



UOHSX004A7Z0

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S118/2012/VZ-9888/2012/520/JOn

V Brně dne: 26. června 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 22.2.2012, na návrh ze dne 16.2.2012, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Nemocnice TGM Hodonín, příspěvková organizace, IČ 00226637, Purkyňova 11, 695 26 Hodonín, za niž jedná Ing. Antonín Tesařík, ředitel,
- navrhovatel – Olympus Czech Group s.r.o., člen koncernu, IČ 27068641, Evropská 176, 160 41 Praha 6, za niž jedná Ing. Petr Haffner, prokurista, a Ing. Pavel Kasal, prokurista,
- vybraný uchazeč – Medinet s.r.o., IČ 47538198, nám. Sítná 3105, 272 01 Kladno, za niž jedná Ing. Petr Kožner, jednatel,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vymezené obsahem návrhu učiněných ve veřejné zakázce malého rozsahu „Nákup zdravotní techniky pro Nemocnici TGM Hodonín“, na kterou byla dne 27.12.2011 zaslána „výzva“ k podání nabídky pěti dodavatelům,

rozhodl takto:

Návrh společnosti Olympus Czech Group s.r.o., člen koncernu, IČ 27068641, Evropská 176, 160 41 Praha 6, ze dne 16.2.2012 **se** podle § 118 odst. 5 písm. d) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona v zadávacím řízení nebo soutěži o návrh.

ODŮVODNĚNÍ

I. PRŮBĚH VÝBĚROVÉHO ŘÍZENÍ

1. Nemocnice TGM Hodonín, příspěvková organizace, IČ 00226637, Purkyňova 11, 695 26 Hodonín, za niž jedná Ing. Antonín Tesařík, ředitel (dále jen „zadavatel“), zaslala dne 27.12.2011 pěti zájemcům písemnou „výzvu“ k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu „Nákup zdravotní techniky pro Nemocnici TGM Hodonín“.
2. Ve stanovené lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel nabídky tří uchazečů. Z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 17.1.2012 vyplývá, že uchazeč Olympus Czech Group s.r.o., člen koncernu, IČ 27068641, Evropská 176, 160 41 Praha 6, za niž jedná Ing. Petr Haffner, prokurista, a Ing. Pavel Kasal, prokurista (dále jen „navrhovatel“), ve své nabídce u dílčího kritéria – smluvní pokuta za nedodržení termínu předání dodávky – uvedl hodnotu ve výši 0,1 % z ceny předmětu plnění (tj. 1.813,- Kč) za každý započatý den. Podle zadavatele však z bodu 12 zadávací dokumentace vyplývalo, že uchazeč má uvést smluvní pokutu v absolutní hodnotě, nikoliv vyjádřit výši sankce za každý započatý den.
3. Žádostí o písemné vysvětlení nabídky ze dne 17.1.2012 zadavatel vyzval navrhovatele, aby se vyjádřil, zda navrhovatelem uvedená výše smluvní pokuty (1.813,- Kč/den) je platná v souladu s požadavky stanovenými zadávací dokumentací a upozornil navrhovatele na fakt, že požadoval uvést smluvní pokutu v absolutní hodnotě.
4. V reakci na žádost zadavatele navrhovatel ve vysvětlení nabídky ze dne 18.1.2012 konstatoval, že s ohledem na upřesnění zadavatele změnil hodnotu smluvní pokuty, kterou stanovil na 170.000,- Kč.
5. Na základě rozhodnutí ze dne 24.1.2012 byl navrhovatel ze zadávacího řízení vyloučen, neboť ve své nabídce změnil hodnotu smluvní pokuty z částky 1.813,- Kč na 170.000,- Kč, což hodnotící komise označila za porušení závaznosti nabídky navrhovatele.
6. Proti rozhodnutí zadavatele ze dne 24.1.2012 o vyloučení navrhovatele z další účasti ve výběrovém řízení, podal navrhovatel zadavateli zdůvodněné námitky ze dne 31.1.2012, které zadavatel obdržel dne 3.2.2012. Zadavatel na námitky navrhovatele reagoval svým stanoviskem ze dne 10.2.2012, v němž uvádí, že se jedná o zakázku malého rozsahu, která se neřídí zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), tudíž se podání námítky neřídí ustanovením § 110 zákona. K námitce navrhovatele se však zadavatel vyjádřil, aby dodržel postup v souladu se zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Podle zadavatele spočíval zásadní problém v té skutečnosti, že navrhovatel ve své nabídce uvedl smluvní pokutu za každý den prodlení, avšak hodnotící kritérium – smluvní pokuta za nedodržení termínu předání dodávky – nebylo koncipováno tak, aby mohl navrhovatel nabídnout smluvní pokutu za každý den prodlení. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že uchazeč má nabídnout výši smluvní pokuty, přičemž není dále uvedeno, že by se mělo jednat o smluvní pokutu za každý den prodlení, jedná se tedy o pokutu jednorázovou. Jelikož zadavateli vznikla pochybnost o správném určení výše smluvní pokuty, vyzval navrhovatele k vysvětlení jeho nabídky. Navrhovatel však ve svém vysvětlení změnil nabídku, proto zadavatel musel navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení vyloučit.

7. Dne 20.2.2012 zadavatel rozhodl o výběru nevhodnější nabídky společnosti Medinet s.r.o., IČ 47538198, nám. Sítná 3105, 272 01 Kladno, za niž jedná Ing. Petr Kožner, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“).
8. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení z další účasti ve výběrovém řízení ze dne 24.1.2012 za učiněné v souladu se zákonem, podal u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, jako orgánu dohledu nad dodržováním zákona (dále jen „Úřad“), písemný návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, který Úřad obdržel dne 22.2.2012.

II. OBSAH NÁVRHU

9. Navrhovatel se domnívá, že jeho vyloučení představovalo porušení § 6 zákona, nesouhlasí s názorem zadavatele, že se jedná o zakázku malého rozsahu, jenž nepodléhá zákonu o veřejných zakázkách. Podle navrhovatele to byl sám zadavatel, kdo jasně písemně stanovil, že se celá zakázka řídí zákonem, a to ve věcech, jež nebyly upraveny zadávací dokumentací. Navrhovatel dále uvádí, že zákon jasně přisuzuje zadavateli právo postupovat podle zákona i v případě zakázek malého rozsahu, pokud si to zadavatel zvolí. V šetřeném případě, podle názoru navrhovatele, k takové volbě došlo, přičemž navrhovatel odkazuje na první stranu zadávací dokumentace, která má toto tvrzení podpořit. Navrhovatel namítá, že postupem zadavatele došlo k porušení zásad transparentnosti, zákazu diskriminace a zásady rovného zacházení.
10. Navrhovatel dále cituje bod 7.4 zadávací dokumentace, ze kterého, jakož i z další části zadávací dokumentace, nevyplývá přesná podoba smluvní pokuty, tedy, zda má být tato určena absolutní nebo procentní částkou. Pokud zadavatel požadoval, aby uchazeč vyjádřil smluvní pokutu v absolutní částce, měl tento svůj požadavek jasně stanovit již v samotné zadávací dokumentaci. Z uvedeného důvodu nelze vyloučit navrhovatele pro nesplnění podmínek zadávací dokumentace. Navrhovatel změnil podobu smluvní pokuty teprve v reakci na žádost zadavatele ze dne 17.1.2012 o vysvětlení nabídky, kdy se rozhodl přijmout výklad zadavatele ohledně podoby smluvní pokuty, jednal tak v souladu s pozdějším, byť nezákonným, upřesněním zadávací dokumentace ze strany zadavatele. Navrhovatel pouze reagoval na žádost zadavatele o vysvětlení, v níž zadavatel nově určil, aby smluvní pokuta byla uvedena v paušální podobě. Navrhovatel se domnívá, že jeho jednání bylo vyvolané vadami v zadávací dokumentaci, za což má být sankcionován zadavatel.
11. Navrhovatel považuje své vyloučení ze zadávacího řízení za účelové, diskriminační a v rozporu se zásadou rovného zacházení, resp. v rozporu se zákonem, neboť absolutní sazba smluvní pokuty nebyla zadavatelem předem stanovena a nelze ji ze zadávací dokumentace nijak dovodit. Z komunikace mezi zadavatelem a navrhovatelem jasně vyplývá, že k namítané změně nabídky navrhovatele nedošlo, nýbrž se ze strany navrhovatele jednalo pouze o její vysvětlení.
12. Z výše uvedených důvodů navrhovatel navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení a dále, aby Úřad uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení s vybraným uchazečem, případně aby zrušil celé zadávací řízení.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

13. Úřad obdržel návrh dne 22.2.2012 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Dne 21.2.2012 obdržel návrh zadavatel.
14. Účastníky řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.
15. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S118/2012/VZ-4547/2012/520/JOn ze dne 8.3.2012. K zajištění účelu správního řízení Úřad vydal usnesení č. j. ÚOHS-S118/2012/VZ-4457/2012/520/JOn z téhož dne, kterým účastníkům řízení stanovil lhůtu, v níž byli oprávněni navrhopvat důkazy, nebo činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Úřad tímž usnesením rovněž stanovil navrhovateli lhůtu k doplnění návrhu o doklad o složení kauce; navrhovatel uhradil kauci na účet Úřadu dne 8.3.2012.
16. Dne 13.3.2012 Úřad obdržel vyjádření zadavatele, ve kterém tento uvádí, že ačkoliv se v průběhu výběrového řízení podpůrně řídil zákonem, nejedná se o veřejnou zakázku zadávanou v režimu zákona. Zadavatel zahájil výběrové řízení jako zakázku malého rozsahu v souladu se zásadami vztahů orgánů Jihomoravského kraje k řízení příspěvkových organizací a nezveřejnil žádné podklady k výběrovému řízení na svém profilu zadavatele. Při posouzení a hodnocení nabídek zadavatel postupoval v souladu se zadávací dokumentací, ze které vyplývá, že měla být uvedena jednorázová smluvní pokuta. Zadavatel vyloučil navrhovatele, jelikož nepřípustně změnil výši smluvní pokuty, takovou změnu zadavatel nemohl akceptovat, neboť pokud by změnu navrhovateli umožnil, došlo by k porušení zásady rovného zacházení a nediskriminace uchazečů. Pro úplnost zadavatel uvedl, že i kdyby k vyloučení navrhovatele nedošlo, vybraný uchazeč by se svojí nabídkou zvítězil převahou v počtu přidělených bodů.
17. Na výše uvedené navrhovatel reagoval ve svém vyjádření ze dne 15.3.2012, ve kterém se domnívá, že veřejná zakázka byla zadávána v režimu zákona, neboť to vyplývá již z preambule uvozující zadávací dokumentaci. Preambule obsahuje konstatování zadavatele, že se jedná o výběrové řízení malého rozsahu na dodávky, v rámci kterého se bude postupovat analogicky podle zjednodušeného podlimitního řízení. Názor navrhovatele, že veřejná zakázka byla zadávána v režimu zákona, má podporovat i samotný nadpis zadávací dokumentace, který odkazuje na § 44 zákona.
18. Navrhovatel rovněž upozorňuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu v Brně č. j. 2 Afs 132/2009-275 ze dne 26.1.2011, ze kterého dovozuje věcnou příslušnost Úřadu k přezkumu postupu veřejných zadavatelů i v případě veřejných zakázek malého rozsahu.
19. Navrhovatel ve svém vyjádření dále zdůrazňuje, že pokud následně uvedl smluvní pokutu v absolutní hodnotě, tj. ve výši 170.000,- Kč, neznamenalo to změnu původní nabídky, ale jednalo se pouze o upřesnění vyvolané žádostí o vysvětlení nastavení smluvní pokuty, které si zadavatel od navrhovatele vyžádal. Vzniklou situaci zapříčinila netransparentnost zadávací

dokumentace. Tato vadnost dokumentace však nastala teprve v okamžiku, kdy zadavatel žádal od navrhovatele vysvětlení ohledně podoby smluvní pokuty.

20. Vybraný uchazeč se k návrhu vyjádřil dne 15.3.2012. Vybraný uchazeč zastává názor, že z informací, jež jsou obsaženy v zadávací dokumentaci, a z popisu způsobu hodnocení dotčeného dílčího kritéria je zřejmé, že zadavatel požadoval uvést výši smluvní pokuty v absolutní částce, nikoli v podobě procenta z kupní ceny, kterým se bude násobit doba prodloužení dodávky oproti sjednanému termínu dodávky zboží. V procentním vyjádření by následné bodové hodnocení nebylo možné prakticky provést právě s ohledem na to, že nebyla určena časová jednotka a každý z uchazečů by mohl uvádět procentní částku za jinak definovanou časovou jednotku. Vybraný uchazeč uvedl smluvní pokutu v absolutní částce, aniž by získal pochybnost o správnosti této formy. Vybraný uchazeč má za to, že výše smluvní pokuty, kterou navrhovatel nově uvedl, skutečně mění jeho původní nabídku. Jelikož tak navrhovatel učinil až po otevření obálek s nabídkami, není vyloučeno, že již mohl mít k dispozici informace o konkurenčních nabídkách. Nově vyčíslená smluvní pokuta ve výši 170.000,- Kč, jež neodpovídá původnímu procentnímu vyjádření navrhovatele, mohla představovat dodatečnou snahu navrhovatele vylepšit si bodové hodnocení.
21. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S118/2012/VZ-6610/2012/520/JOn ze dne 10.3.2012 Úřad zamítl vydání předběžného opatření na uložení zákazu uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení.
22. Proti citovanému rozhodnutí podal navrhovatel dne 27.4.2012 rozklad ze dne 23.4.2012.

IV. ZÁVĚR ÚŘADU

23. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona, zda návrh směřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle zákona, a po zhodnocení všech podkladů rozhodl o zamítnutí návrhu ze dne 16.2.2012 na zahájení správního řízení. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti
24. Jak plyne z ustanovení § 18 odst. 5 zákona, zadavatel není povinen zadávat podle tohoto zákona veřejné zakázky malého rozsahu; veřejný zadavatel je však povinen dodržet zásady uvedené v § 6 zákona, a to zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
25. Podle § 12 odst. 3 zákona se veřejnou zakázkou malého rozsahu rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota nedosáhne v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby 2.000.000,- Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě zakázky na stavební práce 6.000.000,- Kč bez daně z přidané hodnoty.
26. Ustanovení § 17 zákona, které definuje pojmy, mj. pod písm. k) upravuje pojem „zadání“, kterým se rozumí rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, uskutečněné v zadávacím řízení. Dále ustanovení § 17 písm. m) zákona definuje „zadávání“ jako závazný postup zadavatele podle tohoto zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení; zadáváním se rozumí i postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky v dynamickém nákupním systému, a řízení, ve kterém veřejný zadavatel zadává veřejnou zakázku na základě rámcové smlouvy.

27. Z výše citovaných ustanovení zákona je zřejmé, že uzavření smluv na veřejné zakázky malého rozsahu neprobíhá v zadávacím řízení a nedochází tedy k jejich zadání podle zákona.
28. Ustanovení § 118 zákona omezuje uložení nápravného opatření pouze v případě ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky při postupu zadavatele při „zadání“ veřejné zakázky.
29. Z bodu 3 zadávací dokumentace plyne, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena ve výši 1.691.000,- Kč bez DPH.
30. Protože předpokládaná hodnota veřejné zakázky nepřekročila částku 2 mil. Kč bez DPH, jedná se podle § 12 odst. 3 zákona o veřejnou zakázku malého rozsahu a zadavatel neměl povinnost zadat zakázku v některém ze zadávacích řízení.
31. S ohledem na shora uvedené je však třeba poukázat na ustanovení § 26 odst. 5 zákona, jenž stanoví, že pokud veřejný zadavatel zahájí zadávání veřejné zakázky malého rozsahu postupem platným pro zadávání podlimitní veřejné zakázky, postupuje podle ustanovení platných pro zadávání podlimitní veřejné zakázky.
32. Zadavatel dne 27.12.2011 zaslal zadávací dokumentaci pěti dodavatelům. Na titulní straně zadávací dokumentace je uvedeno, že se jedná o výběrové řízení na zakázku malého rozsahu, ve kterém se bude analogicky postupovat podle zjednodušeného podlimitního řízení.
33. Podle ustanovení § 38 odst. 1 – 3 zákona zadavatel vyzývá ve zjednodušeném podlimitním řízení písemnou výzvou nejméně 5 zájemců k podání nabídky a k prokázání kvalifikace. Písemnou výzvu zadavatel vhodným způsobem uveřejní po celou dobu trvání lhůty pro podání nabídek. Povinnost uveřejnit písemnou výzvu zadavatel splní, pokud ji umístí na svém profilu zadavatele, který byl uveřejněn v informačním systému podle § 157 zákona, přičemž podrobnější podmínky týkající se způsobu oznámení o profilu zadavatele stanoví prováděcí právní předpis.
34. Ze zadávací dokumentace, jakož i z vyjádření zadavatele ze dne 2.3.2012, vyplývá, že zadavatel nezveřejnil vhodným způsobem výzvu k podání nabídky a k prokázání kvalifikace, resp. neuveřejnil tyto na svém profilu, což značí jeho záměr nezadávat zakázku malého rozsahu zákonem definovaným způsobem pro zadávání veřejné zakázky ve zjednodušeném podlimitním řízení. V podmínkách zadání zadavatel přitom zcela jasně deklaroval, že se jedná o zakázku malého rozsahu, přičemž dále uvedl analogický postup podle zjednodušeného podlimitního řízení, tedy nikoliv identický.
35. Jelikož zadavatel nezahájil zadávání veřejné zakázky malého rozsahu postupem platným pro zadávání podlimitní veřejné zakázky, jak je stanoveno ve shora citovaném ustanovení § 26 odst. 5 zákona, není povinen postupovat podle ustanovení zákona, která se vztahují na zadávání podlimitní veřejné zakázky.
36. Podle § 118 odst. 5 písm. d) zákona Úřad návrh zamítne, pokud návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona v zadávacím řízení nebo v soutěži o návrh.
37. Zadavatel v šetřeném případě nebyl povinen zadat zakázku v některém ze zadávacích řízení, návrh ze dne 16.2.2012 tedy nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona v zadávacím řízení nebo soutěži o návrh, a proto musel Úřad návrh navrhovatele podle § 118 odst. 5 písm. d) zákona zamítnout.

38. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem Úřad rozhodl o zamítnutí návrhu, jak je uvedeno ve výroku tohoto 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.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Nemocnice TGM Hodonín, příspěvková organizace, Purkyňova 11, 695 26 Hodonín
2. Olympus Czech Group s.r.o., člen koncernu, Evropská 176, 160 41 Praha 6
3. Medinet s.r.o., nám. Sítná 3105, 272 01 Kladno

Vypraveno dne:

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