



UOHSX004TCZ6

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S590/2012/VZ-7718/2013/521/JHn

Brno 26. dubna 2013

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 12. 10. 2012, na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Masarykova univerzita, IČO 00216224, se sídlem Žerotínovo nám. 617/9, 601 77 Brno,
- navrhovatel – I.T.A.-Intertact s.r.o., IČO 65408781, se sídlem Revoluční 24/1546, 110 00, Praha 1, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 17. 10. 2012 společností OTIDEA, a.s., IČO 27142442, se sídlem Na Příkopě 988/31, 110 00 Praha 1, za niž jedná na základě pověření od společnosti OTIDEA, a.s. ze dne 24. 10. 2012 Mgr. Jan Slezák,
- vybraný uchazeč – Beckman Coulter Česká republika s.r.o., IČO 28233492, se sídlem Radiová 1122/1, 102 27 Praha 10,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele v části 2. „Průtokový cytometr pro izolaci savčích chromozomů“ nadlimitní veřejné zakázky „Systémy pro průtokovou analýzu buněk“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno do informačního systému o veřejných zakázkách dne 30. 3. 2012 pod ev. č. 212500, ve znění oprav odeslaných dne 21. 5. 2012, a uveřejněno v Úředním věstníku Evropské unie dne 2. 6. 2012 pod ev. č. 2012/S 104-173768,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – I.T.A.-Intertact s.r.o., IČO 65408781, se sídlem Revoluční 24/1546, 110 00, Praha 1 – ze dne 12. 10. 2012, **se** podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb.,

o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 citovaného zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. Průběh zadávacího řízení

1. Zadavatel – Masarykova univerzita, IČO 00216224, se sídlem Žerotínovo nám. 617/9, 601 77 Brno (dále jen „zadavatel“) – odeslal podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), do informačního systému o veřejných zakázkách dne 30. 3. 2012 pod ev. č. 212500, ve znění oprav odeslaných dne 21. 5. 2012, a uveřejnil v Úředním věstníku Evropské unie dne 2. 6. 2012 pod ev. č. 2012/S 104-173768, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání části 2. „Průtokový cytometr pro izolaci savčích chromozomů“ nadlimitní veřejné zakázky „Systémy pro průtokovou analýzu buněk“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmět plnění veřejné zakázky v příloze B oznámení o zakázce vymezil zadavatel jako „*Dodávka, instalace a uvedení do provozu zařízení: Průtokový cytometr pro izolaci savčích chromozomů*“. Zadavatel stanovil v oznámení o zakázce předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 13 900 000 Kč bez DPH.
3. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel uvádí v kapitole XIV. bodu 1 zadávací dokumentace ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž dílčí hodnotící kritéria jsou stanovena takto:

○ Nabídková cena	55 %
○ Výkon laseru o vlnové délce v rozmezí 445 – 460 nm	25 %
○ Záruka za jakost	10 %
4. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 13. 7. 2012 vyplývá, že nabídku podali čtyři uchazeči. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 13. 9. 2012 vyplývá, že hodnotící komise vyřadila nabídku uchazeče Bio-Port Europe s.r.o., IČO 24690937, se sídlem Svinaře - Svinaře 98, 267 28, okres Beroun a jako nejhodnější nabídku hodnotící komise doporučila nabídku společnosti Beckman Coulter Česká republika s.r.o., IČO 28233492, se sídlem Radiová 1122/1, 102 27 Praha 10 (dále jen „vybraný uchazeč“). Zadavatel rozhodl v souladu se závěry hodnotící komise a dne 13. 9. 2012 rozhodl o výběru nejhodnější nabídky.
5. Dne 27. 9. 2012 byly zadavateli doručeny námitky společnosti I.T.A.-Intertact s.r.o., IČO 65408781, se sídlem Revoluční 24/1546, 110 00, Praha 1, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 17. 10. 2012 společností OTIDEA, a.s., IČO 27142442, se sídlem Na Příkopě 988/31, 110 00 Praha 1, za niž jedná na základě pověření od společnosti OTIDEA, a.s. ze dne 24. 10. 2012 Mgr. Jan Slezák (dále jen „navrhovatel“), a to proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejhodnější nabídky. Zadavatel námitkám nevyhověl rozhodnutím o námitkách ze dne 3. 10. 2012, které bylo navrhovateli doručeno dne 4. 10. 2012.

6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, doručil dne 12. 10. 2012 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

II. Obsah návrhu

7. Navrhovatel uvádí, že zadavatel neověřil dostatečně hodnověrnost, pravdivost a správnost podkladů z nabídek uchazečů a neposoudil výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky podle ust. § 77 zákona. Podle navrhovatele nesplnil vybraný uchazeč základní technické požadavky, a proto měla být jeho nabídka vyřazena ze zadávacího řízení. Navrhovatel se domnívá, že hodnotící komise měla po vybraném uchazeči žádat písemné zdůvodnění částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny rozhodné. V dalším navrhovatel shrnuje obsah námitek, které doručil zadavateli dne 27. 9. 2012 a následně obsah rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 3. 10. 2012. Navrhovatel se domnívá, že se zadavatel zcela nevypořádal s důvody jeho námitek.
8. K nesplnění požadavku na zařízení zabezpečující ochranu již vytříděných částic při jakékoliv nestabilitě systému navrhovatel uvádí, že vybraným uchazečem nabídnutý systém MoFlo XDP sice obsahuje softwarový modul, který pomocí analýzy obrazu vypočítá optimální vzdálenost tvorby kapek (drop-delay), během sortu ji neustále sleduje a udržuje tento parametr stabilní, ale v případě nestability systému vyvolané defektem ve fluidní části systému, aktivuje SortRescue rutinu, která vypne sortovací proudy a zastaví celý proces sortování. Toto řešení není podle navrhovatele univerzálním, které by zabezpečilo ochranu již vytříděných částic při jakékoliv nestabilitě systému. Podle navrhovatele tento systém nijak nezasáhne v případě narušení deflekčního elektrického pole, neboť monitoruje události před tímto bodem. Deflekční elektrody vytváří elektrické pole zajišťující směřování kapky do požadované zkumavky, avšak i malá výchylka v intenzitě deflekčního elektromagnetického pole je podstatná a může dojít k nasměrování kapky do jiné zkumavky. Mikropapénky vznikající během sortování ulpívají na elektrodách, kde zasychají a pokrývají je nánosem nevodivých solí a v případě dlouhodobého sortu mohou způsobit neschopnost spolehlivého fungování. Vybraným uchazečem nabízený systém neobsahuje podle navrhovatele žádný monitorovací systém, který by kontroloval funkci deflekčních elektrod.
9. K nesplnění požadavku na plnou obsluhu přístroje pomocí PC navrhovatel cituje základní technické požadavky a uvádí, že zadavatel požaduje systém, který bez nutnosti manuálního zásahu, zajistí optimální nastavení přístroje zajišťující maximální dosažitelnou citlivost systému. Navrhovatel je toho názoru, že vyjádření zadavatele k tomuto požadavku, že požaduje otevřený systém s možností manuálního nastavování obsluhou nebo s možností manuálního doladění a optimalizace, je pouze upřesněním požadavku na plnou ovladatelnost pomocí PC s možností manuálního doladění. Odůvodnění rozhodnutí o námitkách navrhovatele v tomto bodu je podle navrhovatele v rozporu s požadavky stanovenými v zadávací dokumentaci. Dosažení maximální citlivosti systému nelze podle navrhovatele dosáhnout jinak, než optimalizací nastavení/alignmentu laserů. Navrhovatel je přesvědčen, že u systému nabízeného vybraným uchazečem je možno optimalizaci nastavení laserů provádět pouze manuálně a není proto plně ovladatelný pomocí PC. U optimalizace polohy laserových paprsků a proudu kapek (alignmentu) se jedná o nezbytný manuální krok, bez něhož je sortování neproveditelné. Navrhovatel uvádí, že systém nabízený vybraným

uchazečem umožňuje pomocí PC lasery pouze zapnout a vypnout, ale podstatné úkony k zajištění maximální citlivosti systému musí být prováděny manuálně. Tento systém vyžaduje každodenní zásah operátora, který musí pro každý experiment lasery manuálně kalibrovat, aby bylo dosaženo optimálního výkonu a citlivosti systému. Podle navrhovatele existuje na trhu řada přístrojů, které splňují požadavek na plnou obsluhu přístroje a příkladmo některé uvádí.

10. Navrhovatel je toho názoru, že nabídka vybraného uchazeče obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu a zadavatel pouze uvedl, že si od všech uchazečů vyžádal detailní položkové rozpočty, což je samo o sobě podle navrhovatele nedostatečné. Navrhovatel uvádí, že zadavatel nespécifikuje, k jakým konkrétním závěrům dospěl a v rozhodnutí o námitkách navrhovatele není vyžádání rozpočtů popsáno. Proto se navrhovatel domnívá, že argument zadavatele je nedostatečný a považuje ho za netransparentní. Navrhovatel dále konstatuje, že se zadavatel nevypořádal se skutečností, že předpokládanou hodnotu stanovil ve výši 13 900 000 Kč bez DPH a nabídky, které se blíží této hranici, označuje za „nadhodnocené“. Navrhovatel uvádí, že značný finanční rozdíl mezi nabídkami je určitým indikátorem, ale není sám o sobě jediným důvodem pro to, aby nabídková cena byla mimořádně nízká. Zadavatel se podle navrhovatele nevypořádal s tvrzením navrhovatele, podle kterého nesplnění technických požadavků umožnilo vybranému uchazeči nabídnout nepřiměřeně nízkou nabídkovou cenu. Zadavatel se také nevypořádal s argumentem navrhovatele podloženým nabídkou dodavatele LAO – průmyslové systémy, s.r.o., IČO 257055512, se sídlem Na Floře 1328/4, 143 00 Praha 4, která prokazuje, že cena laserových komponentů vylučuje cenu celého kompletu, který nabízí vybraný uchazeč. Zadavatel se tedy nevypořádal s námitkami navrhovatele v plném rozsahu.
11. Navrhovatel reaguje na tvrzení zadavatele, podle kterého si zadavatel nechal vypracovat expertní posudek, a uvádí, že nechápe, proč nebyl posudek přiložen ke zprávě o posouzení a hodnocení nabídek. Navrhovatel považuje postup zadavatele za netransparentní, když zadavatel využil pro posouzení nabídek přizvaného poradce, ale jeho výstup prezentuje uchazečům pouze přeneseně a zprostředkovaně tak, že uchazeči nemají možnost se seznámit s konkrétními závěry. Rovněž nelze posoudit otázku, zda byl přizvaný poradce nepodjatý a učinil prohlášení podle § 74 odst. 7 zákona. Z toho důvodu navrhovatel navrhuje, aby Úřad vyřešil otázku, kdo je tímto znalcem, jaké má profesní a odborné předpoklady, k jakým dospěl závěrům, zda posuzoval všechny nabídky a jaké podklady měl k dispozici. Navrhovatel navrhuje provedení důkazu svědeckou výpovědí této osoby. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel porušil ust. § 76 odst. 1 zákona, když neposoudil správně nabídku vybraného uchazeče, ust. § 81 zákona, neboť nerozhodl správně o výběru nejvhodnější nabídky a ust. § 6 zákona, neboť jeho postup při hodnocení nabídek nebyl transparentní.
12. Navrhovatel žádá, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, nebo aby zrušil celé zadávací řízení.

III. Vyjádření zadavatele k návrhu

13. Zadavatel se k návrhu vyjádřil dopisem ze dne 24. 10. 2012, v němž uvedl, že trvá na správnosti svého rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a odkazuje na něj.

14. Zadavatel k údajnému nesplnění požadavku na zařízení zabezpečující ochranu již vytříděných částic uvádí, že systém nabídnutý vybraným uchazečem je vybaven systémem ochrany při všech běžných nestabilitách systému. Rameno se vzorkem se v případě nestability tvorby kapek, tlaku apod. přemístí do základní polohy, aby jej nemohly kontaminovat jakékoliv částice při zjištěné nestabilitě systému. Systém zareaguje a zastaví další přívod vzorku do sortovací trysky a zamezí jakékoliv možné kontaminaci vysortovaného vzorku. V případě možné kontaminace je systém vybaven evakuační stanicí, která aerosoly kontinuálně odstraňuje. Systém vybraného uchazeče je schopen sortovat při rychlostech až 70 000 událostí/sekundu, což bylo v zadávací dokumentaci požadováno, nikoli při rychlostech 200 000 událostí/sekundu (což zadavatel nepožadoval), jak k údajnému nesplnění požadavku uvádí navrhovatel. Zadavatel uvádí, že tak vysoké rychlosti sortování nemají pro zadavatele využití a není mu ani známo, že by nějaký systém těchto hodnot dosahoval. V reálném provozu a při pravidelné údržbě je možnost vzniku problému, který uvádí navrhovatel, podle zkušeností zadavatele zcela eliminována.
15. K údajnému nesplnění požadavku na plnou obsluhu přístroje pomocí PC zadavatel konstatuje, že navrhovatel vysvětluje požadavek zadavatele tendenčně. Zadavatel podle přílohy č. 1 zadávací dokumentace nazvané Technické podmínky uvedl, že požaduje otevřený, fluorescencí aktivovaný vysokorychlostní třídíč vybavený pro třídění chromozomů různých druhů savců s možností manuálního nastavování obsluhou. Pojem otevřený byl blíže specifikován v rámci dodatečných informací č. 6 z 11. 7. 2012, mj. jako systém s možností manuálního doladění. Zadavatel tedy požaduje systém, který umožňuje manuální doladění laserů a současně ovládání laserů pomocí PC, což systém nabídnutý vybraným uchazečem splňuje. Podle svých slov zadavatel nepožadoval ladění (alignment) laserů pomocí PC, nýbrž pouze ovládání nastavení laserů pomocí PC. Zadavatel požaduje, aby systém manuálním laděním disponoval, a k systému vybraného uchazeče uvádí, že nevyžaduje manuální ladění laserů před každou jednotlivou analýzou. Tento systém umožňuje dosáhnout optimální citlivosti směrováním proudu tekutiny bez nutnosti jakýchkoliv zásahů do ladění v dlouhém časovém úseku, pokud dojde ke správnému předchozímu naladění, proto se nejedná o úkon nezbytný, jak uvádí navrhovatel. Podle zadavatele nebylo a dosud není na trhu zařízení, které splňuje veškeré další technické požadavky a disponuje laděním laserů ovládaným z PC. Zadavatel uvádí, že systém nabídnutý navrhovatelem (BD Influx) také vyžaduje manuální doladění laserů, což je v souladu s požadavky zadavatele. Zadavatel konstatuje, že nikdy funkci ladění (alignment) laserů z PC nevyžadoval, protože jej považuje ve spojení s ostatními požadovanými parametry za nesmyslný a nebylo by možno jej splnit. Systémy, které umožňují i ladění pomocí PC (což zadavatel nepožaduje) existují, avšak nejedná se o otevřené fluorescencí aktivované systémy.
16. Zadavatel dále uvádí, že hodnotící komise měla obavu o splnění požadavků na předmět veřejné zakázky a nikoliv o mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Proto si vyžádala od všech uchazečů předložení detailních položkových rozpočtů podle ust. § 76 odst. 3 zákona, aby mohla posoudit úplnost nabídek, a nepostupovala tedy na základě ust. § 77 odst. 1 zákona, jak se domnívá navrhovatel. Hodnotící komise vzala na vědomí doložená vysvětlení uchazečů a vyžádala si posouzení plnění nabízeného vybraným uchazečem s ohledem na předmět veřejné zakázky od nezávislého experta, MUDr. Ondřeje Horvátha ze servisní laboratoře mikroskopie a průtokové cytometrie Ústavu molekulární genetiky AV ČR. Vyslovené závěry vyzněly tak, že hodnotící komise neměla dále pochyb o úplnosti nabízeného plnění

s ohledem na výši nabídkové ceny, a proto hodnotící komise konstatovala, že nabídková cena je sice nižší, než nabídky ostatní, avšak nikoliv mimořádně nízká tak, aby ohrozila řádné plnění vybraným uchazečem. Tyto podklady jsou pro zadavatele použitelné, přestože první rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zadavatel zrušil a jmenoval novou hodnotící komisi. Ta se totiž usnesla, že k podkladům, které obstarala původní hodnotící komise, bude přistupovat tak, jako by si je obstarala sama. Předmětem posudku MUDr. Ondřeje Horvátha byly zcela jiné skutečnosti, než které vedly zadavatele ke zrušení prvního rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, proto není možno zpochybňovat autoritu či odbornost znalce, který učinil čestné prohlášení o své nestrannosti a nepodjatosti. Hodnotící komise dospěla k závěru, že nabídka vybraného uchazeče mimořádně nízkou nabídkovou cenu neobsahuje, a proto nepřistoupila k jejímu vysvětlení podle § 77 zákona. Postup zadavatele je podle jeho názoru v souladu se zákonem, rozhodovací praxí Úřadu (zadavatel odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R209/2010/VZ-10147/2011/310/JSI ze dne 30. 6. 2011) i judikaturou soudů. Zadavatel k otázce mimořádně nízké nabídkové ceny cituje z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 29. 8. 2008, č. j. 62 Ca 49/2007-107. Zadavatel uvádí, že nerozumí názoru navrhovatele, proč by měl být odborný posudek součástí zprávy o posouzení a hodnocení nabídek. Z podobného důvodu se zadavatel podle svého vyjádření nezabýval odkazy navrhovatele na ceník jeho subdodavatele (LAO - průmyslové systémy, s.r.o.), který neměl přímou souvislost s nabídkou navrhovatele.

17. S ohledem na výše uvedené zadavatel konstatuje, že při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem a zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, a rovněž v souladu se zásadami hospodárnosti, účelnosti a efektivity vynaložených veřejných prostředků.

IV. Průběh správního řízení

18. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou
- zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.
19. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení dopisem č. j. ÚOHS-S590/2012/VZ-20203/2012/521/JHn ze dne 29. 10. 2012. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S590/2012/VZ-20209/2012/521/JHn z téhož dne účastníkům řízení stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Usnesením byla dále zadavateli stanovena lhůta k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení.
20. Vzhledem k tomu, že po předběžném přezkoumání dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnosti o souladu úkonů a postupů zadavatele se zákonem, uložil zadavateli na návrh navrhovatele rozhodnutím o předběžném opatření č. j. ÚOHS-S590/2012/VZ-21510/2012/521/JHn ze dne 14. 11. 2012 zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení.

V. Vyjádření vybraného uchazeče

21. Vybraný uchazeč vyjádřil v řízení své stanovisko dopisem ze dne 9. 11. 2012. K údajnému nesplnění požadavku na zařízení zabezpečující ochranu již vytříděných částic uvádí, že systém, který nabídl, brání kontaminaci již vytříděných částic při zjištění jakékoliv nestability systému, neboť dojde-li k výpadku elektrické energie, poklesu tlaků v systému apod. a vedlo by to ke změně v tvorbě kapek a kontaminaci již vytříděného vzorku, přemístí se rameno s vytříděným vzorkem do základní pozice a přeruší nasávání dalšího vzorku ze zkumavky. Systém je schopen sortovat rychlostí až 70 000 událostí za sekundu, což zadavatel požadoval. Teoretická nestabilita systému při rychlostech 200 000 událostí za sekundu, jež zmiňuje navrhovatel, je zcela teoretická a nerealistická, neboť takové rychlosti sortování zadavatel nepožadoval. Vybraný uchazeč odkazuje na technickou specifikaci přístroje nabídnutého navrhovatelem a uvádí, že má maximální sortovací rychlost 70 000 částic za sekundu. K navrhovatelem zmiňovaným nevodivým nánosům na deflekčních deskách podle vybraného uchazeče nedochází, což vybraný uchazeč dokládá vyjádřením výrobce jím nabídnutého systému.
22. U navrhovatelem zmiňovaného systému FACS Aria III funguje systém ochrany obdobně jako u systému nabídnutého vybraným uchazečem, avšak tento systém není otevřeným, jak požadoval zadavatel v definici předmětu veřejné zakázky. U systému nabízeného vybraným uchazečem je při předepsaných rychlostech a údržbě výrobce prakticky vyloučena možnost ulpívání media na deflekčních elektrodách. Každá vznikající kapička je sledována systémem kamery a je tříděna do vybrané nádoby, pokud obsahuje žádoucí buňky a do odpadní nádoby neobsahuje-li žádoucí buňky. Systém nabízený vybraným uchazečem je schopen chránit již vysortovaný vzorek při jakýchkoliv nestabilitách systému, které reálně mohou nastat.
23. K údajnému nesplnění požadavku na plnou obsluhu PC vybraný uchazeč uvádí, že pro použití systému je nezbytné ovládání nastavení výkonu laserů a vypínání či zapínání laserů, popřípadě ovládání závěrek při stále zapnutých laserech. Tyto charakteristiky lze u systému nabízeného vybraným uchazečem realizovat plně z ovládacího počítače. Lasery tedy lze nastavit z PC. Podle vybraného uchazeče žádný ze systémů na trhu vhodných pro sortování chromozomů neumožňuje plně automatizovaný alignment laserů pomocí PC a zadavatel toto ani nepožadoval. Přístroj nabízený vybraným uchazečem i navrhovatelem vyžadují manuální doladění pro dosažení maximální citlivosti přístrojů. V zadávací dokumentaci zadavatel nepožadoval ladění (alignment) laserů pomocí PC, požadoval ovládání nastavení laserů pomocí PC. Nastavení laserů a ladění je dlouhodobě stabilní a není je nutno nastavovat pro každý jednotlivý experiment. U systému nabízeného vybraným uchazečem se nepoužívají kalibrační kuličky, jak uvedl navrhovatel.
24. K údajné mimořádně nízké nabídkové ceně vybraný uchazeč konstatuje, že tento institut chrání zadavatele v případě, kdy uchazeč předloží cenu, za kterou není možno veřejnou zakázku realizovat. Vybraný uchazeč uvádí, že je součástí koncernu výrobce Beckman Coulter Inc. a je jedinou společností oprávněnou k provádění veškerých obchodních, servisních a marketingových aktivit týkajících se výrobků tohoto koncernu na území České republiky. Proto musí respektovat cenovou politiku výrobce a uvádí, že cena jím nabízeného systému je běžná u sesterských společností v Evropské unii u obdobně vybavených systémů. Jako příklady uvádí ceny dodávek v Německu, Polsku a Velké Británii, které se v závislosti na počtu nabízených laserů pohybují od 3 876 535 Kč bez DPH do 7 055 5010 Kč bez DPH. Ceny uvádí

v přepočtu na české koruny kurzem ČNB k datu realizace dodávky. Vybraný uchazeč dále uvádí, že výrobní proces a skladové hospodářství mu umožňují nabídnout takovou cenu a záruční podmínky, jak bylo uvedeno v jeho nabídce. Vzhledem k tomu, že se jedná o první systém sorteru koncernu Beckman Coulter Inc. nabízeného v České republice, vycházel zadavatel podle vybraného uchazeče u předpokladu ceny veřejné zakázky z historické zkušenosti, kdy systémy sorteru nabízel pouze jeden výrobce. Lokální zastoupení koncernu vybraného uchazeče může operovat s výrazně nižší marží než distribuční společnosti, která přeprodává zboží, jako např. navrhovatel. Vybraný uchazeč uvádí, že se účastnil dalších zadávacích řízení u jiných zadavatelů, kde obdobně vybavené systémy jako v posuzované veřejné zakázce byly cenami velmi blízké k ceně vybraného uchazeče, kde i sám navrhovatel nabídl obdobnou cenu. Závěrem vybraný uchazeč konstatuje, že jím nabízená cena je cenou obvyklou, za kterou ji koncern vybraného uchazeče běžně v Evropské unii prodává a tato cena neohrožuje splnění povinností vybraného uchazeče.

VI. Vyjádření navrhovatele

25. Navrhovatel vyjádřil v řízení své stanovisko dopisem datovaným dne 14. 10. 2012, který Úřad obdržel dne 15. 11. 2012 a následně dopisem ze dne 20. 12. 2012.
26. Ve stanovisku ze dne 14. 10. 2012 navrhovatel uvádí, že zadavatel nevyvrátil námitky navrhovatele, který tvrdil, že se striktně držel jasně formulovaných požadavků v zadávací dokumentaci. Především pak s námitkou týkající se systému ochrany vysortovaného vzorku při jakékoli nestabilitě systému. Deflekční elektroniku a proces odklonění sortovacích proudů v systému vybraného uchazeče ponechává systém bez dozoru a jakákoli porucha, defekt nebo znečištění vede ke kontaminaci již vysortovaného vzorku. Navrhovatel uvádí, že systém nabízený vybraným uchazečem neobsahuje rutinu, která by počítala či kontrolovala správnost sortu, čímž není zajištěna čistota vysortovaných vzorků a vybraný uchazeč nesplňuje tento požadavek zadavatele. Zadavatel podle navrhovatele připouští reálné nebezpečí, kterému je třeba předcházet pravidelnou údržbou systému. Zadavatel však podle navrhovatele požadoval ochranu již vytríděných částic při jakékoli nestabilitě systému a systém vybraného uchazeče nedisponuje zařízením, které by monitorovalo sortované částice od okamžiku, kdy opustí monitorovanou fluidní část a jejich osud je nadále ovlivňován pouze nemonitorovanou deflekční elektronikou.
27. Navrhovatel s odkazem na požadavek plné obsluhy přístroje pomocí PC uvádí, že nesouhlasí s tvrzením zadavatele, který uvedl, že nepožadoval ladění (alignment) laserů pomocí PC, nýbrž požadoval pouze ovládání nastavení laserů pomocí PC. Navrhovatel uvádí, že maximální citlivosti systému lze dosáhnout pouze optimalizací nastavení laserů (alignmentem), přičemž nastavení výkonu laserů nemají na citlivost systému žádný vliv. Maximální citlivosti lze podle navrhovatele u systému vybraného uchazeče dosáhnout pouze manuálně optimalizací vzájemné polohy laserů a sortovacího proudu. Možnost manuálního nastavování obsluhou je pouze nadstavbou, kterou splňují všechny přístroje na trhu, a to jak automatizované tak manuální, otevřené i uzavřené. Podle navrhovatele zadavatel chybně interpretuje pojem „otevřený“ systém a zaměňuje označení „jet-in-air“ (sortování ve vzduchu) za termín otevřený. Podle navrhovatele je expertní posudek, který si zadavatel nechal zpracovat, zcela nekompetentní, když je v něm podmiňovacím způsobem uvedeno, že „Sorter v nabídce by měl obsahovat vše, co má mít“, dále pak vyjádření experta o tom,

že nemá osobní zkušenost se sorterem nabízeným vybraným uchazečem a nemá k dispozici údaje o stabilitě, spolehlivosti a poruchovosti.

28. K otázce mimořádně nízké nabídkové ceny navrhovatel uvádí, že sám zadavatel konstatoval, že se jí vůbec nezabýval, neboť v posudku bylo uvedeno, že se jedná o více než příznivou cenu, ale bez zohlednění délky záruční doby. Navrhovatel uvádí, že cenovou nabídku společnosti LAO-průmyslové systémy, s. r. o. neposkytl zadavateli jako cenu subdodavatele, ale jako cenu distributora výrobce laserů, které jsou použity ve všech nabízených systémech. Ze spisového materiálu podle navrhovatele plyne, že se jedná o vysoce specifickou záležitost a Úřad proto nemůže disponovat dostatečně odborně znalými úředními osobami. Navrhovatel v této souvislosti uvádí, že jsou splněny podmínky ust. § 56 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) a navrhuje, aby Úřad ustanovil znalce, který odpoví na otázku, zda vybraný uchazeč splnil zadávací podmínky.
29. Navrhovatel nesouhlasí také s postupem zadavatele při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče a při posouzení a hodnocení nabídek. Podle navrhovatele již z protokolu o 2. jednání hodnotící komise, která byla zadavatelem ustanovena jako první v pořadí, vyplývá, že tato komise pojala pochybnost o nabídkové ceně vybraného uchazeče a z toho důvodu si vyžádala expertní vyjádření MUDr. Ondřeje Horvátha ze servisní laboratoře mikroskopie a průtokové cytometrie Ústavu molekulární genetiky AV ČR. Toto expertní stanovisko následně nová komise přejala tak, jako by si jej vyžádala sama a z toho důvodu je třeba podle názoru navrhovatele nahlížet též na důvod k obstarání těchto dokumentů. Podle navrhovatele je zřejmé, že hodnotící komise postupovala podle ust. § 77 odst. 1 zákona, ale nesplnila svoji povinnost vyžádat si od vybraného uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné. Místo toho si vyžádala expertní stanovisko, které má podle navrhovatele minimální vypovídací hodnotu. Z dokumentace o veřejné zakázce podle navrhovatele nelze zjistit, jakým způsobem byl expertní posudek vyžádán, jaké otázky byly MUDr. Horváthovi položeny a z jakých podkladů při zpracování odborného stanoviska vycházel. Tyto skutečnosti snižují podle navrhovatele transparentnost a věrohodnost tohoto úkonu a dodává, že expertní posudek je ve skutečnosti představován faksimilií dvou vytištěných e-mailových zpráv o rozsahu přibližně půl strany textu A4. Navrhovatel rovněž uvádí, že zadávací dokumentace neobsahuje prohlášení o nepodjatosti přizvaného poradce. Z uvedeného podle navrhovatele vyplývá, že se zadavatel zabýval otázkou mimořádně nízké nabídkové ceny a byl proto povinen všechny postupy řádně zdokumentovat a závěry a zdůvodnění zahrnout do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek. V dalším navrhovatel cituje z rozhodovací praxe Úřadu, týkající se institutu mimořádně nízké nabídkové ceny a následně s odkazem na ust. § 77 odst. 2 zákona uvádí, že mimořádně nízká nabídková cena může být odůvodněna jen objektivními příčinami. V souladu se zásadou transparentnosti pak hodnotící komise musí výsledek svého posouzení uvést ve zprávě o posouzení a hodnocení nebo v protokolu o jednání hodnotící komise, aby byl její postup přezkoumatelný. V souvislosti s požadavky na dodržení zásady transparentnosti navrhovatel uvádí závěry obsažené v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, které jsou podle navrhovatele v souladu se stanoviskem generální advokátky Stix-Hackl ve věci Coname, které shrnuje dosavadní judikaturu Soudního dvora Evropské unie. Za netransparentní lze pak označit jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení. Podle

navrhovatele zadavatel dostatečně nepřezkoumal mimořádně nízkou nabídkovou cenu vybraného uchazeče a jeho odůvodnění ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek je netransparentní a nepřezkoumatelné.

30. V závěru navrhovatel žádá, aby si Úřad pro posouzení splnění zadávacích podmínek ze strany vybraného uchazeče vyžádal znalecký posudek a navrhuje, aby Úřad zadavateli uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky.
31. Ve stanovisku ze dne 20.12.2012 navrhovatel k nesplnění požadavku na zařízení zabezpečující ochranu již vytříděných částic uvádí, že se zadavatel i vybraný uchazeč ve svých vyjádřeních snaží obhájit své stanovisko a popírají původně stanovené minimální technické požadavky. Zadavatel jednoznačně požadoval systém zajišťující ochranu vzorku při jakékoli nestabilitě a podle navrhovatele sám vybraný uchazeč potvrdil, že jeho systém není vybaven systémem, který by monitoroval stabilitu sortu na úrovni deflekčních elektrod nebo kontroloval počty vysortovaných kapek. Podle navrhovatele zadavatel připouští, že by nepředvídaná nestabilita systému mohla nastat, byť při porušení postupů doporučených manuálem. Navrhovatel tvrdí, že systém pak pracuje nestabilně a uživatel nemá kontrolu nad funkcí deflekčních elektrod. V některých aplikacích tento problém vyžaduje manuální kontrolu a z toho důvodu jsou některé systémy vybaveny rutinou, počítající vysortované částice a zajišťují tak kontrolu při nestabilitě deflekční elektroniky, což zařízení vybraného uchazeče podle navrhovatele nemá. Tato skutečnost je podle navrhovatele zřejmá i z vyjádření vybraného uchazeče.
32. K nesplnění požadavku na plnou obsluhu přístroje pomocí PC navrhovatel uvádí, že sám vybraný uchazeč ve vyjádření uvádí, že jeho systém vyžaduje manuální doladění pro dosažení maximální citlivosti, tedy nesplňuje požadavek zadavatele a jeho nabídka měla být vyřazena. Navrhovatel dodává, že nastavení výkonu laserů, spínání laserů a zavírání záklopek pomocí PC nemá vliv na dosažení maximální citlivosti systému. Citlivost lze maximalizovat jen alignmentem (prostorovým nastavením laserových paprsků a proudu vzorku), který podle požadavků zadavatele musí být obsluhován za pomoci PC. Podle navrhovatele se vybraný uchazeč snaží navodit dojem, kdy pokud byl některý z požadavků zadavatele těžko splnitelný, jako by takový požadavek zadavatel vlastně nevzněl. Pro naplnění zásady transparentnosti je podle navrhovatele nezbytné, aby bylo možno zpětně si ověřit, že nabídka vybraného uchazeče splnila zadávací podmínky, a to i v případě, kdyby žádný jiný uchazeč nebyl schopen požadavky zadávací dokumentace splnit.
33. Navrhovatel se vyjadřuje i k mimořádně nízké nabídkové ceně, když uvádí, že vybraný uchazeč podle informací navrhovatele nerealizoval žádnou dodávku vysokorychlostního sorteru ani v rámci České republiky, ani jinde. Schopnost realizace předmětu veřejné zakázky s předpokládanou hodnotou 13 900 000 Kč bez DPH není ničím podložena. Navrhovatel uvádí, že na území České republiky realizoval více než 20 instalací obdobných zařízení převážně na základě zadávacího řízení u zadavatelů. Specifikum předmětného zadávacího řízení bylo v požadavku na dodávku přístroje s nestandardně výkonnými lasery, přičemž výkon laseru byl zdůrazněn i bodovým ohodnocením. Vybraný uchazeč nabídl laser o stejné vlnové délce 460nm jako navrhovatel, který byl výrobcem laseru uveden na trh krátce před zahájením zadávacího řízení. Proto je podle navrhovatele nepravděpodobné, že by jej vybraný uchazeč získal za výrazně výhodnějších podmínek než navrhovatelem zastupovaná

společnost vyrábějící jím nabízený systém. Cena laseru byla na žádost navrhovatele vyčíslena společností LAO-průmyslové systémy, s.r.o., která se specializuje na dodávky laserů a která je schopna prokázat, že lasery o shodných vlnových délkách se mohou cenově lišit i v řádech tisíců % (např. běžný laser o vlnové délce 637nm stojí 4 044,00 USD, ale požadovaný laser o vlnové délce 355 nm a výkonu = 250 mW stojí 64 906,80 USD). Podle navrhovatele je mystifikací, když se vybraný uchazeč odvolává na pouhý počet instalovaných laserů obdobných konfigurací, které realizoval v sousedních zemích, stejně jako srovnání s veřejnou zakázkou „Dodávka systému vysokokapacitního třídění“ u zadavatele Centrum výzkumu globální změny AV ČR, v.v.i., kde navrhovatel nabízel vysokorychlostní sorter o zcela odlišných parametrech. Ve spojení s nestandardně dlouhou záruční dobou nabídnutou vybraným uchazečem, je námitka mimořádně nízké nabídkové ceny podle navrhovatele oprávněná.

34. Ve vyjádření navrhovatel uvádí další pochybení zadavatele, kdy v dodatečných informacích č. 5 zadavatel upřesnil technické podmínky předmětu plnění veřejné zakázky, kdy požadoval zařízení vybavené pěti nezávislými excitačními lasery s pěti nezávislými nekolineárními detekčními drahami. Dodatečnými informacemi č. 6 zadavatel podle navrhovatele pozměnil požadované technické parametry tak, že nově požadoval zařízení vybavené pěti excitačními lasery, tři pinhole a pouze třemi nezávislými detekčními soustavami s použitím kolineárně či nekolineárně vedených laserů. Navrhovatel konstatuje, že zadavatel pochybil, neboť významně změnil technickou specifikaci a uchazeče o tom informoval až dne 11. 7. 2012 v 18:54 hod., tedy jen jeden pracovní den před termínem odevzdání nabídek stanoveným na 13. 7. 2012 do 9:00 hod. Zadavatel neumožnil na tuto změnu adekvátně reagovat před odevzdáním nabídek, a porušil tak povinnost podle ust. § 40 zákona přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání nabídek. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel tímto způsobem zvýhodnil vybraného uchazeče, který tento zastaralý detekční systém nabízí (což konstatoval v posudku i MUDr. Horváth). Zadavatel tak porušil zásadu zákazu diskriminace a rovného přístupu, neboť výrazně zvýhodnil jednoho z uchazečů.
35. Navrhovatel trvá na tom, že zadavatel nepřezkoumal mimořádně nízkou nabídkovou cenu vybraného uchazeče dostatečně, neprovedl zákonným způsobem posouzení a hodnocení nabídek a jeho odůvodnění uvedené ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek je netransparentní, nepřezkoumatelné a odporuje základním zásadám zadávacího řízení.

VII. Závěry Úřadu

36. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření předložených účastníky řízení, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 76 odst. 1 zákona, když nevyřadil nabídku vybraného uchazeče, ačkoli nesplňovala požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel dosud neuzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

K požadavku na zařízení zabezpečující ochranu již vytříděných částic při jakékoliv nestabilitě systému

37. Podle ust. § 76 odst. 1 zákona posoudí hodnotící komise nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny. Jestliže nedošlo k vyřazení všech variant nabídky, nepovažuje se nabídka za vyřazenou. Ke zjevným početním chybám v nabídce, zjištěným při posouzení nabídek, které nemají vliv na nabídkovou cenu, hodnotící komise nepřihlíží.
38. V příloze č. 1 – Technické podmínky zadávací dokumentace zadavatel stanovil základní požadavky tak, že se jedná o „*Otevřený, fluorescencí aktivovaný vysokorychlostní třídíč vybavený pro třídění chromosomů různých druhů savců s možností manuálního nastavování obsluhou*“. Blíže zadavatel vymezil požadované technické a funkční vlastnosti, přičemž k těmto požadavkům je uvedeno, že „*nabídky uchazečů musí splňovat všechny níže uvedené parametry. U hodnocených parametrů musí nabídka vyhovět alespoň stanovené požadované úrovni*“. Jeden z požadavků na průtokový cytometr je charakterizován takto: „*Zařízení zabezpečující ochranu již vytříděných částic při jakékoliv nestabilitě systému*“.
39. V rozhodnutí o námitkách navrhovatele ze dne 3. 10. 2012 zadavatel k požadavku na zařízení zabezpečující ochranu již vytříděných částic při jakékoliv nestabilitě systému uvedl, že „*system nabízený vybraným uchazečem je vybaven komplexním zařízením, které nastavuje, monitoruje a koriguje nastavení optimální vzdálenosti tvorby kapek během sortování, ale také zajišťuje aktivaci zařízení, které zabezpečí fyzickou ochranu již vysortovaného vzorku (Sort Rescue) při zjištění jakékoliv nestability způsobené různými příčinami a zároveň zastaví tok nosné tekutiny, tak jak bylo požadováno zadavatelem v zadávací dokumentaci veřejné zakázky. Pro případ výpadku napájení elektrickou energií je systém vybraného uchazeče vybaven záložním zdrojem elektrické energie, který umožní bezpečné ukončení všech běžících procesů. Tento záložní elektrický zdroj, zálohuje i uvedený monitorační systém sortování, který v případě zjištění nestability sortování (např. z důvodu významné změny tlaků v důsledku výpadku kompresoru) aktivuje sort rescue systém. Tento systém fyzicky zabraňuje kontaminaci již vysortovaného vzorku. Pro případ kontaminace aerosoly je systém vybaven evakuační stanicí rovněž napojitelnou na záložní zdroj elektrické energie.*“
40. Z výše uvedeného je zřejmé, že zařízení, které vybraný uchazeč nabídl, zabezpečení ochrany již vytříděných částic nepochybně obsahuje. Tato skutečnost je patrna také z nabídky vybraného uchazeče, z níž vyplývá, že zařízení je zabezpečeno pomocí modulu Sort Rescue, který chrání vysortovaný vzorek před kontaminací při jakékoliv nestabilitě systému (např. ucpání trysky, změna drop delay – vzdálenost tvorby kapek, pokles tlaku v systému, při výpadku elektrické energie). V nabídce je upřesněno, že dojde-li k poruše podmínek sortování je rameno se zkumavkami přesunuto do základní pozice, aby kontaminace nemohla nastat a současně je přerušeno nasávání dalšího vzorku ze zásobní zkumavky. Tato funkcionality je zabezpečena modulem Sort Rescue spolupracujícím s modulem IntelliSort II, který zajišťuje analýzu obrazu pomocí automatické kontrolní kamery.

41. Při posouzení požadavku zadavatele na ochranu již vytríděných částic, Úřad vycházel také z vyjádření vybraného uchazeče a z jím doložených důkazních prostředků. Vybraný uchazeč setrvává na svém závěru o tom, že jeho systém ochrany vytríděných částic při jakémkoliv nestabilitě systému obsahuje a na podporu svého tvrzení doložil vyjádření výrobce tohoto systému. Výrobce ve svém vyjádření tvrzení vybraného uchazeče o tom, že nabízený systém disponuje ochranou vytríděných částic, potvrzuje. Úřad k požadavku zadavatele dodává, že zadavatel nijak blíže nespécifikoval, jak přesně má systém pro zabezpečení ochrany vytríděných částic fungovat nebo co všechno by měl zahrnovat. Zadavatel pouze po uchazečích požadoval, aby předložili taková řešení, která ochranu vytríděných částic zabezpečí. Způsob, jakým má být tohoto cíle dosaženo, zadavatel ponechal na uchazečích o veřejnou zakázku, přičemž příčiny eventuálních nestabilit systému je pak z logiky věci nutno hledat v původu samotného procesu sortování (nikoli např. z důvodu neovlivnitelných událostí vis maior, které stojí zcela vně, jako je zemětřesení či záplava).
42. K tvrzení navrhovatele o tom, že může docházet kulpívání nánosů sortovacího média na deflekčních elektrodách, Úřad uvádí, že tuto možnost patrně zcela vyloučit nelze. Průtokový cytometr, který je předmětem plnění veřejné zakázky, je však natolik specializovaný přístroj, který je nutné odpovídajícím způsobem udržovat a pečovat o něj. Je zcela pochopitelné, že takový přístroj je třeba podrobit běžné údržbě, očistit jej, seřadit apod. Stěží si lze představit natolik sterilní podmínky užívání, že by nemusela být běžná údržba přístrojů vůbec prováděna a že by jakýkoli přístroj mohl pracovat a fungovat dlouhodobě bez provedení jakékoli údržby ze strany uživatele. Výrobce systému nabízeného vybraným uchazečem k této otázce konstatoval, že se jedná o čistě hypotetickou možnost a nejsou k dispozici žádné zveřejněné údaje o hladině nánosů suchých aerosolů, které by mohly způsobit kontaminaci. Úřad navíc doplňuje, že je zcela samozřejmé, že je v případě průtokového cytometru (jakož i kteréhokoliv jiného přístroje) nutno respektovat pokyny stanovené v manuálu k obsluze a použití přístroje. Navrhovatelem zmiňované sortovací rychlosti 200 000 událostí/sekundu nebyly zadavatelem v technických podmínkách přístroje vyžadovány (zadavatel v zadávací dokumentaci požadoval 70 000 událostí/sekundu), a proto Úřad ponechává stranou úvahu o možné nestabilitě systému při takto vysokých rychlostech sortování.
43. S ohledem na to, že v zadávacím řízení nebyl ze strany uchazečů položen dotaz, který by směřoval k vysvětlení požadavku zadavatele na zajištění ochrany vytríděných částic a vzhledem k tomu, že v průběhu správního řízení bylo prokázáno, že průtokový cytometr, nabízený vybraným uchazečem, je vybaven systémem, který zabezpečuje ochranu vytríděných částic, Úřad konstatuje, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když posoudil nabídku vybraného uchazeče v tomto parametru jako vyhovující.
44. Úřad k posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska požadavku na zařízení zabezpečující ochranu již vytríděných částic při jakémkoliv nestabilitě systému konstatuje, že zadavatel postupoval při výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče v souladu se zákonem, neboť nabídka splnila tento požadavek zadavatele stanovený v zadávací dokumentaci.

K požadavku na plnou obsluhu přístroje pomocí PC

45. Zadavatel v příloze č. 1 – Technické podmínky zadávací dokumentace stanovil požadavek na průtokový cytometr, který vyjádřil takto: „*Plná obsluha přístroje pomocí PC vč. ovládání nastavení laserů pro dosažení maximální citlivosti systému*“.
46. V rozhodnutí o námitkách navrhovatele ze dne 3. 10. 2012 zadavatel k navrhovatelem tvrzenému nesplnění požadavku vybraného uchazeče na plnou obsluhu přístroje pomocí PC uvedl, že „...*v zadávací dokumentaci nikde nepožadoval, že vyžaduje ladění (alignment) laserů pomocí PC, požadoval pouze – ovládání nastavení laserů pomocí PC, což nabídka systému vybraného uchazeče jasně splňuje (nastavení výkonu laserů a spínání laserů je řešeno výhradně pomocí PC). Tvrzení stěžovatele, že požadavek zadavatele na ovládání nastavení laserů pomocí PC zahrnoval rovněž ladění (alignment) laserů pomocí PC, nelze akceptovat, neboť podle zadavateli dostupných informací dosud žádný obdobný systém, který by zároveň splňoval ostatní podmínky dané zadávací dokumentací, včetně systému nabízeného stěžovatelem, takovou funkcionalitu neumožňuje. Požadavek zadavatele by tak byl ve stěžovatelem vykládaném významu zjevně nesplnitelný. O absurdnosti takto extensivního výkladu nepřímou svědčí i skutečnost, že stěžovatel ani nikdo z ostatních uchazečů, přestože jimi nabízené systémy ladění (alignment) laserů pomocí PC rovněž neumožňují, proti této zadávací podmínce nevznesli žádné námitky, což jim zákon umožňuje v ustanovení § 110 odst. 3 Zákona, a to ve lhůtě 5 dnů po skončení lhůty pro podání nabídek.*“
47. Z výše uvedeného a z průběhu zadávacího řízení je patrné, že všichni uchazeči o veřejnou zakázku přisoudili tomuto požadavku zadavatele stejný význam. Žádný z uchazečů nevznesl žádost o dodatečné informace týkající se požadavku na plnou obsluhu přístroje pomocí PC a všichni uchazeči shodně nabídli obsluhu přístroje pomocí PC, která splňuje také požadavek zadavatele na přístroj „*s možností manuálního nastavování obsluhou*“. Současně je možno konstatovat, že jak zadavateli, tak i ostatním účastníkům správního řízení je zřejmé, že žádný z nabízených systémů neumožňuje ladění (alignment) laserů pomocí PC a rovněž lze uvést, že nikdo z účastníků řízení ani s tímto požadavkem nepočítal, neboť jej zadavatel v technických podmínkách nevyslovil.
48. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách navrhovatele ze dne 3. 10. 2012, jakož i ve vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 24. 10. 2012 argumentuje naprosto shodně tak, že „...*v zadávací dokumentaci nikde nepožadoval, že vyžaduje ladění (alignment) laserů pomocí PC, požadoval pouze – ovládání nastavení laserů pomocí PC...*“. Argumentace zadavatele není zcela korektní, neboť tato skutečnost z textu zadávací dokumentace nevyplývá. Pokud zadavatel nepožaduje či nepotřebuje ladění (alignment) laserů pomocí PC, mohl tuto skutečnost jasně v technických podmínkách vymežit, aby nemohlo dojít k výkladovým nejasnostem. V posuzovaném případě se však nejasnost ohledně tohoto požadavku neobjevila, neboť z vyjádření všech účastníků řízení je patrné, že tomuto požadavku zadavatele přikládali shodný význam. V souvislosti s výkladem pojmů uvedených v zadávací dokumentaci Úřad odkazuje na obecný závěr vyslovený v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 7. 2010, č. j. 8 Afs 12/2010-268, který uvedl: „*Pojmům užitým v zadávací dokumentaci je přitom třeba přisuzovat jejich obecně přijímaný význam, nejsou-li použity ve specifickém významovém smyslu, resp. nejsou v zadávací dokumentaci konkrétním způsobem definovány.*“ Ve smyslu citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu lze konstatovat, že všichni uchazeči o veřejnou zakázku přikládali požadavku zadavatele na plnou obsluhu

přístroje pomocí PC takový význam, že tato obsluha nezahrnuje ladění (alignment) pomocí PC, a proto všichni uchazeči požadavek zadavatele na plnou obsluhu přístroje pomocí PC splnili. K jazykovému výkladu zadávací dokumentace Úřad dodává, že nelze a priori tvrdit, že nastavování přístroje v sobě automaticky pojímá i ladění přístroje. Obdobně lze rovněž pochybovat o tom, zda lze do pojmu „obsluha přístroje“ zahrnout i pojem „ladění“. Vzhledem k tomu, že zadavatel neposkytl v zadávací dokumentaci bližší definici těchto pojmů a s ohledem na to, že nikdo z uchazečů nevznesl žádost o dodatečné informace k uvedeným pojmům, nelze souhlasit s tvrzením navrhovatele, že zadavatel požadoval ladění přístroje pomocí PC. Současně je třeba dodat, že případný rozdílný výklad zadávací dokumentace nelze vykládat k tíži uchazečů.

49. Úřad k požadavku na plnou obsluhu přístroje pomocí PC konstatuje, že z přílohy č. 1 (Technické podmínky) zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel požaduje průtokový cytometr, u něhož lze za pomoci PC ovládat nastavení laserů a současně vyžaduje, aby bylo možno přístroj nastavovat i manuálním způsobem obsluhou. Vzhledem k tomu, že systém nabízený vybraným uchazečem umožňuje za pomoci PC nastavovat výkon laserů a spínání laserů, nabídka vybraného uchazeče splňuje výše uvedené požadavky zadavatele. Navrhovatel ve vyjádření ze dne 14. 10. 2013 argumentuje jazykovým výkladem zadávací dokumentace, když uvádí, že byla zadavatelem jednoznačně požadována plná obsluha přístroje pomocí PC pro dosažení maximální citlivosti systému, přičemž maximální citlivosti systému lze dosáhnout pouze laděním (alignmentem). Pokud by Úřad přijal tuto argumentaci navrhovatele, musel by současně konstatovat, že žádná z nabídek předložených zadavateli nespĺnila podmínky zadání. Zadávací dokumentaci by pak bylo možno označit za vnitřně rozpornou a nesplnitelnou. V kontextu posuzovaného případu nelze takový absurdní závěr učinit, neboť jak je patrné z vyjádření účastníků řízení, všem bylo jasné, jaký přístroj a s jakými parametry je zadavatelem požadován.
50. Pokud se navrhovatel domnívá, že od počátku zadávacího řízení bylo zřejmé, že zmíněný alignment musí být součástí plné obsluhy přístroje pomocí PC, nutno si klást otázku, z jakého důvodu navrhovatel podal nabídku na veřejnou zakázku, pokud tento požadavek zadavatele sám nesplňoval. Rovněž je třeba se zamyslet nad tím, z jakého důvodu nepodal navrhovatel žádost o dodatečné informace, když je podle jeho názoru do požadavku plné obsluhy pomocí PC zahrnut také alignment. Konečně je třeba zdůraznit, že i když návrh navrhovatele, jakož i jemu předcházející námitky zadavateli, směřují proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, měl navrhovatel možnost podat námitky proti znění zadávací dokumentace, což neučinil. Pokud by námitky proti zadávacím podmínkám navrhovatel podal, mohla být otázka plné obsluhy přístroje pomocí PC vyjasněna již před podáním nabídek a nikoli až se značným časovým odstupem od zahájení zadávacího řízení. Jinými slovy, navrhovateli bylo od počátku jasné, že podmínku alignmentu pomocí PC nesplní, avšak nepřistoupil k podání námitek proti zadávacím podmínkám, ve kterých by tvrdil, že zadávací dokumentace je nesplnitelná či rozporná, a naopak se rozhodl pro podání nabídky a čekal, jak bude zadávací řízení dále probíhat a jaký bude jeho výsledek. Až v okamžiku, kdy bylo zřejmé, že nabídka navrhovatele nebyla vybrána jako nejvhodnější, přistoupil navrhovatel k podání námitek proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, přestože sám navrhovatel podmínky zadání podle svého výkladu zadávací dokumentace nesplnil. Tuto skutečnost navrhovatel naznačuje i ve vyjádření ze dne 20. 12. 2012, kde uvádí: „*V opačném případě měla být jeho nabídka vyřazena, a to i v případě, že by žádný jiný uchazeč zadávací*

podmínky nebyl schopen splnit.“ Navrhovatel tímto způsobem spekuloval o výsledku zadávacího řízení a v případě pro něj nepříznivého výsledku, se jej pokusil tímto způsobem zvrátit.

51. Úřad k posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska požadavku na plnou obsluhu přístroje pomocí PC konstatuje, že zadavatel postupoval při výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče v souladu se zákonem, neboť nabídka splnila tento požadavek zadavatele stanovený v zadávací dokumentaci.

K mimořádně nízké nabídkové ceně

52. Podle ust. § 77 odst. 1 zákona hodnotící komise při posouzení nabídek uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek 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.
53. V souladu s ust. § 77 odst. 2 zákona může vzít hodnotící komise v úvahu zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, jestliže je tato cena zdůvodněna objektivními příčinami, zejména
- a) ekonomickými aspekty konstrukční metody či technologie, výrobního procesu nebo poskytovaných služeb,
 - b) objevností technického řešení nebo výjimečně příznivými podmínkami, které má uchazeč k dispozici pro provedení stavebních prací nebo poskytnutí dodávek či služeb,
 - c) originalitou stavebních prací, dodávek nebo služeb,
 - d) souladem s předpisy týkajícími se ochrany zaměstnanců a pracovních podmínek, které jsou účinné v místě provádění stavebních prací, poskytování služeb nebo dodávek, nebo
 - e) potenciální možností uchazeče získat veřejnou podporu.
54. Úřad k posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny uvádí, že hodnocení toho, zda je cena ve vztahu k předmětu veřejné zakázky mimořádně nízká či nikoliv, náleží hodnotící komisi. Hodnotící komise má k dispozici informace o předpokládané hodnotě veřejné zakázky, předmětu a způsobu realizace veřejné zakázky i o nabídkových cenách uchazečů a má tak dostatečné podklady pro určení, zda se v některém případě jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu či nikoliv. Je však třeba zdůraznit, že posouzení nabídkové ceny se provádí vždy ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, přičemž ostatní údaje jako předpokládaná hodnota či nabídkové ceny ostatních uchazečů lze využít pouze podřídně.
55. Ustanovení § 77 odst. 1 zákona zakotvuje pro zadavatele, resp. hodnotící komisi povinnost posoudit výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. V posuzovaném případě hodnotící komise neshledala některou z nabídkových cen za mimořádně nízkou, a proto také zadavatel nepřistoupil k aplikaci ust. § 77 odst. 1 zákona. Z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 23. 7. 2012 je patrné, že nabídky byly posuzovány v souladu s ust. § 76 odst. 1 zákona z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách. Za účelem ověření, zda nabídky obsahují všechny

komponenty a splňují všechny požadavky zadavatele, si zadavatel od všech uchazečů vyžádal předložení položkových rozpočtů s odkazem na ust. § 76 odst. 3 zákona.

56. Z protokolu o 2. jednání hodnotící komise ze dne 27. 7. 2012 vyplývá, že zadavatel obdržel od všech uchazečů položkové rozpočty, aby mohl posoudit nabídky z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávací dokumentaci. V protokolu je rovněž výslovně uvedeno, že hodnotící komise posuzovala nabídky z hlediska toho, zda neobsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Hodnotící komise, přestože již měla k dispozici položkové rozpočty uchazečů a mohla si sama učinit závěr o posouzení nabídek, přistoupila navíc k tomu, že si vyžádala stanovisko od MUDr. Ondřeje Horvátha ze servisní laboratoře mikroskopie a průtokové cytometrie Ústavu molekulární genetiky AV ČR, jehož cílem bylo rovněž posouzení, zda nabídka vybraného uchazeče splňuje všechny zadavatelem požadované parametry. Přestože hodnotící komise nepřizvala poradce formálním způsobem podle ust. § 76 odst. 2 zákona, nemohl mít tento postup podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť vůbec nemusel proběhnout. Hodnotící komise si mohla učinit závěr o úplnosti nabídky vybraného uchazeče sama již předtím z dostupných materiálů. Stanovisko MUDr. Ondřeje Horvátha mělo z tohoto pohledu jen podpůrný či „ujišťující“ význam, neboť jeho cílem bylo spíše potvrzení závěrů, ke kterým již hodnotící komise dospěla. Na tomto místě Úřad dává za pravdu navrhovateli v tom, že zadavatel pokud má k dispozici podklad, na základě kterého provádí posouzení nabídek, je vhodné pro zajištění vyšší průhlednosti zadávacího řízení takový podklad zpřístupnit účastníkům zadávacího řízení, např. jeho přiložením ke zprávě o posouzení a hodnocení nabídek. Nicméně v šetřeném případě zadavatel nebyl povinen tento podklad ke zprávě o posouzení a hodnocení nabídek přiložit, a to vzhledem k závěru, vyslovenému v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 29. 8. 2008, č. j. 62 Ca 49/2007-107. V uvedeném rozsudku bylo k otázce mimořádně nízké nabídkové ceny konstatováno, že „...zákon nestanovuje, kdy je nabídková cena mimořádně nízká a ponechává posouzení této skutečnosti na zadavateli, resp. hodnotící komisi. Pokud zadavatel neshledá žádnou nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou, zákon mu neukládá tento jeho názor jakkoliv zdůvodnit, ani ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, ani kdekoliv jinde...“.
57. Na 3. jednání hodnotící komise konaném dne 15. 8. 2012 hodnotící komise nepřijala závěr o tom, že by nabídka vybraného uchazeče mohla mimořádně nízkou nabídkovou cenu obsahovat, a proto nebyla povinna přistoupit k aplikaci ust. § 77 odst. 1 zákona. Hodnotící komise v protokolu o 3. jednání hodnotící komise uvedla, že „*nabídka uchazeče Beckman Coulter Česká republika s.r.o. splňuje požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách. Komise rovněž souhlasí s názorem posudku, že nabídková cena je nižší než u konkurence, avšak nikoliv mimořádně nízká tak, aby ohrozila řádné plnění uchazečem.*“
58. Obecně k institutu mimořádně nízké nabídkové ceny Úřad uvádí, že tento institut není v zákoně definován a jako neurčitý právní pojem vyžaduje další interpretaci. V této souvislosti lze odkázat na rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci ze dne 1. 2. 2001, sp. zn. 2 A 9/2000, v němž byl tento závěr učiněn. Obecně je smyslem právní úpravy týkající se mimořádně nízké nabídkové ceny, ochrana zadavatele a umožnění identifikace nabídek, které vzbuzují oprávněné podezření, že uchazeč ve své nabídce uvede nereálnou cenu, za níž není možné z objektivních důvodů realizovat plnění veřejné zakázky.

59. V posuzovaném případě je předmětem plnění veřejné zakázky jednorázová dodávka průtokového cytometru, který splňuje určité požadavky zadavatele. Z tohoto pohledu si proto nelze představit situaci, kdy by mohlo být ohroženo vynaložení finančních prostředků zadavatele, neboť součástí zadávacích podmínek jsou i podmínky platební, podle kterých zadavatel neposkytne žádné zálohy a kupní cenu uhradí až po předání a převzetí dodávky. V kontextu toho je v šetřeném případě institut mimořádně nízké nabídkové ceny do jisté míry upozaděn.
60. Navrhovatel ve vyjádření ze dne 14. 10. 2012 sám uvádí, že zadavatel mimořádně nízkou nabídkovou cenu posuzoval a rovněž uvádí, že smyslem institutu mimořádně nízké nabídkové ceny je ochrana zadavatele. V těchto skutečnostech je Úřad s navrhovatelem za jedno. K doložení nabídky dodavatele LAO – průmyslové systémy, s.r.o. a vyjádření navrhovatele, že je nepravděpodobné, aby vybraný uchazeč získal laser za výrazně výhodnějších podmínek, Úřad uvádí, že zadavatel nemůže zasahovat do tvorby cenových nabídek jednotlivých uchazečů. Pokud uchazeč má možnost za daných cenových podmínek plnění nabídnout, nezbyvá zadavateli (po jejím posouzení z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny) než nabídnutou cenu akceptovat. Pokud vybraný uchazeč uvádí, že srovnatelné plnění dodává v jiných státech Evropské unie za obdobnou nabízenou cenu a tuto cenu může garantovat také z důvodů daných výrobním procesem, skladovým hospodářstvím a svojí přímou sounáležitostí ke koncernu výrobce, není důvod o těchto skutečnostech pochybovat. Vybraný uchazeč předkládá potvrzení o realizaci obdobných zakázek v sousedních státech a rovněž určitým způsobem vysvětluje rozdíl mezi jím nabízenou cenou a předpokládanou hodnotou stanovenou zadavatelem, když uvádí, že zadavatel patrně při konstrukci předpokládané hodnoty vycházel z historické zkušenosti, kdy systémy sorterů v České republice nabízel jen jeden výrobce.
61. S ohledem na smysl použití institutu mimořádně nízké nabídkové ceny, vzhledem k výše uvedenému a v kontextu toho, že předmětem plnění veřejné zakázky je jednorázová dodávka průtokového cytometru, Úřad konstatuje, že zadavatel postupoval při posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny v souladu se zákonem.
62. Úřad doplňuje, že se nezabýval námitkou navrhovatele týkající se neprodloužení lhůty pro podání nabídek v souvislosti změnou technických parametrů (viz bod 34. tohoto rozhodnutí), neboť nebyla součástí návrhu navrhovatele ze dne 12. 10. 2012 a rovněž v této věci navrhovatel nepodal žádné a včasné námitky zadavateli.
63. K návrhu navrhovatele na zjištění osoby, která pro zadavatele zpracovala posudek o přístroji vybraného uchazeče, Úřad uvádí, že ve správním řízení bylo zjištěno, že stanovisko pro zadavatele zpracoval MUDr. Ondřej Horváth. K návrhu na provedení důkazu svědeckou výpovědí této osoby a k návrhu na ustanovení znalce, který by posoudil, zda vybraný uchazeč splnil zadávací podmínky, Úřad uvádí, že provedení těchto důkazních prostředků by bylo nadbytečné a nehospodárné a do řízení by nepřineslo žádné nové skutečnosti, neboť v řízení bylo prokázáno, že zadavatel postupoval při posouzení nabídky vybraného uchazeče v souladu se zákonem a stanovisko MUDr. Ondřeje Horvátha ani nebyl povinen si vyžádat.
64. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel posoudil nabídku vybraného uchazeče z hlediska požadavku na zařízení zabezpečující ochranu již vytríděných částic,

požadavku na plnou obsluhu přístroje pomocí PC a v souvislosti s jejím posouzením z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny, v souladu se zákonem. S ohledem na všechny uvedené skutečnosti Úřad návrh navrhovatele ze dne 12. 10. 2012 podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 citovaného zákona tak, 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, 604 55 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. Masarykova univerzita, Žerotínovo nám. 617/9, 601 77 Brno
2. OTIDEA, a.s., Na Příkopě 988/31, 110 00 Praha 1
3. Beckman Coulter Česká republika s.r.o., Radiová 1122/1, 102 27 Praha 10

Vypraveno dne:

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