

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 24.11.2008

Č. j.: R157/2008/02-22827/2008/310-ZČ

V Brně dne 12. listopadu 2008

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 1.8.2008 zadavatelem

- **Fakultní nemocnicí Ostrava, IČ 00843989, se sídlem 17. listopadu 1790, 708 52 Ostrava-Poruba, zast. ředitelem MUDr. Svatoplukem Němcem, MBA,**

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18.7.2008, č. j. S161/2008/VZ-13324/2008/510/če, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Fakultní nemocnice Ostrava, IČ 00843989, se sídlem 17. listopadu 1790, 708 52 Ostrava-Poruba, učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Spinální implantáty pro Neurochirurgickou kliniku FN Ostrava**“ – **část zakázky č. 1 - Páteřní transpedikulární systémy na zlomeniny páteře**“, formou otevřeného řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jejíž oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 31.12.2007 pod evidenčním číslem VZ 60013903 a v Úředním věstníku Evropské unie pod evidenčním číslem 2008/S 2-001699 dne 4.1.2008, ve kterém jsou dalšími účastníky správního řízení společnost

- **Synthes, s. r. o., IČ 25071190, se sídlem Radlická 740, 158 00 Praha, za niž jedná jednatel Ing. Ivo Květ, CSc., ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 31.5.2008 advokátem JUDr. Miroslavem Mošnou, se sídlem O. Peška 725, 272 01 Kladno, která podala návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, a dále společnost**
- **B. Braun Medical s. r. o., IČ 48586285, se sídlem V Parku 2335/20, 148 00 Praha, zast. jednateli PharmDr. Jiřím Lukešem a MUDr. Lubomírem Klepáčem,**

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18.7.2008, č. j. S161/2008/VZ-13324/2008/510/če

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

I. Zadávací řízení a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel Fakultní nemocnicí Ostrava, IČ 00843989, se sídlem 17. listopadu 1790, 708 52 Ostrava-Poruba, zast. ředitelem MUDr. Svatoplukem Němcem, MBA (dále jen „zadavatel“), zadal podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), veřejnou zakázku „Spinální implantáty pro Neurochirurgickou kliniku FN Ostrava“ formou otevřeného řízení, jejíž oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 31.12.2007 pod evidenčním číslem VZ 60013903 a v Úředním věstníku Evropské unie pod evidenčním číslem 2008/S 2-001699 dne 4.1.2008. Zadavatel rozdělil veřejnou zakázku na 24 částí s tím, že dodavatelé byli oprávněni podávat nabídky na jednotlivé části veřejné zakázky. Předmětem šetření tohoto správního řízení je postup zadavatele v části veřejné zakázky č. 1 „Páteří transpedikulární systémy na zlomeniny páteře“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel 6 nabídek. Z protokolu hodnotící komise ze dne 27.3.2008 vyplývá, že při posouzení nabídek komise zjistila, že cena za 1 systém vč. DPH, určená na 1 segment pro zlomeniny v oblasti C-C páteře a pro zlomeniny subaxálně C páteře u uchazeče Synthes, s. r. o., IČ 25071190, se sídlem Radlická 740, 158 00 Praha, za niž jedná jednatel Ing. Ivo Květ, CSc., ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 31.5.2008 advokátem JUDr. Miroslavem Mošnou, se sídlem O. Peška 725, 272 01 Kladno Praha (dále jen „navrhovatel“), a pro zlomeniny hrudní páteře a pro zlomeniny TH-L páteře u uchazeče B. Braun Medical, s. r. o., IČ 48586285, se sídlem V Parku 2335/20, 148 00 Praha (dále jen „vybraný uchazeč“), se výrazným způsobem odchyluje od ostatních nabídkových cen uchazečů a současně od předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Dopisem ze dne 3.4.2008 hodnotící komise požádala výše uvedené uchazeče o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, které následně akceptovala. Dne 2.5.2008 oznámil zadavatel rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.
3. Dne 2.6.2008 obdržel Úřad od navrhovatele návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, na jehož základě bylo zahájeno správní řízení, ve kterém jako účastníky správního řízení Úřad označil zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče.
4. Dne 23.6.2008 vydal Úřad rozhodnutí č. j. S161/2008/VZ-12544/2008/510/če, kterým zadavateli jako předběžné opatření uložil zákaz uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

Napadené rozhodnutí

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 18.7.2008 rozhodnutí č. j. S161/2008/VZ-13324/2008/510/če, ve kterém konstatoval, že zadavatel nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený v § 6 zákona v návaznosti na § 77 odst. 1 zákona tím, že hodnotící komise při posouzení nabídek uchazečů nedodržela při posuzování výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky zásadu transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější

nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. V souladu s § 118 zákona jako opatření k nápravě zrušil Úřad úkony zadavatele související s posouzením nabídek ve smyslu § 77 zákona, úkony související s hodnocením nabídek a rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky.

6. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí byla zadavateli uložena povinnost uhradit náklady řízení ve výši třicet tisíc korun českých s dobou splatnosti do dvou měsíců od nabytí právní moci předmětného rozhodnutí.
7. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že předmětem veřejné zakázky jsou čtyři páteřní transpedikulární systémy – pro zlomeniny v oblasti C-C páteře, pro zlomeniny subaxálně C páteře, pro zlomeniny hrudní páteře a pro zlomeniny v oblasti Th-L páteře. Uchazeči zpracovali nabídkové ceny formou vyplnění příslušných cenových tabulek tak, že doplnili nabídkové ceny za jeden systém, určený na jeden segment a celkové ceny, které odpovídají zadavatelem stanovené předpokládané roční spotřebě segmentů, snížené o množstevní rabat.
8. Hodnotící komise označila nabídkové ceny vybraného uchazeče (v položce systém pro zlomeniny páteře v oblasti C-C páteře a systém pro zlomeniny subaxálně C páteře) a navrhovatele (v položce systém pro zlomeniny hrudní páteře a systém pro zlomeniny v oblasti Th-L páteře) za mimořádně nízké a požádala výše uvedené uchazeče o zdůvodnění takto označené ceny, aniž by však specifikovala skutečnosti, které ji k tomuto závěru vedly. Zadavatelem přijaté zdůvodnění výše nabídkových cen poskytnuté uchazeči a odůvodnění přijetí tohoto zdůvodnění považuje Úřad za netransparentní. Úřad k tomuto uvádí, že vyžádání si zdůvodnění výše nabídkových cen u stanovených položek veřejné zakázky a posouzení tohoto zdůvodnění neprovedl zadavatel takovým způsobem, který by byl přezkoumatelný a porušil tedy zásadu transparentnosti upravenou § 6 zákona. Jako příklad tohoto netransparentního postupu rozhodnutí uvádí skutečnost, že zadavatel posuzoval výši nabídkových cen v úrovni ceny za 1 segment systému, tedy bez snížení ceny o množstevní rabat.
9. Z tabulky pro hodnocení 1. části veřejné zakázky, která tvoří přílohu zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 23.4.2008, rovněž vyplývá, že se zadavatel nezabýval posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Při posouzení výše nabídkových cen vycházel zadavatel pouze z prostého rozdílu výše jednotlivých cen u dílčích systémech předmětu veřejné zakázky a ne ve vztahu k předmětu veřejné zakázky jako celku, tedy k celkovému objemu dodávek „páteřních transpedikulárních systémů“ v souladu s § 77 odst. 1 zákona.

II. Námitky rozkladu

10. Proti shora uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 1.8.2008 rozklad, ve kterém uvádí, že posouzení prostého rozdílu výše jednotlivých cen u dílčích systémů předmětu veřejné zakázky bylo použito pouze jako „pomocné vodítko“, které má dle něj ve vztahu k předmětu veřejné zakázky poměrně vysokou vypovídací hodnotu. V této souvislosti zadavatel uvádí, že v protokolu o jednání pro 1. část veřejné zakázky ze dne 27.3.2008 je uvedeno, že cena vybraného uchazeče a navrhovatele se „výrazným způsobem odchyluje od ostatních nabídkových cen uchazečů a od předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Zadavatel zde zdůrazňuje existenci dvou tvrzení – existence výrazné odchylky

ve výši nabídkových cen konkrétních položek dotčených uchazečů a ostatních uchazečů a současně výraznou odchylku těchto cen od předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Zadavatel se neztotožňuje s tvrzením Úřadu a cituje napadené rozhodnutí, ve kterém je dle něj uvedeno že uchazeči byli vyzváni k odůvodnění vzhledem k tomu, že jejich cena uvedených segmentů se výrazným způsobem odchyluje od ostatních nabídkových cen „a tedy naplňuje“ znaky mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 77 zákona. Současně zadavatel uvádí ve vztahu k odchylce cen od předpokládané hodnoty veřejné zakázky, že dle něj nelze pochybovat o tom, že tato předpokládaná cena vychází z předmětu veřejné zakázky a má tedy dostatečnou vypovídací schopnost k předmětu veřejné zakázky.

11. Zadavatel dále uvádí, že považuje za nutné brát ohled i na jednotlivé složky ceny, nikoli jen na cenu v souhrnu. Komise dle něj posuzovala nabídku v celé její „šíři škále cen“, včetně cen snížených o množstevní rabat. Z dokumentace podle jeho názoru nelze dojít k závěru, že by při posuzování odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny nebyl brán ohled na množstevní rabat.
12. K nepřezkoumatelnosti posouzení zdůvodnění výše nabídkových cen zadavatel uvádí, že je provedeno s ohledem na maximální možnou přezkoumatelnost. Zadavatel upozorňuje na odkaz ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 23.4.2008 o tom, že mu dotčení uchazeči doručili zdůvodnění těchto mimořádně nízkých nabídkových cen. Toto zdůvodnění považuje zadavatel za formu záruky za dodržení nabízených cen v rámci následného kontraktu a potvrzení, že uvedená výše cen nebyla nabídnuta pouze v důsledku chybného zpracování nabídky.

Závěr rozkladu

13. Zadavatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a plně vyhověl rozkladu.

III. Řízení o rozkladu

14. K podanému rozkladu obdržel Úřad dne 11.8.2008 vyjádření navrhovatele, který uvádí, že nemá v této věci další připomínky. Dne 11.8.2008 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče, který souhlasí s argumentací zadavatele a vyjádřil své přesvědčení o zákonnosti postupu hodnotící komise. Závěrem svého vyjádření vybraný uchazeč uvedl, že i pokud by byl postup zadavatele shledán Úřadem v rozporu se zákonem, nemohl dle něj mít vliv na pořadí jednotlivých nabídek.
15. 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 zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
16. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k níže uvedenému závěru.

17. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 18.7.2008 č.j. S161/2008/VZ-13324/2008/510/če konstatoval v postupu zadavatele rozpor s § 6 zákona v návaznosti na § 77 odst. 1 zákona a uložil mu podle § 118 zákona výše uvedené opatření, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

18. K argumentaci rozkladu zadavatele úvodem konstatuji, že klíčovou skutečností pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele při zadání veřejné zakázky je označení nabídkové ceny za určité dílčí položky veřejné zakázky jako ceny mimořádně nízké.
19. K tomuto uvádím, že dle ustanovení § 77 odst. 1 zákona je třeba tuto skutečnost posuzovat „ve vztahu k předmětu veřejné zakázky“, tedy vyšší nabídkové ceny (respektive skutečnost, zda se jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu) je nutno nahlížet z pohledu veřejné zakázky jako celku, a nikoliv ve vztahu pouze k některým dílčími částem. V šetřeném případě je předmětem veřejné zakázky dodávka páteřních transpedikulárních systémů na zlomeniny páteře. Nabídkovou cenou (která může být případně označena jako mimořádně nízká ve smyslu § 77 odst. 1 zákona) je zde tedy celková nabídková cena za páteřní transpedikulární systémy na zlomeniny páteře při předpokládané roční spotřebě, snížená o množstevní rabat. Pouze tuto částku tak hodnotící komise může posuzovat z pohledu § 77 odst. 1 zákona a v okamžiku, kdy ji shledá jako mimořádně nízkou, je povinna požádat uchazeče o písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které mohou dle jejího názoru podstatně ovlivňovat tuto celkovou nabídkovou cenu. V tomto smyslu se vyjadřuje i odborná literatura. Shrnuji tedy, že za mimořádně nízkou nabídkovou cenu je možné označit pouze celkovou nabídkovou cenu při předpokládané roční spotřebě, v tomto případě sníženou o množstevní rabat a nelze jako mimořádně nízké označit nabídkové ceny u jednotlivých položek veřejné zakázky. Pokud tak zadavatel v šetřeném případě učinil, jednal v rozporu se zákonem a na základě tohoto pochybení jsou v rozporu se zákonem i všechny jeho následné kroky, neboť se vztahovaly pouze k jednotlivým položkám a ne k předmětu veřejné zakázky jako celku.
20. Zadavatel ve svém rozkladu namítá, že posouzení prostého rozdílu výše jednotlivých cen u dílčích systémů předmětné veřejné zakázky bylo použito pouze jako „pomocné vodítko“ a zdůrazňuje existenci dvou tvrzení – nabídkové ceny těchto konkrétních segmentů se u dotčených uchazečů výrazně odchyľují od ostatních uchazečů a současně se tyto ceny výrazně odchyľují od předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Zadavatel se současně ohrazuje proti způsobu, jakým Úřad cituje z obsahu žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny.
21. K argumentaci zadavatele uvádím, že posouzení prostého rozdílu výše cen za jednotlivé části předmětu veřejné zakázky je samozřejmě v plné kompetenci zadavatele a není v rozporu se zákonem. Nelze však souhlasit s tvrzením zadavatele, že posouzení těchto dílčích rozdílů bylo pouze „pomocným vodítkem“. Z textu předmětné žádosti, stejně jako např. i z protokolu z 1. jednání hodnotící komise ze dne 27.3.2008, je naopak patrné, že zadavatel na základě vyhodnocení těchto dílčích rozdílů automaticky a bez dalšího použil institut žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, který je však přípustný pouze u celkové nabídkové ceny, tedy ceny za splnění celého předmětu

veřejné zakázky. Z žádného úkonu zadavatele není zřejmé, zda a případně jakým způsobem vyhodnocoval vztah předmětných dílčích rozdílů v cenových položkách k celkovému předmětu veřejné zakázky (jak to požaduje § 77 odst. 1 zákona) a tedy jejich vliv na reálnost celkové nabídkové ceny. V tomto smyslu pak hovoří rovněž napadené rozhodnutí, přičemž drobné formulační nepřesnosti při citaci z žádosti zadavatele nemají na uvedený právní závěr žádný vliv.

22. Zadavatel dále uvádí, že z dokumentace nelze dojít k závěru, že by při posuzování odůvodnění výše mimořádně nízké nabídkové ceny nebyl brán ohled na množstevní rabat. Současně zdůrazňuje význam jednotlivých složek ceny ve vztahu k celkové ceně a uzavírá, že komise posuzovala cenu v celé škále cen, včetně cen snížených o množstevní rabat. K tomuto uvádím, že z příložených tabulek, zpráv a protokolů nelze usoudit na tuto zadavatelem tvrzenou skutečnost. Zejména z tabulky pro hodnocení 1. části veřejné zakázky (ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 23.4.2008) je zřejmé, že uchazeči uvedli ceny za 1 systém vč. DPH určený na 1 segment pro každou položku veřejné zakázky zvlášť, následně byla uvedena celková nabídková cena vyčíslená pro předpokládanou roční spotřebu všech systémů a až posléze byla uvedena celková nabídková cena snížená o poskytnutý rabat. Vzhledem k tomu, že položky, u kterých byla cena označená za mimořádně nízkou, jsou uvedeny v částkách nesnížených o poskytnutý rabat, nasvědčuje tato skutečnost závěru, že hodnotící komise při posuzování odůvodnění výše této mimořádně nízké nabídkové ceny množstevní rabat skutečně nezapočítala.
23. K přezkoumatelnosti úkonů hodnotící komise ve vztahu k jejímu posouzení zdůvodnění výše nabídkových cen uvádím, že vyjádření uchazečů nelze zaměňovat za vyjádření hodnotící komise. Úkolem hodnotící komise je zajistit řádný průběh fáze posouzení a hodnocení nabídek způsobem, který nenechává prostor pro pochybnosti o jeho zákonném průběhu. V souladu s ustanovením § 80 odst. 1 zákona pořídí hodnotící komise o posouzení a hodnocení nabídek písemnou zprávu, ve které je povinna zdokumentovat svůj postup a která představuje základní dokument z hlediska přezkoumatelnosti jejího postupu. Předpokladem transparentnosti činnosti hodnotící komise je pak nejen holé konstatování výsledku jejího jednání (v konkrétním případě uznání či neuznání vysvětlení uchazeče), ale i samotný myšlenkový postup, který k tomuto závěru komisi vedl. Odkaz na vyjádření uchazečů s pouhým konstatováním, že toto vyjádření bylo akceptováno, neboť výše nabídkové ceny byla zdůvodněna objektivními příčinami, není dostatečný.
24. Pro další postup zadavatele opětovně zdůrazňuji, že za mimořádně nízkou není možné označit nabídkovou cenu, která se vztahuje pouze k jedné či více položkám veřejné zakázky. Za mimořádně nízkou nabídkovou cenu je možné označit pouze cenu, která se vztahuje k předmětu veřejné zakázky jako celku. V případě žádosti o vysvětlení výše mimořádně nízké nabídkové ceny je třeba konkretizovat ty skutečnosti, které v hodnotící komisi vyvolávají pochybnosti. Postup hodnotící komise ve vztahu k přijetí zdůvodnění výše nabídkové ceny je následně třeba popsat v protokolu o jednání hodnotící komise způsobem, který nepřipouští pochyby o zákonnosti jejího postupu. Nelze se omezit na pouhé konstatování výsledku tohoto postupu.

V. Závěr

25. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
26. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

Poučení

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Fakultní nemocnicí Ostrava, 17. listopadu 1790, 708 52 Ostrava-Poruba
2. JUDr. Miroslavem Mošna, advokát se sídlem O. Peška 725, 272 01 Kladno,
3. B. Braun Medical s. r. o., V Parku 2335/20, 148 00 Praha
4. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce