



UOHSX00CD771

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0181/2019/VZ-16972/2019/512/TDv

Brno: 17. června 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 29. 4. 2019 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, IČO 00159816, se sídlem Pekařská 664/53, 656 91 Brno,
- navrhovatel – MEDISTA spol. s r.o., IČO 60199865, se sídlem Dělnická 213/12, 170 00 Praha 7, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 29. 4. 2019 Mgr. Klárou Zábrodskou, advokátkou ev. č. ČAK 10731, se sídlem Rybná 716/24, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Reagencie pro močový analyzátor“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 5. 3. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 7. 3. 2019 pod ev. č. Z2019-007427, a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 5. 3. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 7. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 047-107213,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, IČO 00159816, se sídlem Pekařská 664/53, 656 91 Brno – **nedodržel** při zadávání veřejné zakázky „Reagencie pro močový analyzátor“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 5. 3. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 7. 3. 2019 pod ev. č. Z2019-007427, a do Úředního věstníku Evropské

unie odesláno dne 5. 3. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 7. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 047-107213, **pravidlo stanovené v § 245 odst. 1 zákona** č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že se v odůvodnění nedatovaného **rozhodnutí o námitkách stěžovatele** – MEDISTA spol. s r.o., IČO 60199865, se sídlem Dělnická 213/12, 170 00 Praha 7 – jež byly zadavateli doručeny dne 8. 4. 2019, podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách, když se **vůbec nevyjádřil k následujícím námitkám stěžovatele**, a to:

- k námitce, v rámci které stěžovatel uvedl, že *„(z)adavatel u vypůjčovaných analyzátorů stanovil takové minimální technické požadavky, které jsou pro námi nabízené řešení diskriminační a naopak připouští nabídku jen jediného systému na trhu (výrobce Sysmex).“*;
- k námitce vztahující se k údajně diskriminačnímu parametru „Požadovaný výkon: chemická analýza – 250 vzorků za hodinu, morfologická analýza – 200 vzorků za hodinu“, v rámci které stěžovatel uvedl, že *„(n)avíc takovýmto výkonem žádný ze systémů na trhu reálně nedisponuje.“*,

čímž se výše uvedené nedatované rozhodnutí o námitkách stalo nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů.

II.

Správní řízení vedené ve věci návrhu navrhovatele – MEDISTA spol. s r.o., IČO 60199865, se sídlem Dělnická 213/12, 170 00 Praha 7 – ze dne 29. 4. 2019 se v části návrhu navrhovatele týkající se údajného stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky „Reagencie pro močový analyzátor“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 5. 3. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 7. 3. 2019 pod ev. č. Z2019-007427, a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 5. 3. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 7. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 047-107213, tak, aby odpovídala jedinému systému, který splňuje technické podmínky stanovené zadavatelem – Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, IČO 00159816, se sídlem Pekařská 664/53, 656 91 Brno – pro plnění citované veřejné zakázky, a v části návrhu týkající se údajného stanovení předmětu plnění citované veřejné zakázky v rozporu s ustanovením § 131 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, když zadavatel požaduje uzavření „Rámcové kupní smlouvy“ na dobu 8 let, ačkoliv trvání vztahu z rámcových dohod je citovaným zákonem omezeno na 4 roky, podle § 257 písm. h) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť předmětným částem návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.

III.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, IČO 00159816, se sídlem Pekařská 664/53, 656 91 Brno – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 263 odst. 5 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší nedatované rozhodnutí o námitkách stěžovatele** – MEDISTA spol. s r.o., IČO 60199865, se sídlem Dělnická 213/12, 170 00 Praha 7 – jež byly zadavateli doručeny dne 8. 4. 2019, učiněné v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „Reagencie pro močový analyzátor“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 5. 3. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 7. 3. 2019 pod ev. č. Z2019-007427, a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 5. 3. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 7. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 047-107213.

IV.

Zadavateli – Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, IČO 00159816, se sídlem Pekařská 664/53, 656 91 Brno – **se** podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. S0181/2019/VZ ve věci návrhu navrhovatele – MEDISTA spol. s r.o., IČO 60199865, se sídlem Dělnická 213/12, 170 00 Praha 7 – ze dne 29. 4. 2019 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele **ukládá zákaz uzavřít smlouvu** v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Reagencie pro močový analyzátor“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 5. 3. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 7. 3. 2019 pod ev. č. Z2019-007427, a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 5. 3. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 7. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 047-107213.

V.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, se zadavateli – Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, IČO 00159816, se sídlem Pekařská 664/53, 656 91 Brno – ukládá povinnost

uhradit náklady řízení ve výši 30.000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, IČO 00159816, se sídlem Pekařská 664/53, 656 91 Brno (dále jen „zadavatel“) – odeslal dne 5. 3. 2019 k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení zadávacího řízení, čímž bylo podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zahájeno zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Reagencie pro močový analyzátor“ v otevřeném řízení, přičemž oznámení o zakázce bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 7. 3. 2019 pod ev. č. Z2019-007427 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 047-107213 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodě 4.1 zadávací dokumentace je vymezeno, že *„(p)ředmětem veřejné zakázky jsou průběžné dodávky reagentů pro zapůjčený močový analyzátor po dobu 8 let.“*
3. Podle bodu 4.3 zadávací dokumentace činí předpokládaná hodnota veřejné zakázky 12 277 744,- Kč bez DPH za dobu trvání 8 let. V citovaném bodě zadávací dokumentace je rovněž vymezeno, že předpokládaná hodnota je zároveň i maximální možná a nepřekročitelná cena.
4. V přípisu „Oznámení o zahájení zadávacího řízení“ ev. č. formuláře F2019-007427 ze dne 7. 3. 2019 je mj. stanoveno, že lhůta pro doručení nabídek je do 8. 4. 2019 do 11:00 hodin.
5. Dne 8. 4. 2019 v 9:56 hodin zadavatel obdržel prostřednictvím elektronického nástroje námítky navrhovatele – MEDISTA spol. s r.o., IČO 60199865, se sídlem Dělnická 213/12,

170 00 Praha 7, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 29. 4. 2019 Mgr. Klárou Zábrodskou, advokátkou ev. č. ČAK 10731, se sídlem Rybná 716/24, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“ či „stěžovatel“) – z téhož dne směřující proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky. Nedatovaným rozhodnutím o námitkách zadavatel námitky navrhovatele ze dne 8. 4. 2019 odmítl. Předmětné rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 18. 4. 2019.

6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel stále nepovažoval postup zadavatele při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení za zákonný, podal dne 29. 4. 2019 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 29. 4. 2019 (dále jen „návrh“). Zadavatel obdržel stejnopis návrhu dne 29. 4. 2019.

Obsah návrhu ze dne 29. 4. 2019

7. Navrhovatel v návrhu předně uvádí, že zadavatel stanovil u požadavků na analyzátory, které mají být bezplatně zapůjčeny zadavateli, takové minimální technické požadavky, které umožňují podání nabídky na dodávku pouze jediného systému na trhu (systém výrobce Sysmex), a podle navrhovatele jsou tedy stanoveny v rozporu s ustanovením § 6 odst. 2 zákona.
8. Navrhovatel pak specifikoval jednotlivé parametry, které podle něj jsou ze strany zadavatele stanovené jako účelové a diskriminační. Prvním takovým parametrem je podle navrhovatele: *„Plně automatizovaná močová linka pro chemickou analýzu moči diagnostickými proužky a morfologickou analýzu moči a tělních tekutin průtokovou cytometrií“*. Navrhovatel k tomuto parametru uvádí, že průtokovou cytometrii využívá jen jediný přístroj na trhu, a to přístroj výrobce Sysmex, veškeré ostatní systémy dostupné na trhu využívají technologii digitální analýzy obrazu. Podle navrhovatele v současné době již průtoková cytometrie nepřináší v močové analýze pro laboratoře žádné kvalitativní či provozně-ekonomické výhody oproti technologii digitální analýzy obrazu, a proto naprostá většina laboratoří obdobného typu jako je laboratoř zadavatele, přešla na technologii digitální analýzy obrazu a odklonila se tak od podle navrhovatele starší a méně přesné technologie průtokové cytometrie.
9. Dalším účelovým a diskriminačním parametrem je dle navrhovatele: *„Validovaná analýza tělních tekutin, diferenciací polynukleárů a mononukleárů, rozlišení dysmorfních a isomorfních erytrocytů, kvantifikace bakterií a jejich rozlišení Gram+/Gram-“*. Navrhovatel k tomu uvádí, že se více než 15 let specializuje mj. i na distribuci a servis močových analyzátorů, které umožňují analýzu tělních tekutin, přičemž tvrdí, že měření jiných tělních tekutin než moči na močových analyzátořech jakéhokoli typu se neosvědčilo a téměř se nevyužívá, neboť analýza dalších tělních tekutin či rozlišování bakterií významným způsobem zpomaluje průchodnost systému. Dále navrhovatel tvrdí, že diferenciací polynukleárů a mononukleárů nefunguje s uspokojivými výsledky na žádném močovém analyzátoru nabízeném na relevantním trhu, a oba druhy požadovaných analýz je možné provádět i na jiných technologiích, než je technologie, pro kterou zadavatel sestavil zadávací podmínky veřejné zakázky, a proto považuje zařazení výše uvedených dvou druhů analýz do technických požadavků na močový analyzátor za účelové a diskriminační.

10. Navrhovatel dále tvrdí, že rozlišení bakterií na Gram+/Gram- je požadavek spíše pro mikrobiologickou laboratoř, přičemž k tomu uvádí, že pracoviště zadavatele takové vzorky neanalyzuje, vzorky močí tam ani nepřichází ve vhodných (sterilních) zkumavkách. Dále se navrhovatel odkazuje na zadávací dokumentaci, ve které byl dle navrhovatele požadován výkon: u chemické analýzy 250 vzorků za hodinu, u morfologické analýzy 200 vzorků za hodinu, přičemž dle navrhovatele tento požadavek nekoreluje s denními počty vzorků v laboratoři, kterých je v současné době průměrně 120, jak uvádí navrhovatel. Nadto navrhovatel uvádí, že žádný ze systémů dostupných na relevantním trhu reálně nedisponuje parametry požadovanými v zadávací dokumentaci. Dle navrhovatele je kapacita 120 vzorků za hodinu dostačující, neboť v současné době laboratoř zadavatele využívá analyzátor o výkonu 60 vzorků za hodinu.
11. Dalším parametrem, který stanovil zadavatel diskriminačně a účelově, je podle navrhovatele: *„Řešení zálohy morfologické analýzy analyzátozem stejného typu a výkonu, řešení zálohy pro chemickou analýzu analyzátozem s přenosem výsledků do software pro společnou validaci výsledků chemické a morfologické analýzy“*. Navrhovatel k tomuto parametru uvádí, že při stanovení daného parametru došlo patrně k chybě, neboť zadavatel ve spojení s parametry uvedenými v předchozím odstavci (pozn. Úřadu: myšleno bod 10. odůvodnění tohoto rozhodnutí) požadoval pro morfologickou analýzu výkon 400 vzorků za hodinu, a naopak pro chemickou analýzu by se spokojil se zálohou ve formě poloautomatu. Dále navrhovatel tvrdí, že zadavatelem stanovenou kombinaci parametrů splňuje pouze jediný systém dostupný na trhu, přičemž k tomu uvádí, že *„(p)ro moče chemicky je požadován výkon 250 vzorků za hodinu a pro moče morfologicky jen 200 vzorků za hodinu, ačkoli jsou tato vyšetření vždy požadována současně z jedné a té samé zkumavky (tomu odpovídají i počty vzorků v zadávací dokumentaci zakázky), na druhou stranu se u řešení zálohy zadavatel spokojí s poloautomatem na chemické vyšetření.“* Podle navrhovatele by potřebám zadavatele plně vyhovovaly dva analyzátory s kapacitou 120 vzorků za hodinu pro obě části analýzy.
12. V neposlední řadě je podle navrhovatele diskriminační a účelový rovněž parametr: *„Kontrola kvality pro morfologickou analýzu zahrnuje erytrocyty, leukocyty, epitelie, válce a bakterie, se statistickým výstupem: směrodatná odchylka, variační koeficient, Levey-Jenningsův graf“*. K tomuto parametru navrhovatel uvádí, že takto detailně a taxativně vymezené kontrolované parametry jsou diskriminační, neboť zvýhodňují pouze jediného dodavatele, a současně v běžné praxi nemají žádný význam. Dle navrhovatele tyto požadavky na kontrolu kvality neodpovídají v žádném aspektu požadavkům definovaným ze strany pojišťoven a ani pro toto neexistuje žádné odborné doporučení.
13. Navrhovatel v návrhu dále tvrdí, že se zadavatel žádným způsobem nevypořádal s námitkou, že jím stanovené minimální technické požadavky připouští nabídku jen jediného systému na trhu (výrobce Sysmex). Podle navrhovatele zadavatel ani žádným způsobem neprokázal a neodůvodnil stanovení jednotlivých parametrů, které navrhovatel v námitkách ze dne 8. 4. 2019 považuje za diskriminační, přičemž navrhovatel dále uvádí, že argumentace zadavatele je velmi stručná, když např. v nedatovaném rozhodnutí o námitkách uvedl, že to, jak bude zadavatel zmíněné technologie využívat je zcela v kompetenci laboratoře. Navrhovatel je tak přesvědčen, že z nedatovaného rozhodnutí o námitkách nelze vyčíst konkrétní a zřejmé důvody, které zadavatele vedly ke stanovení technických požadavků na plnění předmětu veřejné zakázky.

14. Navrhovatel se rovněž domnívá, že i předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla ze strany zadavatele stanovena tak, aby odpovídala jedinému systému, který splňuje technické podmínky stanovené zadavatelem pro plnění veřejné zakázky. Navrhovatel uvádí, že *„(předpokládaná hodnota veřejné zakázky je při přepočtu na jedno stanovení moči chemicky a morfologicky stanovena ve výši 34,60 Kč bez DPH. Takto stanovená předpokládaná hodnota je přibližně 2x až 3x vyšší, než je v současné době cena na trhu obvyklá za tato stanovení moči chemicky a morfologicky.“*
15. Navrhovatel rovněž tvrdí, že předmět plnění veřejné zakázky je stanoven v rozporu s ustanovením § 131 odst. 3 zákona, neboť zadavatel požaduje uzavření „Rámcové kupní smlouvy“ na dobu 8 let, ačkoliv trvání vztahu z rámcových dohod je zákonem omezeno na 4 roky. Navrhovatel tak k tomu uvádí, že zákon umožní delší trvání vztahu z rámcové dohody jen ve výjimečných a řádně odůvodněných případech, přičemž podle navrhovatele zadavatel žádným způsobem překročení zákonem stanovené 4 leté doby neodůvodnil.
16. Navrhovatel tak s ohledem na jím uvedené skutečnosti tvrdí, že zadavatel porušil § 6 odst. 2 zákona, když předmět veřejné zakázky vymezil tak, že je možné jej splnit dodávkou pouze jediného systému na trhu (systém výrobce Sysmex). Dále podle navrhovatele došlo ze strany zadavatele k porušení § 16 zákona ve spojení s § 6 zákona, když předpokládanou hodnotu veřejné zakázky neurčil postupem stanoveným v § 16 odst. 6 zákona. V neposlední řadě navrhovatel uvádí, že se zadavatel dopustil porušení § 36 odst. 1 zákona, když zadávací podmínky veřejné zakázky nebyly stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo nezaručovaly konkurenční výhodu a nevytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, přičemž navrhovatel doplňuje, že takovýto postup zadavatele byl rovněž porušením zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace podle § 6 odst. 2 zákona.
17. V závěru návrhu navrhovatel navrhuje, aby Úřad podle § 263 odst. 5 zákona uložil zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku a zároveň podle § 263 odst. 8 zákona zakázal zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

18. Úřad obdržel návrh dne 29. 4. 2019 a tímto dnem bylo podle ustanovení § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
19. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
20. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0181/2019/VZ-12293/2019/512/TDv ze dne 2. 5. 2019, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne a zadavateli dne 3. 5. 2019.
21. Dne 7. 5. 2019 byla Úřadu doručena část dokumentace o zadávacím řízení jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem. Dne 9. 5. 2019 Úřad obdržel prostřednictvím datové schránky zadávací dokumentaci k předmětné veřejné zakázce, vyjádření zadavatele ze dne 7. 5. 2019 k návrhu a část dokumentace o zadávacím řízení.

Vyjádření zadavatele ze dne 7. 5. 2019

22. Zadavatel ve svém vyjádření nejprve cituje bod 4.1 a 4.3 zadávací dokumentace a následně uvádí, že ve svém nedatovaném rozhodnutí o námitkách navrhovatele se detailně vyjádřil ke všem navrhovatelem namítaným skutečnostem a podrobně odůvodnil své odmítnutí.
23. Dále se zadavatel vyjádřil k tvrzením navrhovatele vztahující se k jednotlivým parametrům na minimální technické požadavky močového analyzátoru, které jsou dle navrhovatele stanoveny diskriminačně a účelově. První takovým parametrem je dle navrhovatele: *„Plně automatizovaná močová linka pro chemickou analýzu moči diagnostickými proužky a morfologickou analýzu moči a tělních tekutin průtokovou cytometrií“*. K tomuto parametru zadavatel uvádí, že průtoková cytometrie je obecně využívaná metoda analýzy/diferenciace biologických částic v usměrněném toku kapaliny, přičemž v zadávací dokumentaci není nikde uvedeno, jakou technikou (např. kamera nebo laser) mají být jednotlivé částice/buňky v usměrněném toku detekovány či rozlišovány.
24. Zadavatel dále tvrdí, že v minimálních technických požadavcích na močový analyzátor nikde neuvádí, jakou technikou mají být biologické částice v usměrněném toku kapaliny detekovány, a tím tak dle zadavatele zadání veřejné zakázky vyhovuje více výrobků (výrobců) včetně výrobku navrhovatele. Zadavatel nadto uvádí, že kromě výrobku firmy Sysmex, který dle navrhovatele jako jediný splňuje zadavatelem stanovené minimální technické požadavky na močový analyzátor, se jedná např. i o výrobek Beckman Coulter Iris iQ 200. Zadavatel dále uvádí, že v bodě 4.1 zadávací dokumentace v odstavci „Technické požadavky“ stanovil, že pokud je v technických podmínkách použit způsob řešení specifický pro určitého výrobce, jedná se pouze o ilustrativní příklady vhodných přístrojů, přičemž zadavatel umožňuje pro plnění veřejné zakázky použití jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení za současného splnění požadovaného účelu použití a minimálních technických požadavků. Podle zadavatele tak z toho vyplývá, že i kdyby navrhovatel nechápal průtokovou cytometrii jako obecnou metodu, ale jako způsob řešení specifický pro určitého výrobce, neznamenaloby to, že by nemohl podat nabídku na přístroj pracující na jiném, kvalitativně a technicky obdobném principu řešení.
25. Dále se zadavatel vyjádřil k tvrzením navrhovatele týkajícím se dalšího údajně diskriminačního a účelového parametru: *„Validovaná analýza tělních tekutin, diferenciace polynukleárů a mononukleárů, rozlišení dysmorfních a isomorfních erytrocytů, kvantifikace bakterií a jejich rozlišení Gram+/Gram-“*. Zadavatel předně uvádí, že tvrzení navrhovatele na to, co a jak má či může být analyzováno v praktickém provozu klinické laboratoře, není relevantní. Dle zadavatele je na jeho pracovišti (již cca 12 let) využívána technologie navrhovatele, a provádění diferenciace polynukleárů a mononukleárů na jejich analyzátoru pro účely verifikace manuálního postupu nebylo využíváno právě proto, že jejich instrumentace nefungovala s uspokojivými výsledky, přičemž daná technologie navrhovatele umístěná u zadavatele navíc neumožňuje další analýzy potřebné pro pacienty zadavatele.
26. Zadavatel se dále vyjádřil k tvrzení navrhovatele, že *„(r)ozlišení bakterií na Gram+/Gram- je požadavek spíše pro mikrobiologickou laboratoř, pracoviště zadavatele takové vzorky neanalyzuje, vzorky moči tam ani nepřichází ve vhodných – sterilních – zkumavkách.“* Zadavatel k tomu uvádí, že z daného tvrzení je zřejmé, že navrhovatel s předmětným vyšetřením nemá žádné praktické zkušenosti, neboť k základnímu vyšetření na přítomnost

bakterií v moči je vždy využíván diagnostický proužek, na kterém probíhá Griesseho reakce, která je citlivá zejména ke gramnegativním bakteriím, přičemž její negativní výsledek nevyklučuje přítomnost jiných bakterií, především gram pozitivních. Podle navrhovatele rozlišení přítomnosti Gram+/Gram- bakterií jistě nenahrazuje mikrobiologické vyšetření, ale může být pro lékaře první a důležitou informací o přítomnosti močové infekce. Navrhovatel dále tvrdí, že informace o přítomnosti grampozitivních bakterií může být navíc využívána v rámci rozporových pravidel při validaci výsledků močové analýzy.

27. Navrhovatel taktéž zpochybňoval požadavky zadavatele na výkon analyzátorů (chemická analýza 250 vzorků za hodinu, morfologická analýza 200 vzorků za hodinu). Zadavatel k tomu uvádí: „*Požadavky na statimové vyšetření moče nejsou rozvrženy rovnoměrně v průběhu dne či noci ani v průběhu týdne, ale jsou nárazové s typickým vrcholem např. v ranních hodinách. V té době je nutná dostatečná celková kapacita, aby průchodnost statimových vzorků úsekem automatizované analýzy byla 60 minut od příjmu materiálu, jinak může dojít k poškození/rozpadu některých elementů (morfologická analýza moče je proto vždy statim vyšetření).*“ Zadavatel pak jako důležitou skutečnost označil to, že současná kapacita instrumentace na pracovišti je nedostatečná, vyžaduje přítomnost dvou pracovníků na úseku, a v případě poruchy stávajícího jediného analyzátoru zadavatele není zadavatel schopen zajistit vyšetření moče v požadovaném čase. Požadovaný výkon je tak dle zadavatele v zadávací dokumentaci stanoven s ohledem na rovnoměrné rozložení morfologické analýzy na dva přístroje a rovněž pro zajištění provozu v případě havárie jednoho z analyzátorů.
28. Zadavatel se dále věnoval parametru: „*Řešení zálohy morfologické analýzy analyzátozem stejného typu a výkonu, řešení zálohy pro chemickou analýzu analyzátozem s přenosem výsledků do software pro společnou validaci výsledků chemické a morfologické analýzy*“, kdy navrhovatel k tomuto parametru uvádí, že „*(...) při stanovení tohoto parametru došlo patrně k chybě. Zadavatel ve spojení s parametry uvedenými v bodu 3. výše požadoval pro morfologickou analýzu výkon 400 vzorků za hodinu. Naopak pro chemickou analýzu by se spokojil se zálohou ve formě poloautomatu.*“ Navrhovatel dále k tomu uvádí, že by měly být dodány dva analyzátory o stejném výkonu pro chemické i morfologické vyšetření moče. Podle zadavatele z tvrzení navrhovatele vyplývá, že navrhovatel nemá praktickou zkušenost s prací ve velké klinické laboratoři, neboť provádění chemického vyšetření moče diagnostickými proužky není dle zadavatele tak problematické ani časově náročné jako morfologická analýza. Zadavatel pak tvrdí, že je v silách oddělení havárii analyzátoru na chemické vyšetření moče zvládnout méně kapacitní zálohou s ev. pomocí manuální metody, avšak není možné zvládnout manuálně morfologickou analýzu moče při havárii tohoto analyzátoru. Nadto zadavatel uvádí, že řešení případné havárie je čistě provozní potřeba zadavatele, kterou navrhovatel nemůže posoudit, a tudíž je námitka navrhovatele irelevantní.
29. Zadavatel dále uvádí, že ta skutečnost, že v současné době pracuje s analyzátozem s kapacitou 60 vyšetření za hodinu, neznamená, že daná kapacita zadavateli provozně vyhovuje, a to jaké jsou potřeby příslušné laboratoře zadavatele, musí posoudit zadavatel nikoliv navrhovatel. Zadavatel doplňuje, že dle něj informace, které navrhovatel určitým způsobem získal během cca 12 let, kdy u zadavatele provozuje své analyzátory, nemůže

používat ve své argumentaci, a to především z toho důvodu, že ostatní potenciální dodavatelé tyto informace nemají.

30. Dále se zadavatel vyjadřuje k parametru: *„Kontrola kvality pro morfologickou analýzu zahrnuje erytrocyty, leukocyty, epitelie, válce a bakterie, se statistickým výstupem: směrodatná odchylka, variační koeficient, Levey-Jenningsův graf“*, kdy navrhovatel zpochybňuje požadavek na kontrolu kvality pro morfologickou analýzu. Zadavatel uvádí, že kontrola kvality pro parametry, které jsou vydávány na protokolu o výsledku vyšetření, je standardním požadavkem systému řízení kontroly kvality laboratorních vyšetření, a požadavek na danou kontrolu kvality má smysl i pro systémy detekující biologické částice na principu obrazové analýzy, přičemž tento systém kontroly kvality by bylo možné provádět i na systému navrhovatele (s nativními vzorky), ale bylo by to personálně a časově náročnější. Podle zadavatele se tak nemůže jednat o diskriminační požadavek. V souvislosti s tvrzením navrhovatele, že *„(p)ožadavky na kontrolu kvality neodpovídají v žádném aspektu požadavkům definovaným ze strany pojišťoven.“*, zadavatel uvádí, že *„zdravotní pojišťovny nedefinují ani neurčují, jakým způsobem má být prováděna kontrola kvality. Zdravotní pojišťovny požadují doložit doklad o akreditaci u Českého institutu pro akreditaci.“*
31. Zadavatel se dále vyjadřuje k tvrzení navrhovatele, že předpokládaná hodnota je přibližně 2x až 3x vyšší, než je v současné době cena na trhu obvyklá za tato stanovení moči chemicky a morfologicky, přičemž k tomu zadavatel uvádí, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena v souladu s § 16 odst. 6 zákona, a to na základě cen, za které v současné době stávající dodavatel dodává zadavateli diagnostiky pro analýzy moče, tedy dle zadavatele v souladu s § 19 odst. 1 písm. a) zákona, § 19 odst. 2 zákona a § 20 písm. a) zákona.
32. Zadavatel se dále věnuje tvrzení navrhovatele, že *»(...) předmět plnění zakázky je stanoven v rozporu s ustanovením § 131(3) zákona, když zadavatel požaduje uzavření „Rámcové kupní smlouvy“ na dobu 8 let, ačkoliv trvání vztahu z rámcových dohod je zákonem omezeno na 4 roky«*, kdy uvádí, že nepožaduje uzavření rámcové smlouvy ve smyslu § 131 zákona, tedy jako rámcovou dohodu, ale předmětná smlouva je dle zadavatele nepojmenovanou smlouvou ve smyslu § 1746 odst. 2 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), tedy se jedná o specifický smluvní typ dle občanského zákoníku. Zadavatel dále tvrdí, že označením kupní smlouvy jako „rámcové“ automaticky nedochází k postupu dle hlavy II části šesté zákona, navíc podle zadavatele je z textu zadávací dokumentace a zadávacích podmínek zřejmé, že zadavatel nepostupuje dle hlavy II části šesté zákona.
33. Zadavatel tak tvrdí, že jím definované minimální technické požadavky na veřejnou zakázku nebyly stanoveny nikterak diskriminačně a přímo v zadávací dokumentaci připustil a umožnil pro plnění veřejné zakázky použití jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení za současného splnění požadovaného účelu použití a minimálních technických požadavků.
34. Zadavatel závěrem uvádí, že ty informace, které navrhovatel získal tím, že na pracovišti zadavatele má již řadu let své analyzátoři, nemůže v návrhu používat, a veškeré takové informace by neměly být brány na zřetel. Podle zadavatele může navrhovatel argumentovat jen faktickými technickými a funkčními parametry jeho analyzátorů a informacemi všeobecně dostupnými pro všechny potenciální dodavatele. Dále zadavatel doplňuje, že pokud by uznal námítky navrhovatele, znamenalo by to, že nemá nárok na pořízení

předmětu plnění podle svých požadavků a potřeb, ale pouze podle možností a nabídky jednotlivých dodavatelů.

Další průběh správního řízení

35. Usnesením č. j. ÚOHS-S0181/2019/VZ-13403/2019/512/TDv ze dne 14. 5. 2019 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení na veřejnou zakázku pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
36. Usnesením č. j. ÚOHS-S0181/2019/VZ-15054/2019/512/TDv ze dne 30. 5. 2019 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
37. Úřad dne 6. 6. 2019 obdržel vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne.

Vyjádření navrhovatele ze dne 6. 6. 2019

38. Navrhovatel uvádí, že i s ohledem na vyjádření zadavatele ze dne 7. 5. 2019 nadále trvá na skutečnosti, že minimální technické parametry, jejichž kumulativní splnění požaduje zadavatel v zadávací dokumentaci, jsou stanoveny tak, že veškeré tyto parametry může současně splnit pouze jediný systém na trhu, a to systém výrobce Sysmex. Navrhovatel dále dodává, že v současné době žádný jiný systém dostupný na trhu nesplňuje kombinaci všech těchto parametrů:

„(a) Požadované měřené parametry u morfologické analýzy moči: erytrocyty, nelyzované erytrocyty, leukocyty, shluky leukocytů, epitelie - dlaždicové, přechodné, renální tubulární, hyalinní a patologické válce, bakterie, krystaly, kvasinky, spermie, hlen,

(b) Modulární systém obsluhovaný prostřednictvím software z jednoho pracovního místa, možnost uživatelského nastavení validačních a rozporových pravidel pro močovou analýzu, kompletní zobrazení výsledků na jedné obrazovce, možnost automatické validace výsledků,

(c) Validovaná analýza tělních tekutin, diferenciací polynukleárů a mononukleárů, rozlišení dysmorfních a isomorfních erytrocytů, kvantifikace bakterií a jejich rozlišení Gram+/Gram-,

(d) Požadovaný výkon: chemická analýza – 250 vzorků za hodinu, morfologická analýza – 200 vzorků za hodinu,

(e) Možnost navýšení kapacity pro morfologickou analýzu bez nutnosti nových připojení do LIS a bez nutnosti zakládat nové pracovní místo,

(f) Řešení zálohy morfologické analýzy analyzátozem stejného typu a výkonu, řešení zálohy pro chemickou analýzu analyzátozem s přenosem výsledků do software pro společnou validaci výsledků chemické a morfologické analýzy,

(g) Všechny analytické systémy jsou propojeny společným podavačem vzorků,

(h) Kontrola kvality pro morfologickou analýzu zahrnuje erytrocyty, leukocyty, epitelie, válce a bakterie, se statistickým výstupem: směrodatná odchylka, variační koeficient, Levey-Jenningsův graf.“

39. Navrhovatel dále tvrdí, že s ohledem na jím výše uvedené skutečnosti nemůže obstát ani tvrzení zadavatele: *„Protože zadavatel v technických požadavcích VZ nikde neuvádí, jakou*

technikou mají být biologické částice v usměrněném toku kapaliny detekovány, vyhovuje zadání VZ více výrobkům včetně výrobků navrhovatele a VZ proto není z tohoto pohledu diskriminační.“, přičemž k tomu navrhovatel uvádí, že vzhledem ke skutečnosti, jak zadavatel nastavil minimální technické parametry, jejichž splnění striktně vyžaduje, není již podle něj relevantní skutečnost, že neuvedl přesný požadavek na techniku detekování biologických částic v usměrněném toku kapaliny.

40. Navrhovatel dále uvádí, že minimální technické parametry jsou v zadávací dokumentaci stanovené tak, že neumožňují dodání přístroje pracujícího na jiném, kvalitativně a technicky obdobném principu řešení, a dle navrhovatele je tak část označená „Technické požadavky“ v bodě 4.1 zadávací dokumentace pouze účelovým tvrzením, které fakticky není možné využít.
41. Dále navrhovatel tvrdí, že skutečnost, jakou technologii zadavatel v současné době využívá, lze považovat za zcela irelevantní, přičemž k požadavku na analýzu tělních tekutin, diferenciaci polynukleárů a mononukleárů navrhovatel uvádí, že zadavatel v současné době v hematologické laboratoři využívá technologii, která toto umožňuje, a dokonce v lepší kvalitě, než kterou nabízí jakýkoliv močový analyzátor na trhu, a tudíž navrhovatel považuje stanovení tohoto požadavku ze strany zadavatele za zcela účelové, neekonomické a neekonomické. Navrhovatel nadto doplňuje, že v České republice s největší pravděpodobností neexistuje laboratoř, která by tuto funkci jakéhokoliv močového analyzátoru využívala.
42. Navrhovatel se dále věnuje požadavku: „*Rozlišení bakterií na Gram+/Gram-*“, přičemž k tomu uvádí, že nijak nezpochybňuje důležitost zachytu jak Gram+, tak Gram- bakterií, ale za diskriminační považuje požadavek na jejich rozlišení, který podle něj nemá žádné klinické opodstatnění.
43. Navrhovatel v další části svého vyjádření reaguje na tvrzení obsažená ve vyjádření zadavatele ze dne 7. 5. 2019. Nejprve se navrhovatel zabývá tvrzením zadavatele týkajícím se následujících parametrů: *"Požadovaný výkon: chemická analýza – 250 vzorků za hodinu, morfologická analýza – 200 vzorků za hodinu" a "Řešení zálohy morfologické analýzy analyzátozem stejného typu a výkonu, řešení zálohy pro chemickou analýzu analyzátozem s přenosem výsledků do software pro společnou validaci výsledků chemické a morfologické analýzy"*, přičemž s ohledem na výše citované parametry navrhovatel uvádí, že *„zadavatel fakticky požaduje pro mikroskopické stanovení moče hodinový výkon 400 vzorků za hodinu.“* Navrhovatel se tak domnívá, že zadavatel ve vyjádření ze dne 7. 5. 2019 žádným způsobem nevysvětluje, z jakého důvodu je třeba navýšit současnou kapacitu 60 vzorků za hodinu více než šestinásobně, a dle navrhovatele jsou výše citované technické parametry stanoveny ze strany zadavatele zcela účelově, neboť kombinaci těchto parametrů splňuje pouze jediný systém dostupný na trhu, a to systém výrobce Sysmex.
44. Navrhovatel dále reaguje na tvrzení zadavatele, že *„kontrola kvality pro parametry, které jsou vydávány na protokolu o výsledku vyšetření, je standardním požadavkem systému řízení kontroly kvality laboratorních vyšetření.“*, přičemž k tomu navrhovatel uvádí, že v příloze č. 1 zadávací dokumentace je uvedeno: *"Požadované měřené parametry u morfologické analýzy moči: erytrocyty, nelyzované erytrocyty, leukocyty, shluky leukocytů, epitelie - dlaždicové, přechodné, renální tubulární, hyalinní a patologické válce, bakterie, krystaly, kvasinky,*

spermie, hlen.”. Podle navrhovatele tak zadavatel v daném technickém parametru vyžaduje měření 14 parametrů, avšak v dalším technickém parametru, který stanoví požadavky na kontrolu kvality, již požaduje pouze 5 parametrů, a tudíž takto stanovené požadavky shledává navrhovatel za účelově stanovené tak, aby odpovídaly výrobkům firmy Sysmex.

45. Dále se navrhovatel věnuje tvrzení zadavatele, že předpokládaná hodnota byla stanovena na základě cen, za které mu v současné době stávající dodavatel dodává svá diagnostika pro analýzu moči, a byla stanovena jako předpokládaná výše úplaty za celou dobu trvání smlouvy, přičemž k tomu navrhovatel uvádí, že je mu známo, že náklady na chemické a morfologické stanovení zadavatele činily v roce 2018 částku 591 000,- Kč bez DPH, avšak předpokládaná hodnota za 1 rok plnění předmětné veřejné zakázky byla podle navrhovatele stanovena ze strany zadavatele ve výši 1 534 718,- Kč bez DPH, tedy v hodnotě blížíící se trojnásobku stávajících ročních nákladů na chemické a morfologické stanovení.
46. Navrhovatel se rovněž vyjadřuje k tvrzení zadavatele, že v rámci zadávacího řízení předmětné veřejné zakázky nepožaduje uzavření rámcové dohody ve smyslu §131 zákona, ale uzavření rámcové smlouvy ve smyslu § 1746 odst. 2 občanského zákoníku a označení kupní smlouvy jako „rámcové“ shledává pouze označením smluvního typu a nikoliv indikace postupu dle hlavy II. části šesté zákona. Navrhovatel uvádí, že s tímto tvrzením zadavatele zásadně nesouhlasí, a to z toho důvodu, že na základě rámcové kupní smlouvy, jejíž návrh tvoří přílohu č. 2 zadávací dokumentace, nedochází k vlastní dodávce zboží, ale pouze k možnosti zadavatele dané zboží po dobu trvání rámcové kupní smlouvy nakupovat u vybraného dodavatele za předem stanovených podmínek uvedených v rámcové kupní smlouvě, avšak s tím, že konkrétní plnění nemusí být ze strany zadavatele vůbec realizováno, nedojde-li k uzavírání dílčích smluv. Podle navrhovatele tak návrh rámcové kupní smlouvy naplňuje veškeré znaky rámcové dohody dle § 131 zákona a navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel stanovil dobu trvání vztahu z rámcové dohody v rozporu s ustanovením § 131 odst. 3 zákona, když požaduje její uzavření na dobu 8 let.
47. V neposlední řadě se navrhovatel vyjádřil k tvrzení zadavatele, že během zadávací lhůty měl navrhovatel možnost vznést žádost o vysvětlení zadávací dokumentace a zeptat se na konkrétní parametry, které mu nejsou jasné, avšak navrhovatel této možnosti nevyužil a připravil se tak sám o možnost podat nabídku, přičemž k tomu navrhovatel uvádí, že *„zadavatel má vždy povinnost vymezit své požadavky v zadávací dokumentaci způsobem, který bude vnímán a chápán všemi subjekty stejně a jednoznačně, a který nesmí dávat žádný prostor pro pochybnosti či rozdílný výklad. Pokud požadavky na zpracování nabídky nejsou zcela srozumitelné a jednoznačné, tj. pokud požadavky objektivně připouštějí rozdílný výklad a vzniká interpretační nejistota, pak taková zadávací dokumentace nemůže obstát.“* Navrhovatel tak tvrdí, že neměl důvod postupovat podle § 98 zákona, jelikož zadavatelem stanovené minimální technické parametry jsou jednoznačné a indikují snahu o velmi úzké vymezení požadovaného předmětu plnění veřejné zakázky.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

48. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména relevantních částí obdržené dokumentace o zadávacím řízení, stanovisek předložených účastníky správního řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel postupoval v rozporu se

zákonem při vyřizování části námitek navrhovatele, a proto přistoupil ke zrušení nedatovaného rozhodnutí o námitkách pro jeho nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů. Úřad rovněž přezkoumal náležitosti návrhu na základě § 251 zákona a po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění rozhodl o zastavení správního řízení v části návrhu navrhovatele týkající se údajného stanovení předpokládané hodnoty předmětné veřejné zakázky tak, aby odpovídala jedinému systému, který splňuje technické podmínky stanovené zadavatelem pro plnění předmětné veřejné zakázky, a v části návrhu týkající se údajného stanovení předmětu plnění předmětné veřejné zakázky v rozporu s ustanovením § 131 odst. 3 zákona, když zadavatel požaduje uzavření „Rámcové kupní smlouvy“ na dobu 8 let, ačkoliv trvání vztahu z rámcových dohod je zákonem omezeno na 4 roky, neboť návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky podle § 257 písm. h) zákona.

49. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

50. Úřad v šetřeném případě nejprve ověřil postavení zadavatele podle § 4 zákona.

51. Podle § 4 odst. 1 písm. c) zákona veřejným zadavatelem je státní příspěvková organizace.

52. Z úplného znění řízovací listiny zadavatele ze dne 10.5.2007 dostupné online: https://iweb3.fnusa.cz/wp-content/uploads/2018/01/Zrizovaci_listina_FN.pdf vyplývá, že zadavatel byl zřízen jako státní příspěvková organizace, a to Ministerstvem zdravotnictví, IČO 00024341, se sídlem Palackého náměstí 4, 128 01 Praha 2 (dále jen „Ministerstvo zdravotnictví“).

53. S ohledem na shora uvedené skutečnosti Úřad tuto část odůvodnění uzavírá s konstatováním, že zadavatel, tj. Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, coby státní příspěvková organizace zřízená Ministerstvem zdravotnictví, je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. c) zákona, pročež se na něj vztahují ustanovení zákona.

K výroku I. rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

54. Podle § 6 zákona musí zadavatel při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

55. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma (dále jen „stěžovatel“).

56. Podle § 242 odst. 1 zákona platí, že není-li dále uvedeno jinak, musí být námitky doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem; námitky nelze podat po uzavření smlouvy nebo poté, co se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.

57. Podle § 242 odst. 4. zákona pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty; v případě jednacího řízení s uveřejněním musí být námitky proti zadávací

dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek.

58. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
59. Podle § 245 odst. 2 zákona pokud zadavatel neshledá důvody pro vyhovění, námitky rozhodnutím odmítne. Za odmítnutí se považuje i částečné vyhovění námitkám nebo provedení jiného opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel v námitkách domáhal. Provede-li zadavatel jiné opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel domáhá, je stěžovatel oprávněn podat nové námitky i proti takovému opatření k nápravě.
60. Podle § 263 odst. 1 zákona Úřad není vázán návrhem, pokud jde o ukládané nápravné opatření.
61. Podle § 263 odst. 5 zákona je-li odůvodnění rozhodnutí o námitkách, jímž byly námitky odmítnuty, nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů, může Úřad uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách; v takovém případě platí, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námitky s totožným obsahem. Tyto nové námitky nemůže zadavatel odmítnout jako opožděné.

Ke zrušení rozhodnutí o námitkách v obecné rovině

62. Úřad nejprve v obecné rovině k problematice institutu námitek uvádí, že námitky jsou procesní institut, který představuje primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námitky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje, či je odmítá, a zároveň toto své rozhodnutí odůvodnit, a to v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona), tedy tak, aby rozhodnutí zadavatele bylo zpětně přezkoumatelné. Úřad v této souvislosti odkazuje na ustálenou judikaturu (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159), podle které požadavek transparentnosti *„není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele“*. Tato povinnost zadavatele, dovoditelná již ze samotných zásad zadávání veřejných zakázek, je pak v ustanovení § 245 odst. 1 zákona zdůrazněna výslovným požadavkem na to, aby se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem v nich uvedeným.
63. Přímo ze zákonného ustanovení tedy plyne, že zadavatel své povinnosti ve vztahu k řádně podaným námitkám nesplní, pokud se s nimi vypořádá pouze obecným sdělením, aniž by své rozhodnutí opřel o argumentaci založenou na konkrétních a přezkoumatelných skutečnostech. Za takové (nedostatečné) obecné sdělení je možno např. považovat obecné konstatování, že se namítaného pochybení zadavatel nedopustil a námitky z toho důvodu neshledává relevantní. Povinnost podrobně a srozumitelně se vyjádřit ke všem skutečnostem

uvedeným v námitkách má zadavatel i v případě zcela nesouvisejících či lichých argumentů stěžovatele, a to v tom smyslu, že musí (konkrétním a zpětně přezkoumatelným způsobem) odůvodnit, proč argumentaci stěžovatele pokládá za nesouvisející, resp. lichou.

64. Úřad pokládá za potřebné zároveň vyjasnit, že uvedené nároky, které jsou na vyřízení námitek zákonem kladeny, byť by se mohly na první pohled jevit jako přísné, nejsou ve vztahu k zadavateli nikterak nespravedlivé. Je totiž třeba předně vycházet z toho, že primárním účelem regulace zadávání veřejných zakázek je ochrana prostředků, které jsou prostřednictvím veřejných zakázek vynakládány, a to především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, na jejichž základě jsou veřejné zakázky plněny, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Má-li zadavatel (právě za účelem ochrany hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s takto vydávanými prostředky) zákonem stanovenou obecnou povinnost zadávat veřejné zakázky prostřednictvím v zákoně upravených zadávacích řízení (nelze-li na danou veřejnou zakázku vztáhnout některou ze zákonem definovaných výjimek z této povinnosti) a je-li zadavatel zároveň osobou odpovědnou za zákonný průběh daného zadávacího řízení, nelze považovat za nepřiměřené, aby měl zároveň povinnost k námitce stěžovatele svůj postup relevantním způsobem odůvodnit. Jinými slovy řečeno, je-li zadavatel ve své smluvní volnosti zákonem omezen v tom smyslu, že k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku může obecně přistoupit toliko na základě formalizovaného postupu, který musí vyhovět zákonem stanoveným podmínkám, musí na každý svůj krok v zadávacím řízení nahlížet též z toho pohledu, zda je v souladu se zákonem. Za takového stavu věci nemůže pro zadavatele představovat žádný problém své úvahy, na základě kterých dospěl k závěru, že postupuje v souladu se zákonem, stěžovateli sdělit. Navíc je právě transparentní pouze takový postup zadavatele, kdy obdrží výtky dodavatele a reaguje na ně tak, že se s nimi srozumitelně a jasně vypořádá. To implikuje, že zareaguje na všechny vznesené argumenty a např. uvede, proč je nepovažuje za legitimní. Právě to je základním smyslem řízení o námitkách. Postup, kdy dodavatel vznesl řadu argumentů, pro které považuje postup zadavatele za nezákonný, a zadavatel část z nich ignoruje či na konkrétní argumenty reaguje nedůvodně jen povšechně, aniž by vysvětlil, proč tato námitka není důvodná, nemůže být v souladu se zákonem.
65. Lze konstatovat, že každý dodavatel pohybující se na relevantním trhu má právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení a právo na nezávislý přezkum úkonů či rozhodnutí zadavatele poté, co se u něj dotčený uchazeč neúspěšně bránil námitkami dle zákona (k tomuto závěru srovnatelný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 4. 2008, č. j. 5 As 50/2006-137). Právě k plnohodnotnému naplnění tohoto práva pak směřuje úprava uvedená v ustanovení § 245 odst. 1 a v § 263 odst. 5 zákona.
66. Jestliže totiž stěžovatel podá zadavateli námitky, musí se jimi zadavatel zabývat s veškerou pečlivostí. Je tomu tak především proto, že prostřednictvím rozhodnutí o námitkách zadavatel stěžovatele seznamuje se svým pohledem na stěžovatelem vznesené argumenty, což může mít zásadní význam pro rozhodnutí stěžovatele o jeho dalším postupu, tj. zejména též o tom, zda bude proti postupu zadavatele, který jeho námitky odmítl, brojit návrhem u Úřadu či nikoliv. V případě, že se stěžovatel rozhodne návrh podat, jsou pak z povahy věci skutečnosti uvedené zadavatelem v rozhodnutí o námitkách významným podkladem pro náležitou formulaci a odůvodnění takového návrhu. V situaci, kdy zadavatel svůj postup

(zpochybňovaný podanými námitkami) konkrétním způsobem nezdůvodňuje, je stěžovatel, chce-li hájit své právo na transparentní postup zadavatele, de facto nucen podávat návrh k Úřadu (příčemž nelze přehlížet, že s jeho podáním je spojena i povinnost složit peněžitou kauci) toliko na základě svých domněnek, tj. aniž by znal argumentaci, na jejímž základě zadavatel pokládá jeho tvrzení za nesprávná či irelevantní. Za této situace by pak bylo krajně nespravedlivé, aby zadavatel až v průběhu správního řízení představil komplexní argumentaci (kterou přitom musí znát od samého počátku, resp. od okamžiku, kdy se pro určitý postup rozhodl) opřenou o relevantní podklady, na základě které by dosáhl zamítnutí návrhu (a propadnutí navrhovatelem složené kauce státu).

67. Právě s cílem předejít naposledy zmíněným situacím zákonodárce v předmětných zákonných ustanoveních konstruoval takové pojetí vyřizování námitek, které zajišťuje, že stěžovatel nebude na svých právech dotčen neochotou (či snad dokonce neschopností) zadavatele svůj postup racionálně hájit.
68. Pokud zadavatel, resp. jím vyhotovené rozhodnutí o námitkách, nevyhoví požadavku na přezkoumatelnost, může Úřad v souladu s ustanovením § 263 odst. 5 zákona uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách. Zadavatel je v takovém případě povinen přezkoumatelným způsobem o námitkách rozhodnout znovu, neboť zákonodárce v předmětném ustanovení formuloval právní fikci, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námitky s totožným obsahem. Takto „podané“ námitky pak nemohou být považovány za opožděné.
69. Se zřetelem na vše shora uvedené tedy Úřad předně přikročil k posouzení toho, zda nedatované rozhodnutí zadavatele o námitkách vyhoví nárokům, které na něj klade zákon, jinými slovy, zda se v rozhodnutí o námitkách zadavatel vyjádřil podrobně a srozumitelně ke všem skutečnostem v nich tvrzených, resp. zda není rozhodnutí o námitkách nepřezkoumatelné.

Ke zrušení rozhodnutí o námitkách v šetřeném případě

70. S ohledem na výše uvedené Úřad přistoupil k posouzení toho, zda nedatované rozhodnutí zadavatele o námitkách ob stojí v testu zákonnosti ve smyslu § 245 odst. 1 zákona, tedy, zda se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyjádřil podrobně a srozumitelně ke všem skutečnostem v námitkách tvrzených a zda je tak rozhodnutí o námitkách přezkoumatelné.
71. Ze skutkových zjištění projednávané věci plyne, že zadavatel obdržel dne 8. 4. 2019 prostřednictvím elektronického nástroje námitky navrhovatele ze dne 8. 4. 2019, které v souladu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona odmítl.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

Námitky navrhovatele ze dne 8. 4. 2019

72. Navrhovatel v námitkách ze dne 8. 4. 2019 (dále také jen „námitky“) předně uvádí, že „(z)adavatel u vypůjčovaných analyzátorů stanovil takové minimální technické požadavky, které jsou pro námi nabízené řešení diskriminační a naopak připouští nabídku jen jediného systému na trhu (výrobce Sysmex).“

73. Navrhovatel dále uvádí, které parametry jsou dle něj především diskriminační. Prvním takovým parametrem je podle navrhovatele: „*Plně automatizovaná močová linka pro chemickou analýzu moči diagnostickými proužky a morfologickou analýzu moči a tělních tekutin průtokovou cytometrií.*“, přičemž k tomuto parametru navrhovatel uvádí: „*Průtoková cytometrie narozdíl od obrazové analýzy nikdy nezajistí plně automatizovanou analýzu moči mikroskopicky – určitý podíl vzorků (v podmínkách FNUSA tento odhaduji na cca. 30%) je nutné ověřit mikroskopicky (manuálně).*“
74. Dalším diskriminačním parametrem je podle navrhovatele: „*Validovaná analýza tělních tekutin, diferenciací polynukleárů a mononukleárů, rozlišení dysmorfních a isomorfních erytrocytů, kvantifikace bakterií a jejich rozlišení Gram+/Gram-.*“ Navrhovatel k tomu uvádí: „*Z našich patnáctiletých zkušeností s distribucí a servisem močových analyzátorů, které umožňují analýzu tělních tekutin, plyne, že měření dalších tělních tekutin na močových analyzátorech jakéhokoli typu se neosvědčilo a v ČR se téměř nevyužívá. Diferenciací poly- a mononukleárů nefunguje obstojně na žádném močovém analyzátoru na trhu. V laboratoři zadavatele byla možnost tohoto vyšetření posledních 15 let a nebyla využívána. V neposlední řadě přináší laboratoři značnou ekonomickou zátěž. U řady těchto vzorků je pak stejně nutná diferenciací bílých krvinek manuálně. Rozlišení bakterií na Gram+/Gram- je požadavek spíše pro mikrobiologickou laboratoř, pracoviště OKB FNUSA takové vzorky neanalyzuje, vzorky močí tam ani nepřichází ve vhodných – sterilních – zkumavkách.*“
75. Dále navrhovatel považuje za diskriminační parametr: „*Požadovaný výkon: chemická analýza – 250 vzorků za hodinu, morfologická analýza – 200 vzorků za hodinu.*“ K tomuto parametru navrhovatel tvrdí, že „*(t)ento požadavek nekoreluje s denními počty vzorků v laboratoři, kterých je průměrně 120. Navíc takovýmto výkonem žádný ze systémů na trhu reálně nedisponuje. Hodinová kapacita 120 vzorků/hod. je, myslím, dostatečná. V současnosti laboratoř pracuje s analyzátozem o hodinovém výkonu 60 vz/hod.*“
76. Navrhovatel za diskriminační rovněž považuje parametr: „*Řešení zálohy morfologické analýzy analyzátozem stejného typu a výkonu, řešení zálohy pro chemickou analýzu analyzátozem s přenosem výsledků do software pro společnou validaci výsledků chemické a morfologické analýzy.*“ K citovanému parametru navrhovatel uvádí: „*Zde patrně došlo k chybě – zadavatel takto ve spojení s předchozím bodem požaduje pro morfologickou analýzu výkon 400 vzorků za hodinu. Naopak pro chemickou analýzu by se spokojil se zálohou ve formě poloautomatu. Obvyklý by byl požadavek na dva analyzátory o stejném výkonu 120 vzorků za hodinu pro obě části vyšetření.*“
77. V neposlední řadě navrhovatel tvrdí, že diskriminačním parametrem je: „*Kontrola kvality pro morfologickou analýzu zahrnuje erytrocyty, leukocyty, epitelie, válce a bakterie, se statistickým výstupem: směrodatná odchylka, variační koeficient, Levey-Jenningsův graf.*“ K danému parametru navrhovatel uvádí: „*U systémů pracujících na principu digitální analýzy obrazu tento požadavek nemá smysl.*“
78. Navrhovatel závěrem uvádí: „*Naše námitka směřuje proti výše zmíněným technickým požadavkům. Požadujeme tedy, aby zadavatel upravit minimální technické podmínky tak, že bude akceptováno i námi navrhované řešení. Pokud by tento požadavek zadavatel neakceptoval, spatřovali bychom v tom porušení §36 ZVZ a také principu nediskriminace*

a rovného zacházení se všemi účastníky dle §6 ZVZ a nám by jako možnému vítězi dané VZ vznikla újma plynoucí z ušlého zisku z daného objemu VZ.“

Nedatované rozhodnutí zadavatele o námitkách

79. Zadavatel v nedatovaném rozhodnutí o námitkách (dále jen „rozhodnutí o námitkách“) uvádí, že *„námitku stěžovatele odmítá v celém rozsahu a ke všem stěžovatelem namítaným skutečnostem zadavatel uvádí níže své odůvodnění odmítnutí námitky.“*

80. Zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách vždy rekapituluje (cituje), jaké skutečnosti uvedl navrhovatel v námitkách ze dne 8. 4. 2019, a následně se k těmto skutečnostem vyjadřuje.

81. Zadavatel tak předně rekapituluje tvrzení navrhovatele: *„Zadavatel u vypůjčovaných analyzátorů stanovil takové minimální technické požadavky, které jsou pro námi nabízené řešení diskriminační a naopak připouští nabídku jen jediného systému na trhu (výrobce Sysmex). Diskriminační jsou především tyto parametry:*

1) Plně automatizovaná močová linka pro chemickou analýzu moči diagnostickými proužky a morfologickou analýzu moči a tělních tekutin průtokovou cytometrií.

Průtoková cytometrie narozdíl od obrazové analýzy nikdy nezajistí plně automatizovanou analýzu moči mikroskopicky – určitý podíl vzorků (v podmínkách FNUSA tento odhaduji na cca. 30%) je nutné ověřit mikroskopicky (manuálně).“

Zadavatel v rozhodnutí o námitkách k výše uvedenému tvrzení uvádí: „Průtoková cytometrie je obecně využívaná metoda analýzy biologických částic v usměrněném toku kapaliny na základě jejich fyzikálních a biologických vlastností. V tomto směru tedy není toto kritérium diskriminující. Určitý podíl nejasných vzorků je nutné vyhodnotit manuálně (mikroskopicky) vždy a u všech technologií automatizované analýzy moče.“

82. Zadavatel dále rekapituluje tvrzení navrhovatele: *„2) Validovaná analýza tělních tekutin, diferenciací polynukleárů a mononukleárů, rozlišení dysmorfních a isomorfních erytrocytů, kvantifikace bakterií a jejich rozlišení Gram+/Gram-.*

Z našich patnáctiletých zkušeností s distribucí a servisem močových analyzátorů, které umožňují analýzu tělních tekutin, plyne, že měření dalších tělních tekutin na močových analyzátorech jakéhokoli typu se neosvědčilo a v ČR se téměř nevyužívá. Diferenciací polynukleárů a mononukleárů nefunguje obstojně na žádném močovém analyzátoru na trhu. V laboratoři zadavatele byla možnost tohoto vyšetření posledních 15 let a nebyla využívána. V neposlední řadě přináší laboratoři značnou ekonomickou zátěž. U řady těchto vzorků je pak stejně nutná diferenciací bílých krvinek manuálně. Rozlišení bakterií na Gram+/Gram- je požadavek spíše pro mikrobiologickou laboratoř, pracoviště OKB FNUSA takové vzorky neanalyzuje, vzorky močí tam ani nepřichází ve vhodných – sterilních – zkumavkách.“

Zadavatel pak k výše citovanému uvádí: „Je v kompetenci laboratoře, jak bude zmíněné technologie využívat v procesu analýzy vzorků. Předjímání toho, jaké vzorky a v jakých indikacích bude zadavatel vyšetřovat, je zcela mimo kompetence dodavatele.“

83. Další namítanou skutečností, kterou zadavatel rekapituluje v rozhodnutí o námitkách, je: *„3) Požadovaný výkon: chemická analýza – 250 vzorků za hodinu, morfologická analýza – 200 vzorků za hodinu.*

Tento požadavek nekoreluje s denními počty vzorků v laboratoři, kterých je průměrně 120. Navíc takovýmto výkonem žádný ze systémů na trhu reálně nedisponuje. Hodinová kapacita 120 vzorků/hod. je, myslím, dostatečná. V současnosti laboratoř pracuje s analyzátořem o hodinovém výkonu 60 vz/hod.“

K výše citované námitce zadavatel uvádí: „Požadovaný výkon je stanoven dle níže uvedených potřeb:

- rovnoměrné rozložení morfologické analýzy na dva přístroje pro případ havárie jednoho z nich

- dostatečná celková kapacita, aby průchodnost statimových vzorků úsekem automatizované analýzy byla vždy 60 minut od příjmu materiálu (morfologická analýza je vždy statim vyšetření), je třeba uvažovat nerovnoměrný příjem vzorků, extrém je po-pá, 8 - 11 hodin.“

84. Dále zadavatel rekapituluje námitku navrhovatele: „4) Řešení zálohy morfologické analýzy analyzátořem stejného typu a výkonu, řešení zálohy pro chemickou analýzu analyzátořem s přenosem výsledků do software pro společnou validaci výsledků chemické a morfologické analýzy.

Zde patrně došlo k chybě – zadavatel takto ve spojení s předchozím bodem požaduje pro morfologickou analýzu výkon 400 vzorků za hodinu. Naopak pro chemickou analýzu by se spokojil se zálohou ve formě poloautomatu. Obvyklý by byl požadavek na dva analyzátořy o stejném výkonu 120 vzorků za hodinu pro obě části vyšetření.“

K předmětné námitce zadavatel uvádí: „Chemické vyšetření moče diagnostickými proužky není (v případě poruchy analyzátořu) tak problematické, jako morfologická analýza. Je proto v silách oddělení zvládnout havárii chemického vyšetření moče méně kapacitní zálohou + manuální metodou.“

85. Dále zadavatel v rozhodnutí o námitkách cituje následující námitku navrhovatele: „Kontrola kvality pro morfologickou analýzu zahrnuje erytrocyty, leukocyty, epitelie, válce a bakterie, se statistickým výstupem: směrodatná odchylka, variační koeficient, Levey-Jenningsův graf.

U systémů pracujících na principu digitální analýzy obrazu tento požadavek nemá smysl.“

K dané námitce se zadavatel vyjádřil následovně: „Kontrola kvality pro parametry, které jsou vydávány na protokolu o výsledku vyšetření, je standardním požadavkem systému řízení kontroly kvality.“

86. Zadavatel závěrem uvádí, že tvrzení navrhovatele, že jako možnému vítězi předmětné veřejné zakázky by mu vznikla újma plynoucí z ušlého zisku z daného objemu předmětné veřejné zakázky, považuje za čistě hypotetické, neboť navrhovatel žádnou nabídku na předmětnou veřejnou zakázku nepodal, a v době podání námitek ze dne 8. 4. 2019 nebyly k dispozici žádné údaje o jiných nabídkových cenách.

Právní posouzení

87. Úřad konkrétně ve vztahu k rozhodnutí o námitkách uvádí, že ze skutkových zjištění, která Úřad v právě posuzovaném případě učinil (viz body 72. – 86. odůvodnění tohoto rozhodnutí) má za to, že zadavatel námitky stěžovatele uvedené v bodech 73. – 74. a 76. – 78. odůvodnění tohoto rozhodnutí podrobně a srozumitelně vypořádal, avšak k námitkám uvedeným v bodech 72. a 75. odůvodnění tohoto rozhodnutí, a to konkrétně

- k námitce, v rámci které stěžovatel uvedl, že „(z)adavatel u vypůjčovaných analyzátorů stanovil takové minimální technické požadavky, které jsou pro námi nabízené řešení diskriminační a naopak připouští nabídku jen jediného systému na trhu (výrobce Sysmex).“ a
- k námitce vztahující se k údajně diskriminačnímu parametru „Požadovaný výkon: chemická analýza – 250 vzorků za hodinu, morfologická analýza – 200 vzorků za hodinu“, v rámci které stěžovatel uvedl, že „(n)avíc takovýmto výkonem žádný ze systémů na trhu reálně nedisponuje.“,

se v odůvodnění rozhodnutí o námitkách zadavatel vůbec nevyjádřil a tyto námitky stěžovatele tak nebyly nijak vypořádány, čímž se se předmětné rozhodnutí o námitkách stalo nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů.

88. V této souvislosti Úřad konkrétně uvádí, že navrhovatel v námitkách uvedl: „Zadavatel u vypůjčovaných analyzátorů stanovil takové minimální technické požadavky, které jsou pro námi nabízené řešení diskriminační a naopak připouští nabídku jen jediného systému na trhu (výrobce Sysmex).“ (viz bod 72. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž zadavatel se v rozhodnutí o námitkách (viz bod 79. – 86. odůvodnění tohoto rozhodnutí) na žádném místě nikterak nevypořádal s výše uvedenou námitkou navrhovatele týkající skutečnosti, že zadavatelem stanovené minimální technické požadavky na vypůjčované analyzátory údajně připouští nabídku jen jediného systému na trhu (výrobce Sysmex).
89. Jestliže zadavatel odmítl námitky navrhovatele, je povinen se srozumitelně a podrobně vyjádřit ke všem argumentům uvedeným v námitkách. Za tímto účelem bylo tedy nezbytné, aby zadavatel odůvodnil, proč není správné tvrzení stěžovatele, že zadavatelem stanovené minimální technické požadavky na vypůjčované analyzátory údajně připouští nabídku jen jediného systému na trhu (výrobce Sysmex), tedy zadavatel měl zejména uvést, zda jím stanovené minimální technické požadavky na vypůjčované analyzátory připouští více nabídek či, jak uvedl navrhovatel, jen nabídku jediného systému na trhu (výrobce Sysmex), a odůvodnit, proč tomu tak je, což však neučinil, tedy chybí odůvodnění, a proto se v této části stává odůvodnění předmětného rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.
90. Navrhovatel v námitkách dále uvedl: „3) Požadovaný výkon: chemická analýza – 250 vzorků za hodinu, morfologická analýza – 200 vzorků za hodinu.
Tento požadavek nekoreluje s denními počty vzorků v laboratoři, kterých je průměrně 120. Navíc takovýmto výkonem žádný ze systémů na trhu reálně nedisponuje. Hodinová kapacita 120 vzorků/hod. je, myslím, dostatečná. V současnosti laboratoř pracuje s analyzátořem o hodinovém výkonu 60 vz/hod.“ (viz bod 75. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
91. Na tuto námitku zadavatel v rozhodnutí o námitkách reagoval následovně: „Požadovaný výkon je stanoven dle níže uvedených potřeb:
- rovnoměrné rozložení morfologické analýzy na dva přístroje pro případ havárie jednoho z nich
 - dostatečná celková kapacita, aby průchodnost statimových vzorků úsekem automatizované analýzy byla vždy 60 minut od příjmu materiálu (morfologická analýza je vždy statim vyšetření), je třeba uvažovat nerovnoměrný příjem vzorků, extrém je po-pá, 8 - 11 hodin.“ (viz bod 83. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

92. Úřad k výše uvedenému konstatuje, že zadavatel sice odůvodnil, z jakých důvodů stanovil požadovaný výkon u vypůjčovaných analyzátorů, ale již navrhovateli nesdělil, zda takovýto výkonem vůbec nějaký systém (výrobce) na trhu reálně disponuje. Zadavatel se tak vůbec nevyjádřil k argumentu navrhovatele, že „(n)avíc takovýto výkonem žádný ze systémů na trhu reálně nedisponuje.“, který uvedl v rámci námitky vztahující se k údajně diskriminačnímu parametru „Požadovaný výkon: chemická analýza – 250 vzorků za hodinu, morfologická analýza – 200 vzorků za hodinu“.
93. I v tomto případě Úřad uvádí, že jestliže zadavatel odmítl námitky navrhovatele, je povinen se srozumitelně a podrobně vyjádřit ke všem argumentům uvedeným v námitkách. Za tímto účelem bylo tedy nezbytné, aby zadavatel odůvodnil, proč není správné tvrzení stěžovatele, že požadovaným výkonem žádný ze systémů na trhu údajně reálně nedisponuje, tedy zadavatel měl zejména uvést, zda jím stanovený požadavek na výkon splňuje alespoň některých ze systémů dostupných na trhu či nikoliv a odůvodnit, proč tomu tak je, což však neučinil, tedy chybí odůvodnění, a proto se v této části stává odůvodnění předmětného rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.
94. Úřad tak konstatuje, že zadavatel se nevyjádřil ke všem skutečnostem obsaženým v námitkách, čímž porušil § 245 odst. 1 zákona, neboť se podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách, a rozhodnutí zadavatele o námitkách se tak stalo nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů.
95. Úřad k postupu při vyřizování námitek podle § 245 odst. 1 zákona dodává, že zadavatel se musí nejen vypořádat se všemi skutečnostmi uvedenými navrhovatelem v námitkách, ale své rozhodnutí o námitkách musí též řádně (podrobně a srozumitelně) odůvodnit, a to ve vztahu ke každé jednotlivé skutečnosti. Rozhodnutí o námitkách musí být odůvodněno přezkoumatelným způsobem, musí být srozumitelné a musí být opřeno o relevantní důvody. I kdyby zadavatel považoval některou namítanou skutečnost za irelevantní či nesouvisející se zadávacím řízením, je třeba se i s takovou námitkou vypořádat a zaujmout k ní stanovisko, i kdyby toto vyjádření mělo být takové, že námitka nesouvisí se zadávacím řízením, že k namítanému jednání vůbec nedošlo apod. Nedostatečné odůvodnění rozhodnutí o námitkách pak způsobuje nepřezkoumatelnost takového rozhodnutí. Opomene-li zadavatel vypořádat některé z uplatněných námitek, pak je odůvodnění takového rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.
96. Úřad uzavírá, že účelu institutu námitek, tj. aby se stěžovatel, resp. případný navrhovatel primárně dozvěděl autentický názor zadavatele na veškeré jím vznesené připomínky k jeho postupu v zadávacím řízení, tedy nebylo dosaženo. Právě způsob, jakým mají být podané námitky ze strany zadavatele vyřízeny, je z pohledu dodržení zákona zásadní. Posílení funkce námitek jako nástroje, kterým by měly být v maximální možné míře bezprostředně vyřešeny všechny sporné otázky mezi zadavatelem a stěžovatelem, je promítnuto v ustanovení § 263 odst. 5 zákona, dle kterého platí, že je-li odůvodnění rozhodnutí o námitkách, jímž byly námitky odmítnuty, nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů, může Úřad uložit nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o námitkách. Zákon tak posiluje právní jistotu stěžovatelů, kteří by se již tak v rozhodnutí o námitkách měli dozvědět veškerou relevantní argumentaci zadavatele k podaným námitkám. Lze tedy konstatovat, že pokud má zadavatel za to, že jeho postup je důvodný, měl by být schopen své stanovisko v celém rozsahu obhájit a tedy nikoliv se k některé části námitek vůbec nevyjádřit, jak to

učinil v právě posuzovaném případě. Takové podrobné zdůvodnění postupu zadavatele by pak na druhé straně mělo sloužit stěžovateli jako základní podklad pro úvahu, zda si za svým názorem o nezákonném postupu zadavatele stojí natolik, že je ochoten vyvolat zahájení správního řízení před Úřadem na základě návrhu.

97. Nad rámec výše uvedeného Úřad pro úplnost dodává, že s ohledem na charakter opatření k nápravě se Úřad v tomto rozhodnutí meritorně nezabýval otázkou, zda zadavatel stanovil zadávací podmínky v souladu či v rozporu se zákonem a nejde tak o věc meritorně posuzovanou a rozhodnutou.
98. S poukazem na shora uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel při zadávání předmětné veřejné zakázky pravidlo stanovené v § 245 odst. 1 zákona tím, že se v odůvodnění rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách ze dne 8. 4. 2019, když se vůbec nevyjádřil k následujícím námitkám stěžovatele, a to:
- k námitce, v rámci které stěžovatel uvedl, že *„(z)adavatel u vypůjčovaných analyzátorů stanovil takové minimální technické požadavky, které jsou pro námi nabízené řešení diskriminační a naopak připouští nabídku jen jediného systému na trhu (výrobce Sysmex).“*;
 - k námitce vztahující se k údajně diskriminačnímu parametru *„Požadovaný výkon: chemická analýza – 250 vzorků za hodinu, morfologická analýza – 200 vzorků za hodinu“*, v rámci které stěžovatel uvedl, že *„(n)avíc takovýmto výkonem žádný ze systémů na trhu reálně nedisponuje.“*,

čímž se rozhodnutí o námitkách stalo nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů

99. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

100. Podle § 242 odst. 4. zákona pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty; v případě jednacího řízení s uveřejněním musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek.
101. Podle § 251 odst. 4 zákona náležitosti návrhu podle odstavce 1 věty první a druhé nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány s výjimkou odstranění nedostatků návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem; Úřad k takovým změnám a doplněním nepřihlíží. K novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách podaných zadavateli přihlédne Úřad jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli; navrhovatel je povinen prokázat, že jde o takové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli.
102. Podle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, to neplatí pro návrhy podle § 254 zákona.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

103. V přípisu „Oznámení o zahájení zadávacího řízení“ ev. č. formuláře F2019-007427 ze dne 7. 3. 2019 je mj. stanoveno, že lhůta pro doručení nabídek je do 8. 4. 2019 do 11:00 hodin.
104. V přípisu „Detail zprávy Námitka proti diskriminační ZD“ ze dne 28. 4. 2019 je mj. uvedeno, že námitky navrhovatele byly zadavateli doručeny dne 8. 4. 2019 v 9:56 hodin.
105. Nedatovaným rozhodnutím zadavatel námitky navrhovatele odmítl, přičemž v přípisu „Detail zprávy Re: Námitka proti diskriminační ZD“ ze dne 18. 4. 2019, je mj. uvedeno, že rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno dne 18. 4. 2019.
106. Navrhovatel ve svých námitkách ze dne 8. 4. 2019 brojí proti zadávacím podmínkám předmětné veřejné zakázky, konkrétně proti stanovení minimálních technických požadavků na přístrojové vybavení předmětné veřejné zakázky.
107. V návrhu v bodě VI. označeném „Odůvodnění návrhu“ navrhovatel mj. uvádí: *»Navrhovatel se domnívá, že i předpokládaná hodnota, kterou zadavatel stanovil pro předmět zakázky, byla stanovena tak, aby odpovídala jedinému systému, který splňuje technické podmínky stanovené zadavatelem pro plnění zakázky. Předpokládaná hodnota je při přepočtu na jedno stanovení moči chemicky a morfologicky stanovena ve výši 34,60 Kč bez DPH. Takto stanovená předpokládaná hodnota je přibližně 2x až 3x vyšší, než je v současné době cena na trhu obvyklá za tato stanovení moči chemicky a morfologicky. (...) Kromě výše uvedených skutečností si navrhovatel dále dovoluje upozornit na skutečnost, že předmět plnění zakázky je stanoven v rozporu s ustanovením §131(3) Zákona, když zadavatel požaduje uzavření „Rámcové kupní smlouvy“ na dobu 8 let, ačkoliv trvání vztahu z rámcových dohod je zákonem omezeno na 4 roky. Delší trvání smluvního vztahu je umožněno pouze ve výjimečných a řádně odůvodněných případech. Zadavatel nastavení trvání vztahu z „Rámcové kupní smlouvy“ na dobu dvojnásobně přesahující zákonem stanovený 4-letý limit v zadávací dokumentaci zakázky žádným způsobem neodůvodnil, i přes skutečnost, že zákon v ustanovení §131(3) výslovně stanoví, že překročení stanovené 4-leté doby je možné pouze v řádně odůvodněných případech.«*

Právní posouzení

108. Úřad v posuzované věci předně uvádí, že lhůta pro podání nabídek byla stanovena do 8. 4. 2019 do 11:00 hodin. V souladu s § 242 odst. 4 zákona tak námitky proti zadávací dokumentaci musely být doručeny zadavateli nejpozději do skončení lhůty pro podání nabídek, tedy do 8. 4. 2019 do 11:00 hodin. Navrhovatel podal zadavateli námitky prostřednictvím elektronického nástroje dne 8. 4. 2019 v 9:56 hodin. Námitky navrhovatele ze dne 8. 4. 2019 zadavatel rozhodnutím o námitkách, které bylo navrhovateli doručeno dne 18. 4. 2019, odmítl.
109. Dále Úřad uvádí, že v návrhu v bodě VI. označeném „Odůvodnění návrhu“ byly uvedeny námitky navrhovatele týkající se stanovení předpokládané hodnoty předmětné veřejné zakázky a rovněž údajného stanovení předmětu plnění veřejné zakázky v rozporu s ustanovením § 131 odst. 3 zákona, blíže viz bod 107. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
110. Po následném posouzení obsahu námitek a návrhu navrhovatele bylo zjištěno, že dané námitky byly uvedeny pouze v návrhu, nikoli ovšem již v námitkách navrhovatele ze dne 8. 4. 2019. Úřadu současně není známo, že by navrhovatel podal v souladu s ustanovením

§ 242 odst. 4 zákona nějaké jiné námitky, které by směřovaly proti výše popsaným skutečnostem.

111. Na základě výše uvedeného tedy Úřad shledal, že se v případě uvedených námitek jedná o uvedení nových skutečností v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách navrhovatele, a jakožto k takovým má k těmto skutečnostem Úřad v souladu s § 251 odst. 4 zákona přihlídnout pouze tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli, přičemž navrhovatel je povinen prokázat, že jde o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli. Jelikož v posuzovaném případě navrhovatel ve vztahu k uvedeným skutečnostem neprokázal, že by šlo o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli a pro úplnost Úřad doplňuje, že ani povaha daných skutečností nenasvědčuje tomu, že by o takové nové skutečnosti šlo, Úřad k těmto skutečnostem nepřihlédl.
112. Zároveň Úřad uvádí, že pokud výše jmenovaným částem návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, jejichž řádné a včasné podání je dle jazykového výkladu § 257 písm. h) zákona podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele v téže věci, je zřejmé, že navrhovatel nesplnil zákonnou podmínku pro podání uvedených částí návrhu. Z uvedeného důvodu rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí, a řízení v části návrhu týkající se údajného stanovení předpokládané hodnoty předmětné veřejné zakázky tak, aby odpovídala jedinému systému, který splňuje technické podmínky stanovené zadavatelem pro plnění předmětné veřejné zakázky, a v části návrhu týkající se údajného stanovení předmětu plnění předmětné veřejné zakázky v rozporu s ustanovením § 131 odst. 3 zákona, když zadavatel požaduje uzavření „Rámcové kupní smlouvy“ na dobu 8 let, ačkoliv trvání vztahu z rámcových dohod je citovaným zákonem omezeno na 4 roky, podle § 257 písm. h) zákona zastavil, neboť těmto částem návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.
113. Z důvodu procesní ekonomie Úřad rozhodl o zastavení řízení o části návrhu (výrok II.) rozhodnutím a nikoli usnesením, jak předpokládá § 257 zákona, a to rovněž s přihlídnutím k závěrům předsedy Úřadu, ke kterým dospěl v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0204/2018/VZ-04701/2019/321/ZSř ze dne 15. února 2019: *»(...) Za třetí lze zmínit situaci, kdy navrhovatel uvede v návrhu rozsáhlou argumentaci týkající se výhrad, které v námitkách neuplatnil, pak o této části návrhu Úřad rozhodne podle § 257 písm. h) zákona samostatným výrokiem. V této situaci zákon sice předpokládá formu usnesení, ale tato forma není nezbytně nutná, pakliže Úřad o zbytku návrhu rozhoduje rozhodnutím. Tudíž Úřad může podle § 257 písm. h) zákona přímo rozhodnout v samostatném výroku rozhodnutí, v jehož dalších výrocích pojedná zároveň i o dalších částech návrhu. Rozhodnutí je totiž vyšší forma než usnesení, tudíž v rámci něj může Úřad pojednat o všech skutečnostech, i o těch, u kterých, pokud by se rozhodovalo pouze o nich, by postačovala forma usnesení. Takový závěr potvrzuje např. usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 1662/2004 ze dne 2. 5. 2005, z něhož vyplývá: „O zrušení rozsudku soudu prvního stupně a o vrácení věci k dalšímu řízení odvolací soud rozhoduje - jak vyplývá z ustanovení § 223 o.s.ř. - formou usnesení. Povahu usnesení neztrácí toto rozhodnutí ani v případě, je-li přičleněno k jinému rozhodnutí odvolacího soudu, pro něž je ustanovením § 223 o.s.ř. stanovena forma rozsudku.“*« Z toho důvodu Úřad rozhodoval o zastavení řízení o části návrhu rozhodnutím.
114. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K výroku III. rozhodnutí

115. Úřad s odkazem na § 263 odst. 1 zákona konstatuje, že není vázán návrhem v tom, jaké nápravné opatření navrhovatel požaduje. Úřad jakožto správní orgán je dle § 2 odst. 3 správního řádu povinen v rámci správního řízení šetřit práva nabytá v dobré víře, jakož i oprávněné zájmy osob, jichž se činnost správního orgánu v jednotlivém případě dotýká, a může zasahovat do těchto práv jen za podmínek stanovených zákonem a v nezbytném rozsahu. Proto přijme pouze takové nápravné opatření, které odstraňuje nezákonný stav.
116. Vzhledem k tomu, že je rozhodnutí zadavatele o námitkách nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, neboť se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem námitkám stěžovatele, jak mu ukládá § 245 odst. 1 zákona, rozhodl Úřad v souladu s § 263 odst. 5 zákona toliko o zrušení rozhodnutí o námitkách, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
117. Pro úplnost k tomu Úřad uvádí, že dle § 263 odst. 5 zákona platí, že okamžikem nabytí právní moci tohoto rozhodnutí byly navrhovatelem podány nové námitky s totožným obsahem, které zadavatel nemůže odmítnout jako opožděné. Bude tedy na zadavateli, aby o námitkách navrhovatele znovu rozhodl, a to způsobem, který bude souladný s § 245 odst. 1 zákona.

K výroku IV. rozhodnutí

118. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
119. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem vydání rozhodnutí, a tedy je účinný i u nepravomocného rozhodnutí. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout uloženému nápravnému opatření uzavřením smlouvy ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.
120. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku III. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele, zakázal zároveň ve výroku IV. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít v předmětném zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

K výroku V. rozhodnutí

121. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.

122. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku III. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o námitkách, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku V. tohoto rozhodnutí.
123. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2019000181.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výrokům I., III. a V. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad proti výroku II. tohoto rozhodnutí nemá podle § 76 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, odkladný účinek. Rozklad proti výroku IV. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, Pekařská 664/53, 656 91 Brno
2. Mgr. Klára Zábrodská, Rybná 716/24, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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

