

Toto rozhodnutí bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy ÚOHS č.j. R157/2008/02-22827/2008/310-ZČ ze dne 12.11.2008

Obě rozhodnutí nabyly právní moci dne 24.11.2008

Č. j. S161/2008/VZ-13324/2008/510/če

V Brně dne 18. července 2008

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 2.6.2008 na návrh ze dne 31.5.2008, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Fakultní nemocnice Ostrava, IČ 00843989, se sídlem 17. listopadu 1790, 708 52 Ostrava-Poruba jejímž jménem jedná MUDr. Svatopluk Němec, MBA, ředitel,
- navrhovatel – Synthes, s. r. o., IČ 25071190, se sídlem Radlická 740, 158 00 Praha, za niž jedná Ing. Ivo Květ, CSc., jednatel, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 31.5.2008 JUDr. Miroslavem Mošnou, advokátem, se sídlem O. Peška 725, 272 01 Kladno,
- vybraný uchazeč – B. Braun Medical s. r. o., IČ 48586285, se sídlem V Parku 2335/20, 148 00 Praha, za niž jedná PharmDr. Jiří Lukeš a MUDr. Lubomír Klepáč, jednatelé,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Spinální implantáty pro Neurochirurgickou kliniku FN Ostrava“ – část zakázky č. 1 „Pátevní transpedikulární systémy na zlomeniny páteře“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v ISVZ uveřejněno dne 31.12.2007 pod ev.č. VZ 60013903 a v Úředním věstníku EU pod značkou 2008/S 2-001699 dne 4.1.2008, **rozhodl** podle § 114 odst. 3 cit. zákona o veřejných zakázkách takto:

I.

I. 1. Zadavatel Fakultní nemocnice Ostrava nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený v § 6 v návaznosti na § 77 odst. 1 cit. zákona o veřejných zakázkách 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.

I. 2 Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 citovaného zákona o veřejných zakázkách **ruší úkony zadavatele** související s posouzením

nabídek ve smyslu § 77 zákona, jehož průběhu byl zdokumentován v protokolu z jednání komise ze dne 27.3.2008 a ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 23.4.2008, čímž se současně ruší i úkony zadavatele související s hodnocením nabídek, a rozhodnutí zadavatele ze dne 23.4.2008 o výběru nejvhodnější nabídky, oznámené uchazečům dopisem ze dne 2.5.2008.

II.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli Fakultní nemocnice Ostrava **ukládá 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 na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 1610850001.

Odůvodnění

Fakultní nemocnice Ostrava, IČ 00843989, se sídlem 17. listopadu 1790, 708 52 Ostrava-Poruba jejímž jménem jedná MUDr. Svatopluk Němec, MBA, ředitel (dále jen „zadavatel“), uveřejnila podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. (dále jen „zákon“), v ISVZ pod ev.č. VZ 60013903 dne 31.12.2007 a v Úředním věstníku EU pod zn. 2008/S 2-001699 dne 4.1.2008 oznámení otevřeného řízení na nadlimitní veřejnou zakázku „Spinální implantáty pro Neurochirurgickou kliniku FN Ostrava“. Zadavatel veřejnou zakázku rozdělil 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 „Pátevní transpedikulární systémy na zlomeniny páteře“ (dále jen „veřejná zakázka“).

Z protokolu o otevírání obálek, resp. jeho přílohy „Nabídkové ceny“, ze dne 12.2.2008 vyplývá, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel ve veřejné zakázce 6 nabídek, přičemž 1 uchazeč byl pro neúplnost nabídky vyloučen. Jak vyplývá z protokolu z jednání hodnotící komise ze dne 27.3.2008, komise při posouzení nabídek uchazečů zjistila, že „cena za 1 systém vč. DPH, určený na 1 segment

- pro zlomeniny v oblasti C-C páteře a pro zlomeniny subaxálně C páteře u uchazeče Synthes, s. r. o., Praha (dále jen „Synthes“ nebo „navrhovatel“),
- pro zlomeniny hrudní páteře a pro zlomeniny TH-L páteře u uchazeče B. Braun Medical s. r. o., Praha (dále jen „Braun“),

se výrazným způsobem odchyluje od ostatních nabídkových cen uchazečů a od předpokládané hodnoty veřejné zakázky“. Komise si proto dopisem ze dne 3.4.2008 od jmenovaných uchazečů vyžádala zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Uchazeč Braun dopisem ze dne 3.4.2008 a uchazeč Synthes dopisem ze dne 4.4.2008 podali zadavateli požadované zdůvodnění. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 23.4.2008, komise zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny u obou uchazečů akceptovala. Komise následně vyhodnotila jako nejvhodnější nabídku uchazeče Braun. Zadavatel výsledek hodnocení akceptoval (rozhodnutí zadavatele ze dne 23.4.2008) a dopisy ze dne 2.5.2008 oznámil rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky všem uchazečům.

Z dokumentace o veřejné zakázce (dále jen „dokumentace“) vyplývá, že uchazeč Synthes obdržel rozhodnutí zadavatele dne 5.5.2008 a následně dopisem ze dne 13.5.2008, doručeným zadavateli dne 14.5.2008, podal proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky u zadavatele námitky. Zadavatel podaným námitkám nevyhověl. Uvedenou skutečnost sdělil navrhovateli dopisem ze dne 20.5.2008, který ho podle doručky převzal dne 21.5.2008.

Navrhovatel následně dopisem ze dne 31.5.2008 podal u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 2.6.2008 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel návrh navrhovatele dne 2.6.2008 faxem a dne 4.6.2008 poštou.

Účastníky správního řízení jsou podle § 116 zákona:

- zadavatel
- navrhovatel Synthes, s. r. o., IČ 25071190, se sídlem Radlická 740, 158 00 Praha, za niž jedná Ing. Ivo Květ, CSc., jednatel, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 31.5.2008 JUDr. Miroslavem Mošnou, advokátem, se sídlem O. Peška 725, 272 01 Kladno,
- vybraný uchazeč – B. Braun Medical s. r. o., IČ 48586285, se sídlem V Parku 2335/20, 148 00 Praha, za niž jednají PharmDr. Jiří Lukeš a MUDr. Lubomír Klepáč, jednatelé.

Navrhovatel v návrhu uvedl, že podle jeho názoru vybraný uchazeč v soutěži uspěl díky mimořádně nízké nabídkové ceně, která je značně odlišná od ceny obvyklé na trhu ČR, od ceny, kterou uchazeč Braun realizuje v jiných zdravotnických zařízeních, a od výše úhrady v aktuálním ceníku VZP. Obvyklá cena systému „Socon“ firmy Braun, vč. DPH, se podle názoru navrhovatele pohybuje v ČR mezi 50 až 60 tis. Kč, a úhrada VZP (maximální vykazovaná částka) činí v typické variantě 98 tis. Kč, v nejlevnější variantě pak 90 tis. Kč. Nabídková cena v předmětné veřejné zakázce přitom činila pouhých cca 31 tis. Kč. Podle platné metodiky VZP pro zařazování zdravotnických prostředků typu ZÚM (zvlášť účtovaný materiál) ve skupině 42 číselníku, je nákupní cena dovozce o 10 % nižší. Z uvedeného podle názoru navrhovatele vyplývá, že nabídková cena systému „Socon“ je zhruba na úrovni 55 % ceny obvyklé a zhruba 65 % pod nákupní cenou. Zadavatel přitom vzal v úvahu pouze zdůvodnění „objektivními příčinami“. Z uvedených důvodů navrhovatel požaduje, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 2.5.2008. Jako přílohu návrhu navrhovatel v této souvislosti přikládá kopii výtahu z aktuálního ceníku VZP (platnost od 1.4.2008).

Zadavatel ve vyjádření ze dne 6.6.2008 k návrhu uvedl, že nadále trvá na svém rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky tak, jak je uvedeno v rozhodnutí o námitce proti úkonu zadavatele ze dne 20.5.2008.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem ze dne 10.6.2008. V jeho příloze jim usnesením stanovil lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhopvat důkazy a vyjádřit svá stanoviska v řízení. Úřad současně zadavateli rozhodnutím č.j. S161/2008/VZ-12544/2008/510/če ze dne 23.6.2008, které nabylo právní moci dne 11.7.2008, uložil předběžné opatření zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

Uchazeč Braun ve svém vyjádření ze dne 2.6.2008 uvedl, že na výzvu zadavatele svoji nabídkovou cenu odůvodnil a na uvedené důvody také plně odkazuje. Zadavatel podané vysvětlení akceptoval. Uchazeč dále namítá, že minimální nákupní cena výrobků, které dodává, není veřejně přístupná a proto poukazování navrhovatele na jaké procentní úrovni je jeho nabídková cena vůči ceně obvyklé či nákupní je zcela irrelevantní. Podle názoru uchazeče není otázka případné „podbízivosti ceny“ důvodem pro posouzení ceny jako mimořádně nízké, neboť zákon tuto problematiku neupravuje a Úřad tedy není oprávněn posuzovat, zda je cena v předmětné veřejné zakázce „podbízivá“ či nikoliv. Samotné uvážení, zda je nabízená cena reálná je pak plně v kompetenci zadavatele. Jak uchazeč uvedl již ve zdůvodnění

nabídkové ceny, jím nabízená cena generuje přiměřený zisk a uchazeč vzhledem k svému zázemí etablované společnosti je schopen ji dodržet i při realizaci veřejné zakázky (jedná se o cenu konečnou, odvislou pouze od nákupní ceny a výše obchodní marže). Kromě uvedeného uchazeč Braun namítá, že dovolávat se metodiky VZP pro stanovení úhrady zdravotnických prostředků z veřejného zdravotního pojištění je od věci. Stanovená úhrada nezakazuje prodávat zdravotnické prostředky za cenu nižší. O stanovení úhrady se žádá v určitý moment, kdy distributor chce, aby jím prodávaný zdravotnický prostředek byl hrazen z veřejného zdravotního pojištění (zpravidla v době uvedení výrobku na trh). Kalkulace kupní ceny, doložená za účelem stanovení úhrady z veřejného zdravotního pojištění, je tedy vypracována na základě podkladů, platných v době podání žádosti o úhradu. Výrobky systému „Socon“ jsou v systému úhrad zařazeny od roku 2001, kdy např. kurz EUR byl výrazně odlišný od současného. Úhrada z veřejného zdravotního pojištění je navíc stanovena jako maximální a lze tedy předpokládat, že se veškeré prodejní ceny na trhu nebudou pohybovat na hranici maxima, ale budou ovlivňovány konkurencí. Kalkulaci navrhovatele u typické a nejlevnější varianty považuje uchazeč za účelově vytrženou z kontextu, spoléhající na to, že se Úřad v této problematice běžně neorientuje.

Úřad přezkoumal na základě § 112 zákona dosavadní postup zadavatele a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace, vyjádření účastníků řízení a vlastních zjištění, konstatuje, že zadavatel v zadávacím řízení nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky. K tomu uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Podle § 77 odst. 1 a 2 zákona při posouzení nabídek uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek hodnotící komise posoudí též výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné; zdůvodnění musí být uchazečem doručeno ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti uchazeči, pokud hodnotící komise nestanoví lhůtu delší. Hodnotící komise může vzít v úvahu zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, jestliže je tato cena zdůvodněna objektivními příčinami, mj. dle písm. a) ekonomickými aspekty konstrukční metody či technologie, výrobního procesu nebo poskytovaných služeb a dle písm. b) objevností technického řešení nebo výjimečně příznivými podmínkami, které má uchazeč k dispozici pro provedení stavebních prací nebo poskytnutí dodávek či služeb. Podle odst. 4 citovaného ustanovení zákona zohlední komise při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny písemné zdůvodnění uchazeče i jeho vysvětlení.

Zjištění vyplývající z dokumentace

Podle zadávací dokumentace měli uchazeči zpracovat nabídkové ceny formou vyplnění příslušných cenových tabulek (v šetřeném případě dle přílohy č. 1 zadávací dokumentace). Předmětná tabulka je koncipována tak, že k předmětu veřejné zakázky – obsahujícímu 4 systémy, a to: pátevní 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 – jsou uvedeny četnosti předpokládané roční spotřeby jednotlivých systémů. Uchazeči tedy do tabulky doplnili ceny za 1 systém, určený na 1 segment (kus), a

odvisle tomu i celkové ceny, odpovídající zadavatelem stanovené předpokládané roční spotřebě segmentů, snížené o množstevní rabat. Takto upravená celková nabídková cena pak byla předmětem hodnocení v rámci v pořadí prvního dílčího kritéria „celková nabídková cena, vč. DPH, při předpokládané roční spotřebě, snížená o množstevní rabat“. Pro větší srozumitelnost dalšího textu Úřad níže uvádí přepis tabulky pro hodnocení veřejné zakázky pro dílčí hodnotící kritérium „celková nabídková cena, vč. DPH, při předpokládané roční spotřebě, snížená o množstevní rabat“.

Popis systému	předpokl. roční spotřeba ks	nabídková cena vč. DPH	uchazeči Synthes	Johnson & Johnson s. r. o.	Braun	Medtronic Czechia s. r. o.	ALINEX-Kácovská s. r. o.
zlomeniny: v oblasti C-C páteře	10	za 1 systém určený na 1 segment	X				
subaxiálně C páteře	5	dtto	X				
hrudní páteře	10	dtto			X		
v oblasti Th-L páteře	100	dtto			X		
		celková nabídková cena při předpokl. roční spotřebě					
		poskytnutý rabat v %					
		celková nabídková cena při předpokl. roční spotřebě snížená o poskytnutý rabat	v tis. 5,570	4,191	3,626	5,728	4,838

pozn. X ... nabídkové ceny, označené zadavatelem jako mimořádně nízké

V rámci posuzování nabídek z hlediska splnění zadávacích podmínek si komise vyžádala dopisy ze dne 2.4.2008 zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny od uchazečů Synthes a Braun. Svoje žádosti formulovala následovně. „Vzhledem k tomu, že Vaše nabídková cena pro veřejnou zakázku:

- v systému pro zlomeniny páteře v oblasti C-C páteře a v systému pro zlomeniny subaxiálně C páteře dle bodu 2.1 zadávací dokumentace (žádost u uchazeče Braun),
- v systému pro zlomeniny hrudní páteře a pro zlomeniny v oblasti Th-L páteře dle bodu 2.1 zadávací dokumentace (žádost u uchazeče Synthes),

se výrazným způsobem odchyluje od ostatních nabídkových cen a naplňuje znaky mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 77 zákona, byla Vaše nabídková cena pro uvedené části veřejné zakázky označena hodnotící komisí jako mimořádně nízká. Žádáme Vás

o zdůvodnění Vámi nabídnutých cen, a to ve lhůtě do 3 pracovních dnů od doručení této žádosti“.

Komise tedy posuzovala výše nabídkových cen v úrovni cen za 1 segment systému, tj. jednotlivé složky nabídkové ceny, bez snížení ceny o množstevní rabat, nikoliv tedy nabídkové ceny, koncipované způsobem, který zadavatel stanovil v rámci požadavků na její zpracování v zadávací dokumentaci. Jak vyplývá z dokumentace:

- uchazeč Braun nabídl nejnižší nabídkovou cenu a zadavatelem ověřované ceny se vztahovaly k systémům, jejichž finanční objem při předpokládané roční spotřebě celkem 110 ks (předmět veřejné zakázky tvoří dodávka celkem 125 ks všech systémů za rok), činil cca 92 % z nabídkové ceny uchazeče,
- uchazeč Synthes nabídl nejvyšší nabídkovou cenu a zadavatelem ověřované ceny se týkala systémů, jejichž finanční objem při předpokládané roční spotřebě celkem 15 ks (předmět veřejné zakázky tvoří dodávka celkem 125 ks všech systémů za rok), činil cca 7 % z nabídkové ceny uchazeče.

Uchazeč Braun v dopise ze dne 3.4.2008 sdělil, že komise v žádosti neuvádí, čím jeho nabídková cena naplňuje znaky mimořádně nízké nabídkové ceny, a ani nezná ostatní nabídkové ceny, a proto objasňuje způsob tvorby své nabídkové ceny, včetně faktorů, které ji ovlivňují, následovně. Nabídková cena v uvedených položkách vychází z nákupní ceny, ke které je přidána obchodní marže a DPH, přičemž přidaná marže je zisková. Nabídkovou cenu uchazeče pak ovlivnily následující objektivní skutečnosti: nákup produktu přímo od výrobce bez „vícenákladů“ na související překupy, aktuální kurz EUR vůči CZK, optimalizace přepravních nákladů díky vlastní distribuční síti ve spolupráci se stálými dopravci, rozpětí výše marže k uvedeným položkám, ovlivněná celkovým objemem obchodu a solidností zákazníka a smluvní garance, minimalizující rizika vymahatelnosti pohledávek. Při posouzení těchto skutečností uchazeč stanovil marži v dolní polovině rozpětí, a s přihlédnutím k uvedeným důvodům byl proto schopen nabídnout cenu reálnou pro něj (s přiměřeným ziskem) a ekonomicky příznivou pro zadavatele.

Uchazeč Synthes v dopise ze dne 4.4.2008 sdělil, že v obou případech se jedná o „AXON“, tj. nejnovější systém zn. Synthes na požadované indikace. Výchozí ceny před slevou 5 % odpovídají aktuální „úhradě VZP“ a uchazeč považuje za seriózní tyto ceny nepřekračovat. Problém odchylky od konkurenčních nabídkových cen může podle jeho názoru spočívat v chápání zadávací dokumentace, kdy nabídka uchazeče byla udělána na monosegmentální úsek krční páteře, např. C1-C2 nebo C3-C4 a podobně, ne však na O-C (occipitito-cervikální) přechod. Pro případ fixace O-C přechodu by byla nabídková cena vyšší.

Jak je v souvislosti s posouzením zdůvodnění podaných oběma uchazeči uvedeno ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 23.4.2008, komise „vzala v úvahu zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny od obou uchazečů, jelikož cena byla zdůvodněna objektivními příčinami“. Žádné jiné další konkrétní důvody akceptace zdůvodnění výše nabídkových cen zadavatel nikde v dokumentaci neuvedl.

Závěry Úřadu

Úřad v první řadě obecně uvádí, že smyslem ustanovení § 77 zákona je chránit zadavatele před situací, kdy uchazeč uvede v nabídce cenu, za kterou není z objektivních důvodů možné plnění veřejné zakázky realizovat. Současně by mělo bránit „neférovému“ jednáním dodavatelů, kteří se zadavateli nabídkovou cenou podbízejí. Podle § 77 odst. 1

zákonu se výše nabídkových cen posuzuje vždy ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, nikoliv tedy pouze vůči ostatním nabídkovým cenám či předpokládané ceně veřejné zakázky. Oba tyto aspekty jsou sice i nadále určitým vodítkem, ale mohou být pro identifikaci mimořádně nízké nabídkové ceny použity pouze jako jedny z více indikátorů. Při posuzování výše nabídkových cen tedy musí komise přihlídnout k celé řadě proměnných veličin, které mohou mít na reálnost nabídkové ceny vliv (velikost veřejné zakázky, cenová rozpětí a marže uplatňovaná jednotlivými dodavateli, ceny výrobce, atd.) a v celé této škále posoudit, zda je konkrétní nabídková cena ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a podmínkám, za kterých má být plněna, reálná. Jakou nabídkovou cenu lze označit za mimořádně nízkou zákon výslovně nestanoví a toto posouzení ponechává v kompetenci zadavatele, resp. hodnotící komise (viz § 74 odst. 1 zákona činí-li hodnotící komise ve vztahu k dodavatelům úkony podle zákona, platí, že tyto úkony činí jménem zadavatele), který nese obchodněprávní rizika, související s výběrem nejvhodnější nabídky.

Vycházejí z obecného ustanovení § 6 zákona, musí zadavatel všechny úkony učiněné v průběhu zadávacího řízení činit transparentním způsobem, aby byly následně přezkoumatelné. Shledá-li tedy zadavatel výši určité nabídkové ceny jako mimořádně nízkou, musí být z dokumentace jasné, proč jí byla takto posouzena, a jaké konkrétní skutečnosti ho k tomuto závěru vedly. Je proto nutné, aby žádost o její zdůvodnění obsahovala kvalifikovaný rozbor skutečností uvedených v nabídce uchazeče, které v zadavateli vyvolávají pochybnosti. Nepostačuje tedy pouze prostý fakt určitých rozdílů ve výši nabídkových cen. Uvedený závěr vyplývá jednak ze zásady transparentnosti, kterou musí být celé zadávací řízení ovládáno, jednak z logiky věci, neboť věcné zdůvodnění může uchazeč podat pouze tehdy, pokud jsou mu známy konkrétní pochybnosti zadavatele. A naopak, nemá-li zadavatel dostatek relevantních informací, nemůže kvalifikovaně posoudit, zda je mimořádně nízká nabídková cena zdůvodněna objektivními příčinami. Objektivní důvody, uvedené v zákoně, jsou pouze demonstrativní, uchazeč může samozřejmě použít i jiné zdůvodnění, to však musí nejen obecně konstatovat, ale i průkazným a přesvědčivým způsobem doložit.

V šetřeném případě zadavatel dopisy ze dne 2.4.2008 vyzval uchazeče Synthes a Braun ke zdůvodnění jejich nabídkových cen, přičemž jako důvod jejich indikace jako mimořádně nízké pouze uvedl, že „nabídnutá cena ...u konkrétních systémů... se výrazně odchyluje od ostatních nabídkových cen a je tedy podle zákona cenou mimořádně nízkou“. Zadavatel vyzvaným uchazečům nesdělil, ve kterých aspektech je jimi předložená cena za 1 segment systému, tedy jednotlivé složky nabídkové ceny, mimořádně nízká, resp. na které konkrétní skutečnosti by se měli ve svém zdůvodnění zaměřit. To je zřejmé i z dopisu uchazeče Braun ze dne 3.4.2008, který ve věci zdůvodnění nabídkové ceny namítá, že „komise v žádosti neuvádí, čím jeho nabídková cena naplňuje znaky mimořádně nízké nabídkové ceny“. Takto pouze obecně formulovanou žádost tedy nelze považovat z hlediska transparentnosti zadávacího procesu za přijatelnou.

Jak vyplývá z „tabulky pro hodnocení 1. části veřejné zakázky“, která tvoří přílohu zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, zadavatel se nezabýval posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, ale při jejich posouzení vycházel pouze z prostého rozdílu výše jednotlivých cen u dílčích systémů (položek) předmětu veřejné zakázky. Podle § 77 odst. 1 zákona se však výše nabídkových cen posuzuje ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. V šetřeném případě jsou předmětem veřejné zakázky „páteřní transpedikulární systémy na zlomeniny páteře“ tedy všechny 4 systémy v objemu daném četností ročních dodávek, stanovené zadavatelem. Nabídková cena se tedy vztahuje k celkovému objemu dodávek „páteřních transpedikulárních systémů“. Takto je koncipován předmět veřejné zakázky a i způsob stanovení nabídkové ceny v zadávací dokumentaci (viz

cenové tabulky dle přílohy č. 1 zadávací dokumentace), která je následně ve smyslu § 77 odst. 1 zákona předmětem posuzování.

Jako netransparentní klasifikuje Úřad dále i postup zadavatele při zdůvodnění akceptace odůvodnění výše nabídkových cen, kdy je ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 23.4.2008 zadavatelem v této souvislosti pouze uvedeno, že „komise vzala v úvahu zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny od obou uchazečů, jelikož cena byla zdůvodněna objektivními příčinami“. Úřad prezentuje netransparentnost postupu zadavatele např. na skutečnosti, že zadavatel posuzoval výše nabídkových cen v úrovni ceny za 1 segment systému, tedy bez snížení ceny o množstevní rabat (viz „tabulky pro hodnocení veřejné zakázky“). V takovém případě by však nemohl argumentaci uchazeče Braun, že jeho „nabídkovou cenu ovlivnil i celkový objem obchodu“, akceptovat.

Z povahy určení a následného posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny je zřejmé, že se jedná o problematiku, vyžadující kvalifikovaný a transparentní postup zadavatele, který umožní i jeho následné přezkoumání. V šetřeném případě však Úřad z výše uvedených důvodů konstatuje, že zadavatel jednal v rozporu s ustanovením § 6 zákona, které zadavateli ukládá povinnost dodržovat při postupu podle zákona zásady transparentnosti, neboť vyžádání zdůvodnění výše nabídkových cen vůči předmětu veřejné zakázky a posouzení tohoto zdůvodnění neprovedl takovým způsobem, který by byl přezkoumatelný. Na základě těchto skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 6 zákona tím, že při provádění úkonů spojených v šetřeném případě s posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, nedodržel zásadu transparentnosti. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť při posouzení výše nabídkových cen v souladu se zákonem by mohlo dojít k vyřazení nabídek a vyloučení uchazečů z účasti v zadávacím řízení, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

V návaznosti na výše uvedené Úřad jako nápravné opatření ve smyslu § 118 zákona ruší úkony zadavatele související s posouzením nabídek ve smyslu § 77 zákona, jehož průběhu byl zdokumentován v protokolu z jednání komise ze dne 27.3.2008 a ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 23.4.2008, čímž současně ruší i úkony zadavatele související s hodnocením nabídek, o jehož průběhu byla pořízena zpráva o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 23.4.2008, a rozhodnutí zadavatele ze dne 23.4.2008 o výběru nejvhodnější nabídky, oznámené uchazečům dopisem ze dne 2.5.2008.

Výsledkem uložených nápravných opatření je ve svém důsledku provedení nového transparentního posouzení a hodnocení nabídek s tím, že zadavatel musí v této souvislosti striktně postupovat v souladu s ustanoveními § 77 a zejména § 6 zákona, tak jak je uvedeno výše v rozhodnutí. To znamená, že musí provést a zdokumentovat posouzení výše nabídkových cen spočívající nejen v pouhém srovnání cen jejich dílčích položek mezi jednotlivými uchazeči, ale provést tento „rozbor cen“ v celém komplexu konstrukce nabídkové ceny, tak jak ji stanovil v zadávací dokumentaci, tj. s přihlédnutím ke všem položkám, majícím na stanovení její výše vliv (tzn. kromě výše všech jednotkových cen, i předpokládané roční spotřebě, množstevnímu rabatu, apod.). V případě, že si zadavatel ve smyslu § 77 odst. 1 zákona od uchazeče vyžádá zdůvodnění výše jeho nabídkové ceny, musí uchazeče v rámci této žádosti seznámit s předmětnou částí tohoto „rozboru cen“, aby uchazeč mohl na žádost zadavatele konkrétně reagovat, a zadavatel tak měl k dispozici konkrétní zdůvodnění nabídkové ceny, jako podklad, ze kterého může při jeho posouzení vycházet.

Náklady řízení

Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 zákona také rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,-- Kč.

Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím zrušil výše uvedené úkony zadavatele, uložil zadavateli povinnosti uhradit náklady řízení, tak jak je uvedeno v bodě II. výroku rozhodnutí.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Jindřiška Koblihová
II. místopředsedkyně ÚOHS
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Fakultní nemocnice Ostrava, 17. listopadu 1790, 708 52 Ostrava-Poruba

JUDr. Miroslav Mošna, advokát, O. Peška 725, 272 01 Kladno

B. Braun Medical s. r. o., V Parku 2335/20, 148 00 Praha

Na vědomí:

Synthes, s. r. o., Radlická 740, 158 00 Praha

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce

