalizovaný. Zadavatel

je tak i nadále přesvědčen, že postupoval plně v souladu s méně formálními podmínkami zjednodušeného režimu.

Závěr rozkladu

13. Na základě uvedeného zadavatel navrhuje předsedovi Úřadu, aby napadené rozhodnutí zrušil ve všech jeho výrocích a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

15. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího 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 vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
16. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je ve výrocích napadeného rozhodnutí uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí podaného rozkladu.

V. K námitkám rozkladu

K namítané dvoukolejnosti rozhodovací praxe

17. Obdobně, jak již v bodu 45 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí poukázal Úřad, dle zákona je zjednodušený režim specifickým druhem zadávacího řízení umožňující zadávání zákonem definovaného okruhu služeb (mezi které patří i služby v oblasti zdravotní péče) mimo režim nadlimitního či podlimitního řízení. Ač se jedná o méně formalizovaný druh zadávacího řízení, i zde platí určitá zákonem stanovená pravidla, která je zadavatel povinen dodržet. Pro zjednodušený režim se vedle části páté zákona, která obsahuje vlastní úpravu zjednodušeného režimu, použije dle § 129 odst. 2 zákona pouze část první (obecná ustanovení), část druhá (základní ustanovení o zadávacích řízeních), část desátá až třináctá (společná ustanovení k zadávacím řízením, uveřejňování smluv, fakturace za plnění veřejné zakázky, změna a ukončení závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku). Dle § 129 odst. 5 zákona je zadavatel dále povinen postupovat ve vztahu k zadávacím podmínkám a zadávací dokumentaci obdobně dle § 96 až 99 zákona. Tato ustanovení tedy zákon konkrétně zmiňuje pro postup ve zjednodušeném režimu a zadavatel je tak povinen se jimi řídit i v tomto méně formalizovaném režimu. Mimo jiné se tato ustanovení týkají i vysvětlení zadávací dokumentace a změny nebo doplnění zadávací dokumentace. Ust. § 129 odst. 7 zákona umožňuje zadavateli zadávajícímu ve zjednodušeném režimu měnit zadávací podmínky v průběhu celého zadávacího řízení. Pokud se však zadavatel rozhodne modifikovat zadávací

podmínky, musí zajistit, že touto změnou nedojde k porušení zásad zadávacího řízení stanovených v § 6 zákona (transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace). Přestože tedy zákon poskytuje zadavateli poměrně široké „volné pole působnosti“ stanovuje i určité mantinely, které je zadavatel povinen bezpodmínečně dodržet. Jak už bylo zmíněno výše, mezi taková ustanovení spadá i Úřadem v napadeném rozhodnutí uvedený § 99 odst. 2 zákona.

18. Namítá-li zadavatel určitou dvoukolejnost v pohledu Úřadu na postup zadavatele ve zjednodušeném režimu, pak s tímto nelze již jen ke shora nastíněnému souhlasit. Jsou ustanovení zákona, která je třeba dodržovat i v rámci zjednodušeného režimu. Důležité pro posouzení věci jsou i skutkové okolnosti případu. Nelze proto akceptovat zjednodušující výklad zadavatele, že pokud Úřad shledá určitý postup zadavatele ve zjednodušeném režimu za souladný se zákonem, když v rámci zjištěného a posouzeného skutkového stavu přihlédne i k menší formálnosti zjednodušeného režimu, že veškeré další postupy zadavatele v téže veřejné zakázce jsou pak souladné se zákonem, protože zjednodušený režim je méně formální.
19. V rámci namítané dichotomie rozhodovací praxe Úřadu zadavatel poukazuje jmenovitě na usnesení Úřadu ze dne 6. 8. 2018, č. j. ÚOHS-S0217/2018/VZ-20927/2018/533/HKu.
20. Ještě než přistoupím k podrobnějšímu vypořádání této námitky, považuji za nutné na tomto místě uvést, že předmětem přezkumu v tomto řízení o rozkladu není citované usnesení Úřadu. Vzhledem k námitce zadavatele, že Úřad nahlíží na postup zadavatele ve stejném zadávacím řízení jinou optikou, je však potřeba tuto námitku blíže vypořádat. To však neznamená to, že by byl v rámci řízení o rozkladu prováděn přezkum uvedeného usnesení.
21. Předně je třeba zdůraznit, že citované usnesení, se týkalo jiného postupu zadavatele v tomto zadávacím řízení, navíc Úřad zohledňoval skutkové okolnosti, které zadavatelův postup odůvodňovaly a nečinily jej netransparentním. Konkrétně uvedeným usnesením Úřad zastavil § 257 písm. f) zákona správní řízení v části týkající se posouzení možného porušení zásady transparentnosti vymezené v § 6 odst. 1 zákona zadavatelem, když zadavatel přistoupil k otevírání žádostí o účast dne 19. 4. 2018, ačkoliv lhůta pro podání žádostí o účast skončila již dne 9. 4. 2018. Své usnesení však řádným a přezkoumatelným způsobem odůvodnil, přičemž s ohledem na zjištěný skutkový stav dospěl k závěru, že *„(...) z dokumentace o zadávacím řízení nevyplývají skutečnosti, na základě kterých by vznikly reálné a objektivizované pochybnosti o transparentnosti postupu zadavatele při otevírání žádostí o účast, rozhodl o zastavení zahájeného správního řízení v této části. Je třeba akcentovat, že zákon zadavateli neklade žádnou výslovnou povinnost v souvislosti s otevíráním žádostí o účast (vyjma povinnosti dodržení základních zásad) a stejně tak nelze přehlédnout, že zadavatel šetřenou veřejnou zakázku zadává ve zjednodušeném režimu, tedy nejméně formalizovaném druhu zadávacího řízení.“*
22. Z uvedeného je patrný zásadní rozdíl s nyní přezkoumávanou částí správního řízení, v níž bylo zadavateli vytknuto nedodržení § 99 odst. 2 zákona. Na toto ustanovení přímo odkazuje § 129 odst. 5 zákona a zadavatel je tak povinen podle něj postupovat i ve zjednodušeném režimu. Otevírání obálek s nabídkami, je upraveno v části čtvrté, tedy v části, dle níž

zadavatel ve zjednodušeném režimu nepostupuje. Proto se Úřad při posuzování otevírání žádostí o účast zabýval posouzením dodržení základních zásad zadávacího řízení, a to zejm. zásady transparentnosti. K tomu je třeba uvést, že samotné skutkové okolnosti případu v zastavené části nikterak nenasvědčovaly tomu, že by mělo dojít k jejímu porušení.

23. Z uvedených důvodů jsem neshledal, že by Úřad nahlížel na zjednodušený režim zadávání pokaždé jinou optikou.

K interpretaci zadávacích podmínek

24. V další části rozkladu zadavatel brojí proti způsobu výkladu zadávacích podmínek provedenému Úřadem. Ten dle něj zaujal zjednodušující výklad a navíc nesprávně interpretuje pojem „zdravotnické zařízení“.

25. Posouzení provedené Úřadem se týkalo dále uvedených podmínek.

26. V článku 8. „Kvalifikace dodavatelů“, v bodu 3) „Ekonomická kvalifikace dle § 78 ZZVZ“, kvalifikační dokumentace zadavatel stanovil: *„Zadavatel požaduje, aby minimální roční obrat dodavatele z provozu zdravotnického **zařízení lůžkové zdravotní péče** ve smyslu zákona o zdravotních službách (...), jímž se řídí provozování příslušného zařízení, která provozuje buď sám, nebo prostřednictvím osoby, kterou ovládá, nebo kterou ovládá stejná osoba, jaká ovládá dodavatele, ve smyslu § 74 zákona č. 90/2012 sb., o obchodních korporacích, či dle obdobného zahraničního právního předpisu, dosahoval alespoň **700.000.000,- Kč bez DPH za tři bezprostředně předcházející ukončená účetních období** (tj. rok 2015, 2016, 2017), **pro každé toto účetní období zvlášť**, přičemž se muselo jednat o obrat dodavatele z provozu zdravotnického zařízení lůžkové zdravotní péče, kdy lze prokázat tuto kvalifikaci i právě výše uvedenou ovládající osobou“.*

27. V článku 8. „Kvalifikace dodavatelů“, v bodu 4) „Technická kvalifikace dle § 79 ZZVZ“, kvalifikační dokumentace je uvedeno:

„K prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel požaduje:

seznam alespoň jedné významné služby poskytnuté jako provozování zařízení zdravotnických služeb obdobného charakteru za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele.

Dodavatel může prokázání splnění tohoto kritéria použít služby, které poskytl společně s jinými dodavateli, a to v rozsahu, v jakém se plnění zakázky podílel, nebo které poskytl jako poddodavatel, a to v rozsahu, v jakém se na plnění dodávky služby podílel.

*Zadavatel dále požaduje, aby k prokázání realizace níže uvedených referenčních služeb dodavatel **předložil osvědčení objednatele o řádném provedení těchto služeb** (...).*

V případě, že dodavatel sám provozuje nemocnici ve vlastních či pronajatých prostorách, osvědčení objednatele se nepožaduje (...).

Požadované referenční provozované zdravotnické zařízení lůžkového typu musí mít minimální celkovou kapacitu alespoň 560 lůžek, a muselo být v období posledních pěti let provozováno po dobu alespoň 12 po sobě jdoucích měsíců.“.

28. I přes námitku zadavatele, který podotýká, že v čl. 8 bod 3 kvalifikační dokumentace použil množné číslo „která“, je z dikce zadávacích podmínek zřejmé, že až na tento jeden výraz vždy podmínku vztahuje k jednomu zdravotnickému zařízení.
29. Ze zadávacích podmínek vyplývá požadavek na doložení obratu dodavatele z provozu zdravotnického zařízení lůžkové zdravotní péče ve výši nejméně 700 000 000 Kč v letech 2015, 2016 a 2017 (pro každý rok zvlášť) a doložení reference, kterou prokáže zkušenost s provozováním zdravotnického zařízení lůžkového typu, které má lůžkovou kapacitu alespoň 560 lůžek, k čemuž dospěl i Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí, nevyšel přitom z pouhého jazykového výkladu, ale zohlednil i příslušná ustanovení zákona o zdravotních službách, který vymezuje pojem „zdravotnické zařízení“.
30. Zadavatel naopak tvrdí, že doložení obratu i reference se mělo vztahovat k provozovateli zdravotnického zařízení nikoliv k samotnému zdravotnickému zařízení, zdůrazňuje přitom, že hledá silného provozovatele a nikoliv zdravotnické zařízení.
31. K tomu dodávám, že ze zadávacích podmínek tak, jak jsou zadavatelem v zadávací dokumentaci nastaveny, vyplývá, že hledá silného provozovatele „velkého“ zdravotnického zařízení. Přičemž takový provozovatel (dodavatel) musí prokázat obrat a technickou kvalifikaci k jednomu zdravotnickému zařízení nikoliv v součtu několika zařízení. Výkladem, jaký předkládá zadavatel, by mohl zadávací podmínky splnit i provozovatel 50 „malých“ zdravotnických zařízení v součtu, kdy každé zařízení by disponovalo lůžkovou kapacitou pouhých 12 lůžek, pokud by doložil v součtu i požadovaný obrat a splnil další zadavatelem stanovené podmínky. Tak ale zadávací podmínky nezní. Zadávací podmínky obsahují požadavek vztahující se vždy k jednomu zdravotnickému zařízení, tj. prostoru určenému pro poskytování zdravotnických služeb, jak je definován zákonem o zdravotních službách a prováděcí vyhláškou č. 92/2012 Sb., o požadavcích na minimální technické vybavení zdravotnických zařízení a kontaktních pracovišť domácí péče, ve znění pozdějších předpisů, a nikoliv k součtu vícero zdravotnických zařízení. V tomto se shodují se závěry Úřadu uvedenými v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Nejvíce je pak tento požadavek zadavatele patrný z popisu technické kvalifikace dle § 79 zákona, jak je mimo jiné uvedena v bodě 27 odůvodnění tohoto rozhodnutí, kdy z formulace „[p]ožadované referenční provozované zdravotnické zařízení lůžkového typu musí mít minimální celkovou kapacitu alespoň 560 lůžek“, tedy je zřejmé, že se jedná o jedno unikátní zdravotnické zařízení s kapacitou 560 lůžek, a není možné přistoupit ke sčítání lůžek napříč více zdravotnickými zařízeními.
32. Z dotazu č. 1, který je zachycen ve vysvětlení č. 2, vyplývá, že podmínky byly některým dodavatelům nejasné. V dotazu č. 1 bylo konkrétně uvedeno: „*Jsme jedním z předních tuzemských řetězců zdravotní lůžkové péče s obratem větším než 1 mld. Kč ročně a počtem lůžek větším než 1 tisíc. Rádi bychom se zúčastnili tendru na nemocnici Litoměřice. Z tohoto důvodu se na Vás, jakožto zástupce zadavatele obracíme s dotazem, zda dle bodu 8 zadávací dokumentace (Kvalifikační dokumentace) v části 3) ekonomická kvalifikace a 4) technická kvalifikace splňujeme zadání, když máme 460 lůžek, obrat 520 milionů a dále vlastníme další nemocnici (350 lůžek, obrat 400 mil.) spolu s nemocnicí (200 lůžek, obrat 220 mil. Kč).*“

33. K tomu zadavatel ve vysvětlení č. 2 odpověděl následovně: „*Ano, splníte požadavek na splnění ekonomické kvalifikace, stejně tak i požadavek na splnění technické kvalifikace vztahující se k počtu minimálních lůžek, pokud využijete k prokázání splnění kvalifikace subjekty, které taktéž vlastníte. (...) Vzhledem k charakteru odpovědi na Žádost o vysvětlení č. 1, kdy tyto odpovědi nemohou rozšířit okruh potencionálních dodavatelů, neboť se vůbec zadávací podmínky nemění, neprodluhuje zadavatel lhůtu k podání žádosti o účast.*“
34. Jak již bylo uvedeno výše s odkazem na § 129 odst. 5 zákona zadavatel je povinen postupovat ve zjednodušeném režimu zadávání ve vztahu k zadávacím podmínkám a zadávací dokumentaci obdobně dle § 96 až 99 zákona.
35. Za splnění podmínek § 98 zákona je zadavatel oprávněn vysvětlit zadávací dokumentaci (tj. i kvalifikační dokumentaci). Dle § 98 odst. 5 zákona je zadavatel povinen postupovat podle § 99 zákona pokud by spolu s vysvětlením zadávací dokumentace provedl i změnu zadávacích podmínek. Samotné posouzení toho, zda vysvětlením zadávací dokumentace došlo ke změně zadávací dokumentace, ponechává zákon na zadavateli. Zadavatel je však povinen k takovému posouzení přistupovat s ohledem na dodržení zásad zadávacího řízení. Z dikce § 99 odst. 2 věta druhá poté vyplývá, že pokud by taková změna či doplnění zadávací dokumentace mohly mít za následek rozšíření okruhu účastníků zadávacího řízení, má zadavatel povinnost prodloužit lhůtu pro podání žádosti o účast, a to tak, aby od odeslání změn či doplnění zadávací dokumentace činila nejméně celou svou původní délku. K potenciálnímu rozšíření okruhu možných dodavatelů pak vedou zejm. změny týkající se zmírnění kritérií kvalifikace, zúžení rozsahu předmětu plnění, změna technických podmínek, výraznější zásah do obchodních podmínek apod. (srov. k tomu bližší komentář např. Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 559 – 663).
36. Uvedené závěry rovněž vyplývají z dosavadní rozhodovací praxe. Srov. k tomu např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2015, č. j. 6 As 4/2015-51, kde Nejvyšší správní soud jasně vymezuje své stanovisko, že „*dodatečné informace [mají] pouze vyjasňovat podmínky zadání, ne je měnit. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007-131, ve vztahu k starému zákonu o veřejných zakázkách dospěl k závěru, že postupem poskytování dodatečných informací nemůže být zadávací dokumentace měněna, ale mohou být toliko vysvětlovány nejasnosti, které by z jejího obsahu mohly vyplývat, či upřesňovány údaje v zadávací dokumentaci obsažené, které pro svoji nekonkrétnost brání řádnému zpracování nabídky. Nejvyšší správní soud se ztotožňuje s krajským soudem, který dovodil použitelnost těchto závěrů i pro stávající právní úpravu a konstatoval, že v dodatečné informaci nemohl zadavatel změnit zadání veřejné zakázky tak, aby bylo možné dovést sanaci mostu jako variantní řešení místo demolice mostu.*“ Citovaný judikát je plně aplikovatelný i na postup podle zákona, kde došlo pouze ke změně terminologie (namísto tzv. dodatečných informací je nyní institut označován jako vysvětlení zadávací dokumentace).
37. Takový závěr lze dovést i z citované komentářové literatury: „*Vysvětlení zadávací dokumentace by tedy nemělo mít charakter změny zadávacích podmínek, jejichž neznalost v okamžiku oznámení zadávacího řízení, resp. v okamžiku poskytnutí zadávací dokumentace, by mohla dodavatele ovlivnit v rozhodnutí, zda se zúčastní zadávacího řízení, resp. v jejich*

úsudku, zda jsou schopni podat řádnou nabídku. V opačném případě by se totiž již jednalo o změnu či doplnění zadávací dokumentace, kterýžto institut (a nezbytné postupy zadavatele s tím spojené) je zakotven v § 99. Odstavec 5 komentovaného ustanovení [pozn. § 98 odst. 5 zákona] prostřednictvím odkazu na § 99 vymezuje pravidla postupu zadavatele, pokud vedle vysvětlení zadávací dokumentace zadavatel zadávací podmínky současně změní, příp. doplní. Bude se jednat o situaci, kdy zadavatel (ať již z vlastního podnětu či na žádost dodavatele o vysvětlení) zadávací dokumentaci nevysvětluje (nejen vysvětluje), ale mění či doplňuje. V takovém případě zákonodárce odkazuje na nezbytnost dodržení § 99. Vysvětlení zadávací dokumentace bez její změny či doplnění se tedy řídí odstavci 1 až 4 komentovaného ustanovení, jde-li (současně s vysvětlením) o změnu či doplnění zadávací dokumentace, řídí se postup zadavatele již § 99, zejména pak pokud jde o uveřejnění změny či doplnění a povinné prodloužení lhůt dle § 99.“

38. Z uvedených důvodů bylo třeba předmětné vysvětlení posoudit jako změnu zadávacích podmínek, protože teprve po takovém doplnění informací, jaké zadavatel provedl vysvětlením č. 2, bylo možné dospět k závěru, že je možné prokázat kvalifikační předpoklady v součtu za vícero zdravotnických zařízení. Zadavatel byl tedy povinen přistoupit k postupu dle § 99 zákona. Navíc se jednalo o změnu způsobitou rozšířit okruh možných dodavatelů (oproti stavu před změnou zadávací dokumentace), neboť žádosti o účast mohli podat i ti dodavatelé, kteří se domnívali, že je třeba naplnit ekonomickou a technickou kvalifikaci ve vztahu vždy k jednomu zdravotnickému zařízení. Zmírnění vymezení minimální úrovně kvalifikačního předpokladu, vede k potenciálnímu rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení. Z uvedeného tak vyplývá, že zadavatel byl povinen postupovat podle § 99 odst. 2 zákona. Byl tedy povinen prodloužit lhůtu tak, aby od okamžiku změny činila celou původní délku lhůty pro podání žádosti o účast.
39. Uvedený závěr je v souladu i s rozhodovací praxí Úřadu. Ten se k otázce možného rozšíření okruhu dodavatelů v důsledku změny vymezení minimální úrovně kvalifikačního předpokladu se Úřad vyjádřil např. v rozhodnutí ze dne 8. 9. 2015, č. j. ÚOHS-S0443/2015/VZ-27278/2015/543/MPr. Uvedl, že „*V původně vymezené minimální úrovni předmětného kvalifikačního předpokladu zadavatel významnou dodávku specifikoval jako dodávku s obdobným předmětem plnění jako předmět veřejné zakázky, jejíž minimální hodnota činila částku ve výši 2 000 000 Kč. Po podané žádosti o dodatečné informace zadavatel následně na základě dodatečných informací č. 1 ze dne 19. 12. 2013 zmírnil výše specifikovaný požadavek tak, že k prokázání předmětných technických kvalifikačních předpokladů nově požadoval doložení dodávek dosahujících částky 2 000 000 Kč, přičemž se již nemuselo nutně jednat výhradně o jednu dodávku, ale i o více dílčích dodávek, jejichž součet by dosahoval alespoň hodnoty 2 000 000 Kč, tzn., mohlo se kupříkladu jednat o dvě dodávky v hodnotě 1 000 000 Kč (viz body 23 a 25 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Touto úpravou zadávacích podmínek se nepochybně rozšířil okruh možných dodavatelů předmětu plnění veřejné zakázky. K rozšíření okruhu možných dodavatelů došlo zmírněním požadavku na prokázání zkušenosti dodavatele s dodávkou s obdobným předmětem plnění.“*
40. Zadavatel dále odůvodňuje svůj výklad zadávací podmínky tím, že přistoupil-li by k interpretaci, kterou zastává Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí, pak by se jednalo o diskriminační požadavek. Pokud tedy sám zadavatel dospívá k závěru, že taková

interpretace by byla diskriminační a že jediný možný výklad je takový, jaký podal ve vysvětlení č. 2 (který se ovšem rovná zmírnění kritérií kvalifikace), pak si měl být již v době, kdy připustil takový výklad zadávacích podmínek, vědom, že na základě uvedeného vyjasnění (změně) může dojít k rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení.

41. Vzhledem ke všem shora uvedeným skutečnostem jsem přesvědčen, že zadavatel byl povinen postupovat dle § 99 odst. 2 zákona, což neučinil. Závěry Úřadu obsažené v odůvodnění napadeného rozhodnutí proto považuji za věcně správné a zákonné a plně se s nimi ztotožňuji.
42. Pokud jde o námitku zadavatele vztahující se k bodu 62 odůvodnění napadeného rozhodnutí, pak tu vzhledem k povinnostem uloženým zadavateli § 99 odst. 2 zákona považuji za nedůvodnou. Uvedené ustanovení zadavateli jasně stanovuje povinnost v případě změny nebo doplnění zadávací dokumentace, která může rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení (k čemuž došlo i v posuzovaném zadávacím řízení), prodloužit lhůtu tak, aby od odeslání změny nebo doplnění zadávací dokumentace činila nejméně celou svou původní délku, což zadavatel neučinil. Posouzení toho, zda zbývajících 13 dní do lhůty pro podání žádosti o účast je dostačujících či nikoliv, je bezpředmětné.

K účelu § 258 odst. 2 zákona

43. Zadavatel závěrem poukazuje i na účel § 258 odst. 2 zákona, který má sloužit k tomu, aby zadavatel nebyl vystaven šikanóznímu charakteru zahajovaných řízení, kdy subjekt podávající podnět fakticky nevyužije svých práv v předcházejícím zadávacím řízení a namítá, že se s touto skutečností Úřad v napadeném rozhodnutí nevypořádal.
44. Dle § 258 odst. 2 zákona se nevyřizuje podnět k zahájení řízení z moci úřední, který podá stěžovatel, jenž v téže věci nevyužil možnosti podat námitky.
45. Toto ustanovení omezuje právo stěžovatelů k uplatnění podnětu na přezkoumání postupu zadavatele. Jak sám zadavatel s poukazem na komentářovou literaturu (Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017) uvádí „*Toto právo obecně náleží každé osobě, bez ohledu na právní zájem určité osoby na věci, podle § 42 SpŘ. Nicméně oblast působnosti ZVZ se uplatní zvláštní právní úprava zpoplatnění podání podnětu (blíže viz § 259). V případě, že podnět je podán stěžovatelem, který před tím nevyužil svého práva podat v téže věci námitky podle § 241 a násl., a ÚOHS tuto okolnost zjistí, nebude se podaným podnětem zabývat* [pozn.: vtučnění přidáno předsedou Úřadu], tj. nevzniká právo na vyřízení takového podnětu. Účelem takové právní konstrukce je zjevně zajistit, aby dodavatelé, kteří mohli v souladu se ZVZ využít námitek k obraně svých práv v zadávacím řízení ještě na úrovni zadavatele, toto oprávnění také využili a již v rámci námitek také označili újmu, která jim hrozí či vznikla v důsledku domnělého porušení zákona ze strany zadavatele. [...]“
46. Z dikce zákona i zadavatelem přiložené citace vyplývá, že pokud Úřad zjistí, že podnět podal stěžovatel, který nevyužil možnosti podat námitky, nebude se takovým podnětem zabývat. Vzhledem k tomu, že Úřad v dané věci činil kroky a následně i zahájil správné řízení, svědčí

uvedené již samo o sobě o tom, že podnět nebyl podán osobou, jež nevyužila možnosti podat námitky. Z toho bez dalšího plyne, že Úřad neshledal jakékoliv pochybení stran nedodržení základních předpokladů k projednání podnětu.

47. Nad rámec uvedeného dodávám, že kontrolou správního spisu bylo zjištěno, že podatelé podnětů byly subjekty, jež nebyly oprávněny podat námitky, neboť se jednalo o fyzickou osobu a advokátní kancelář, tedy subjekty, jež s ohledem na předmět koncese ani nebyly způsobilými být potenciálními dodavateli koncese, a že splněna byla i poplatková povinnost.

K námitce zrušení koncesního řízení z čistě formalistických důvodů

48. Jak již bylo uvedeno v úvodu, zákon v případě zjednodušeného režimu poskytuje zadavateli poměrně široké „volné pole působnosti“ avšak stanovuje i hranice, které je zadavatel povinen dodržet. Podrobněji k tomu bod 17 a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Jak bylo Úřadem v napadeném rozhodnutí prokázáno a nyní potvrzeno zadavatel byl povinen postupovat dle § 99 odst. 2 zákona. Takový postup je třeba dodržet i ve zjednodušeném režimu, jak ukládá § 129 odst. 2 zákona. Nejedná se tedy slovy zadavatele o čistý formalismus ze strany Úřadu, ale nedodržení zákonných ustanovení ze strany zadavatele. Za těchto okolností, je Úřad povinen přistoupit dle § 263 odst. 2 zákona k uložení nápravného opatření. Vzhledem k tomu, že pochybení zadavatele se týkalo neprodloužení lhůty pro podání žádosti o účast, přičemž již proběhlo otevírání obálek s žádostmi o účast, nezbylo Úřadu než zrušit celé zadávací řízení.

Obecně k přezkoumání napadeného rozhodnutí

49. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem kromě věcné správnosti výroků napadeného rozhodnutí přezkoumal i jeho zákonnost a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu v řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, když napadené rozhodnutí jsem shledal rovněž zákonným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil porušení zákona a zda toto porušení bylo způsobilé potenciálně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly splněny podmínky pro uložení nápravného opatření, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.
50. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzení zadavatele, že napadené rozhodnutí je nesprávné z důvodu nesprávného posouzení věci a nezákonné z důvodu nesprávné aplikace právních předpisů. Závěry Úřadu, obsažené v napadeném rozhodnutí považuji za správné, dostatečně odůvodněné, vnitřně logicky uspořádané, vycházející z řádně zjištěného skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a rovněž vycházející ze smyslu a účelu zákona.

VI. Závěr

51. 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 důvodu uváděných v rozkladu.
52. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Správa veřejných zakázek s.r.o., Pod Děvínem 2716/43, 150 00 Praha 5

Vypraveno dne:

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