



UOHSX004CSS6

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R43/2012/VZ-13459/2012/310/IPs

V Brně dne: 19. července 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 29. 2. 2012 podaném navrhovatelem –

- společností **RMI, s. r. o.**, IČ 25288083, se sídlem Pernštýnská 116, 533 41 Lázně Bohdaneč,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S445/2011/VZ-20861/2011/520/JHI ze dne 16. 2. 2012, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Fyzikálního ústavu AV ČR, v. v. i.**, IČ 68378271, se sídlem Na Slovance 2, 182 21 Praha,

učiněných ve veřejné zakázce „**Skenování „Near – field“ optický mikrospektrometr s AFM**“, zadávané formou otevřeného nadlimitního řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 20. 5. 2011 pod evidenčním číslem 60060305 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 5. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 99-161964, kde dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **SPECION, s. r. o.**, IČ 48112836, se sídlem Budějovická 1998/55, 140 00 Praha, a
- společnost **ENVINET, a. s.**, IČ 25506331, se sídlem Modřínová 1094, 674 01 Třebíč, které dne 1. 7. 2011 uzavřely smlouvu o sdružení za účelem společného postupu v rámci předmětné veřejné zakázky,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) 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-S445/2011/VZ-20861/2011/520/JHI ze dne 16. 2. 2012

**r u š í m**

a věc

**v r a c í m**

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 20. 9. 2011 návrh navrhovatele – společnosti RMI, s. r. o., IČ 25288083, se sídlem Pernštýnská 116, 533 41 Lázně Bohdaneč (dále jen „**navrhovatel**“) na přezkoumání úkonů zadavatele – Fyzikálního ústavu AV ČR, v. v. i., IČ 68378271, se sídlem Na Slovance 2, 182 21 Praha, (dále jen „**zadavatel**“) učiněných při zadávání veřejné zakázky „Skenování „Near – field“ optický mikrospektrometr s AFM“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané formou otevřeného nadlimitního řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 20. 5. 2011 pod evidenčním číslem 60060305 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 5. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 99-161964. Jako účastníky řízení Úřad označil zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče – společnosti SPECION s. r. o., IČ 48112836, se sídlem Budějovická 1998/55, 140 00 Praha, a ENVINET a. s., IČ 25506331, se sídlem Modřínová 1094, 674 01 Třebíč, (dále jen „**vybraný uchazeč**“), které dne 1. 7. 2011 uzavřely smlouvu o sdružení za účelem společného postupu v rámci předmětné veřejné zakázky.
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je dodávka, instalace a uvedení do provozu přístroje umožňujícího současné měření optických vlastností (Ramanova a luminiscenční spektroskopie) a zobrazení povrchu pomocí AFM s vysokým spektrálním a prostorovým rozlišením. Podle protokolu o otevírání obálek ze dne

---

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

11. 7. 2011 obdržel zadavatel nabídky dvou uchazečů. Komise pro otevírání obálek po kontrole úplnosti nabídek podle ustanovení § 71 odst. 8 zákona konstatovala, že obě předložené nabídky splňují zákonné požadavky a požadavky zadavatele. Zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky dne 12. 8. 2011.
3. Proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky podal navrhovatel dopisem ze dne 26. 8. 2011 námitku, ve které uvedl, že v rámci hodnocení nabídek muselo dojít k chybnému zhodnocení některých technických parametrů, nebo vybraný uchazeč musel uvést ve své nabídce nepravdivé údaje, díky kterým nebyl vyloučen.
  4. O podané námitce rozhodl zadavatel Rozhodnutím číslo 59/2011, kterým nevyhověl námitkám navrhovatele a toto své rozhodnutí odůvodnil mimo jiné tím, že vybraný uchazeč garantoval splnění požadavků zadavatele stanovených v zadávací dokumentaci a ohledně splnění podmínky laterálního rozlišení odkázal také na vyjádření vybraného uchazeče, dle kterého se tento odvolává na publikaci „Polarized Raman Confocal microscopy of Single Gallium Nitride nanowires, P. J. Pauzaskie, D. Malaga, K. Seo, P. Yang, F. Lagugne – Labharet, J. Am. Chem. Soc., 2005“ (dále jen „**publikace**“), která má prokázat splnění technických specifikací uvedených v zadávací dokumentaci.
  5. Navrhovatel nesouhlasil s vyřízením námitek a podal dne 20. 9. 2011 k Úřadu návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele proti výběru nejvhodnější nabídky. Jeho součástí byl i návrh na vydání předběžného opatření spočívající v zákazu uzavření smlouvy. Úřad oznámil účastníkům zahájení správního řízení dopisem č. j. ÚOHS-S445/2011/VZ-15512/2011/520/JHI ze dne 11. 10. 2011. Návrh na vydání předběžného opatření byl rozhodnutím č. j. ÚOHS-S445/2011/VZ-16295/2011/520/JHI ze dne 12. 10. 2011 zamítnut.
  6. Zadavatel zaslal Úřadu své stanovisko, ve kterém uvedl, že dle jeho názoru obě nabídky splnily jím určené technické požadavky, přičemž k navrhovatelem požadovanému provedení důkazu znaleckým posudkem uvedl, že jediným relevantním důkazem je spis, vztahující se k veřejné zakázce obsahující obě nabídky. Zároveň v dalším vyjádření ze dne 19. 10. 2011 uvedl, že technické požadavky zpochybněné navrhovatelem uvedené v nabídce vybraného uchazeče jsou ve shodě se zadávací dokumentací.
  7. Vybraný uchazeč se vyjádřil dopisem ze dne 17. 10. 2011 a uvedl, že posouzení a hodnocení nabídek bylo provedeno v souladu se zákonem a nabízené zařízení odpovídá technickým specifikacím, uvedeným v bodech 1.2 a 1.3 zadávací dokumentace.

## II. **Napadené rozhodnutí**

8. Úřad dne 16. 2. 2012 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S445/2011/VZ-20861/2011/520/JHI (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým podle § 118 odst. 1 a 2 zákona návrh zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 a 2 zákona.

9. V odůvodnění pak uvedl, že ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek č. 4 ze dne ze dne 12. 8. 2011 vyplývá, že hodnotící komise provedla hodnocení obou podaných nabídek v souladu s podmínkami stanovenými v zadávací dokumentaci a že nabídka vybraného uchazeče nebyla vyřazena v důsledku nesplnění technických podmínek. Zároveň uvedl, že Úřad rozhoduje pouze o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu s tímto zákonem. Dále pak odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 75/2009-104 ze dne 6. 11. 2009 ve kterém je uvedeno, že „...Úřad není oprávněn při své přezkumné činnosti vstupovat do myšlenkových pochodů jednotlivých hodnotitelů, tedy členů hodnotící komise, a tyto myšlenkové pochody jakkoliv přezkoumávat, hodnotit či dokonce nahrazovat vlastním správním uvážením, neboť zákon konstruuje hodnotící komisi jako kolegium odborně způsobilých osob, kterým jedině je zákonem svěřena pravomoc posoudit veškeré odborné otázky, související s procesem hodnocení nabídek. Posouzení přiměřenosti či nepřiměřenosti údajů v nabídkách mezi takové odborné otázky bezpochyby náleží...“.
10. Dále Úřad posoudil, zda zadavatel splnil požadavek na složení hodnotící komise v souladu s § 74 odst. 3 zákona a konstatoval, že hodnotící komise musí při posuzování a hodnocení nabídek vycházet z údajů uvedených v předložených nabídkách a na základě těchto údajů jednotlivé nabídky posuzovat a hodnotit. Úřad konstatoval, že ani hodnotící komise ani Úřad tedy nemohou brát zřetel na případné další údaje, které je možno získat z neoficiálních či propagačních materiálů, webových stránek výrobce atd., jak například ve svém návrhu uvádí navrhovatel. Navrhovatelem napadené technické specifikace Úřad vyhodnotil jako předpokládané a spekulativní, nikoliv podložené závaznou nabídkou vybraného uchazeče.
11. S navrhovaným důkazem – posudkem publikace se Úřad vypořádal tak, že odkázal na vyjádření vybraného uchazeče, který uvedl, že citovaná publikace je instruktivní podklad, který není vyčerpávajícím popisem nabízeného přístroje, ale jedná se pouze o odkaz na metodiku měření. Pro posouzení splnění technických podmínek vybraným uchazečem je tedy posudek této publikace bezpředmětný.

### III. Námitky rozkladu

12. Dne 29. 2. 2012 obdržel Úřad v zákonné lhůtě rozklad navrhovatele. Navrhovatel má za to, že Úřad rozhodl nesprávně, když v bodě 41. odůvodnění napadeného rozhodnutí odmítl připustit publikaci jako důkaz. Argumentace vybraného uchazeče je totiž v zásadním rozporu s Rozhodnutím ředitele FZÚ AV ČR V.V.I. číslo 59/2011, dle kterého byla tato publikace zohledněna při prokazování technických vlastností nabízeného systému. Z této publikace ale vyplývá, že jejím předmětem byl jiný typ zařízení, než který zadavatel požadoval v zadávací dokumentaci. V souvislosti s tím navrhovatel uvádí, že v oblasti výzkumných zařízení jsou odborné články v renomovaných časopisech obdobou „technických osvědčení“ a jsou považovány za nejuvěrohodnější dokumenty.
13. Právě skutečnost, že článek předložený vybraným uchazečem byl použit k prokázání technických parametrů, byla důvodem pro podání návrhu na zahájení řízení. Pokud vybraný uchazeč nyní tvrdí, že článek měl pouze instruktivní charakter, pak se jedná

buď o dodatečnou snahu vybraného uchazeče o jinou interpretaci prokazatelně nepravdivého tvrzení, nebo se zadavatel dopustil chyby v hodnocení nabídek.

14. Rozklad navrhovatele neobsahuje petit rozkladu, tudíž podle § 82 odst. 2 správního řádu, platí, že pokud navrhovatel neuvedl, v jakém rozsahu rozhodnutí napadá, platí, že se domáhá zrušení celého napadeného rozhodnutí.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

15. Uvedené rozhodnutí napadl navrhovatel rozkladem doručeným ve lhůtě Úřadu dne 29. 2. 2012, kterýmžto dnem bylo zahájeno správní řízení o rozkladu. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
16. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou 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 s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
17. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S445/2011/VZ-20861/2011/520/JHI, kterým podle § 118 odst. 1 a 2 zákona návrh zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 a 2 zákona, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání. Současně je v tomto rozhodnutí vysloven závazný právní názor, kterým je Úřad při dalším projednání věci vázán.

#### **V. K námitkám rozkladu**

18. Úřad ve svém rozhodnutí nedostatečně zjistil skutkový stav věci, neboť vycházel pouze z hodnocení nabídek, přičemž pokud bylo namítáno, že hodnocení samotné je sporné a byla uvedena možnost, že přístroj předložený uchazečem nesplňuje parametry požadované zadavatelem, pak byl povinen posoudit, z jakých pramenů zadavatel při hodnocení vycházel, přičemž v tomto případě je třeba rovněž přímo vyhodnotit, zda nabízený přístroj splňuje či nesplňuje objektivně hodnotitelné (měřitelné, zjistitelné) parametry stanovené zadavatelem. K takovému exaktnímu posouzení měřitelných hodnot je přitom bezesporu oprávněn přímo Úřad sám, neboť nejde o myšlenkové pochody a zadavatel je povinen posuzovat nabídky podle jím předem stanovených podmínek.
19. Úřad odkazuje v napadeném rozhodnutí na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 75/2009. V daném případě je však podstatný odkaz v citovaném rozsudku na jiný rozsudek Nejvyššího správního soudu, a to č. j. 2 A 9/2002-62 ze dne 16. 3. 2004, ve kterém je uvedeno, cit.: „... *Přezkumná činnost orgánu dohledu spočívá*

*v kontrole, zda byly řádně dodrženy předepsané postupy a úkony zajišťující rámec pro vlastní posouzení a hodnocení nabídek...“.* Úřad tedy má pravomoc přezkoumat, zda zadavatel hodnotil podané nabídky na základě relevantních podkladů a zda údaje uvedené v nabídce odpovídají skutečnosti, obzvláště pokud je o tomto veden spor. Takovýmto posouzením nehodnotí Úřad sám jednotlivé nabídky, ale posuzuje, zda zadavatel při hodnocení postupoval správně. Zde tedy, zda správně rozhodl o námitkách, které směřovaly proti výběru nejhodnější nabídky a zda byl správný jeho postup při výběru nejhodnější nabídky.

20. V tomto případě došlo k situaci, kdy bylo zpochybněno, že přístroj, který nabízí vybraný uchazeč, splňuje všechny požadavky, které zadavatel požadoval v zadávací dokumentaci. Vybraný uchazeč odkazoval na publikaci, která měla potvrdit, že přístroj odpovídá zadání veřejné zakázky. Zadavatel pak na základě odkazu na tuto publikaci zamítl námitky navrhovatele, které upozorňovaly na skutečnost, že v předmětné odborné publikaci je hodnocen jiný typ zařízení, než jaký požaduje v zadávací dokumentaci zadavatel. Nastal tedy rozpor v tom, zda daná publikace osvědčuje technické parametry přístroje, či nikoliv. Zde tedy nejde o hodnocení myšlenkových pochodů hodnotící komise, ale o posouzení, zda hodnotící komise objektivně rozhodla na základě dostupných informačních zdrojů při výběru nejhodnější nabídky.
21. Úřad má i s ohledem na odkazovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu posoudit, zda zadavatel konal tak, aby byla zajištěna rovnost účastníků a fair podmínky pro účast dodavatelů v soutěži. Pokud jeden z uchazečů dokládá splnění technických parametrů přístroje článkem v odborném časopise, který je v odborných kruzích považován za zdroj seriózních informací (čemuž v tomto případě napovídá i skutečnost, že touto publikací odůvodnil své rozhodnutí o nevyhovění námitkám sám zadavatel) a druhý namítá, že tentýž článek hodnotí jiný přístroj, pak musí Úřad posoudit, zda zadavatel rozhodoval na základě objektivních skutečností. Je nepřípustné, aby o posouzení vhodnosti připuštění navrhovaného posudku sporné publikace odkázal pouze na vyjádření účastníka správního řízení a neučinil si vlastní závěr. Takové rozhodnutí je nepřezkoumatelné.
22. Pokud není Úřad schopen po odborné stránce posoudit, zda mohla být daná publikace brána jako seriózní podklad a doklad o splnění technických parametrů přístroje, pak je třeba vyžádat si odborné posouzení uvedené publikace, ve kterém se znalec může vyjádřit například k otázce, zda je publikace zaměřena na totéž zařízení, které je předmětem veřejné zakázky a zda tedy předmětný článek dokládá technické parametry vybraným uchazečem nabízeného přístroje, znalec se může dále vyjádřit k objektivitě a odborné stránce autorů článku apod.

## **VI. Závěr**

23. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže je při svém rozhodování vázán právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí.

## POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží:**

1. RMI, s. r. o., IČ 25288083, Pernštýnská 116, 533 41 Lázně Bohdaneč,
2. Fyzikální ústav AV ČR, v. v. i., IČ 68378271, Na Slovance 2, 182 21 Praha
3. SPECION s. r. o., IČ 48112836, Budějovická 1998/55, 140 00 Praha
4. ENVINET a. s., IČ 25506331, Modřínová 1094, 674 01 Třebíč

### **Vypraveno dne:**

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