

Č. j.: 2R 47/04 – Hr

V Brně dne 20. října 2004

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 21.6.2004 fyzickou osobou Ing. Milanem Hladilem, podnikajícím pod názvem obchodní firmy Ing. Milan Hladil-EUROCON, se sídlem podnikání Budějovická 59, 252 42 Jesenice u Prahy, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 11.6.2004 advokátem JUDr. Františkem Severinem, se sídlem AK Elišky Máchové 41, 616 00 Brno, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24.5.2004 č. j. VZ/S42/04-152/2497/04-SH, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – nemocnice Blansko, se sídlem Sadová 33, 678 31 Blansko, zast. ředitelem Ing. Ivanem Kozákem, učiněných při zadání veřejné zakázky „na dodavatele dialyzátorů a dialyzačních monitorů pro nemocnici Blansko“ formou obchodní veřejné soutěže podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb., uveřejněním dne 17.12.2003 v Obchodním věstníku č. 50/03 pod zn. 184163-50/03, jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu zvláštní komise, ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S42/04-152/2497/04-SH ze dne 24.5.2004

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

Odůvodnění

Nemocnice Blansko, se sídlem Sadová 33, 678 31 Blansko, zast. ředitelem Ing. Ivanem Kozákem (dále jen „zadavatel“), vyhlásil dne 17.12.2003 uveřejněním v Obchodním věstníku č. 50/03 pod zn. 184163-50/03 veřejnou zakázku „na dodavatele dialyzátorů a dialyzačních monitorů pro nemocnici Blansko“, zadanou formou obchodní veřejné soutěže podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon“).

Jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek ze dne 3.2.2004, zadavatel do konce soutěžní lhůty obdržel dvě nabídky, z nichž žádná nebyla vyřazena z dalšího posuzování a hodnocení. Komise pro posouzení a hodnocení nabídek následně zadavateli doporučila jako nejvhodnější nabídku uchazeče FRESENIUS MEDICAL CARE Česká republika spol. s r. o., se sídlem Lužná 591, 160 05 Praha 6, zast. jednatelem Ing. Davidem Prokešem, ve správním řízení zast. na základě plné moci advokátem JUDr. Petrem Novotným, AK Rödl & Partner v. o. s., se sídlem Platněrská 2, 110 00 Praha 1 (dále jen „FRESENIUS“). Druhá v pořadí se umístila nabídka uchazeče – fyzické osoby Ing. Milan Hladil, podnikající pod názvem obchodní firmy Ing. Milan Hladil-EUROCON, se sídlem podnikání Budějovická 59, 252 42 Jesenice u Prahy, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 11.6.2004 advokátem JUDr. Františkem Severinem, se sídlem AK Elišky Máchové 41, 616 00 Brno (dále jen „navrhovatel“). Zadavatel se s doporučením komise ztotožnil a dne 19.2.2004 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky. Proti uvedenému rozhodnutí podal navrhovatel dne 1.3.2004 námitky, kterým zadavatel po jejich přezkoumání dne 8.3.2004 nevyhověl a současně poučil navrhovatele o možnosti podat návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Navrhovatel obdržel uvedené rozhodnutí dne 10.3.2004, svého práva využil a návrh k Úřadu dne 17.3.2004 podal. Tímto dnem bylo zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad jako účastníky správního řízení označil zadavatele, navrhovatele a uchazeče FRESENIUS.

Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 24.5.2004 rozhodnutí č. j. VZ/S42/04-152/2497/04-SH, kterým v postupu zadavatele konstatoval porušení ustanovení § 37 odst. 1 písm. h) zákona, neboť zpráva o posouzení a hodnocení nabídek neobsahuje zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky. Na základě zjištěného porušení zákona Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 19.2.2004 o výběru nejvhodnější nabídky a uložil mu provést nový výběr.

V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad mimo jiné uvádí, že zadavatel v zadávací dokumentaci v bodě 1. Technická zadání specifikoval požadované dialyzátory mimo jiné požadavky na typy propustnosti Low Flux a High Flux. Uchazeč FRESENIUS však do své celkové nabídkové ceny zahrnul cenu za dialyzátory „Middle Flux“, nikoliv „High Flux“, čímž se tato cena stala nižší než by tomu bylo za situace, kdyby byla hodnocena cena za jím dodávané dialyzátory „High Flux“, jejichž cena je cca dvojnásobná. Zadavatel takto stanovenou celkovou nabídkovou cenu hodnotil, přičemž z předložené dokumentace dle názoru Úřadu nevyplývá, že zadavatel při hodnocení výsledné nabídkové ceny za požadovaný počet dialyzátorů „High Flux“ hodnotil vzájemně srovnatelné údaje, a pokud dospěl k závěru, že parametry dialyzátoru „Middle flux“ jsou pro něj dostačující a cena dokonce výhodnější,

měl tuto skutečnost uvést ve zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky, respektive měl alternativu poskytnutí dialyzátoru „Middle Flux“ zahrnout již do specifikace uvedené v zadávací dokumentaci. Pokud tedy zadavatel prokazatelně nedoložil, že dialyzátory „Middle Flux“ splňují parametry požadované v souladu se zadávací dokumentací pro kategorii „High Flux“, byl povinen hodnotit nabídky striktně v kategorii „High Flux“, a to v souladu s požadavkem na vzájemnou srovnatelnost nabídek ve vztahu k vymezenému plnění veřejné zakázky. Jelikož zadavatel ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek neuvedl zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky v tomto konkrétním kritériu hodnocení s nejvyšším stupněm významu, porušil ustanovení § 37 odst. 1 písm. h) zákona.

Proti uvedenému rozhodnutí podal navrhovatel dne 21.6.2004 rozklad, ve kterém uvádí, že vzhledem k rozsahu vad předmětné obchodní veřejné soutěže není postačující pouhé zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, ale je nepochybně třeba zrušit zadání veřejné zakázky. Zadavatel pochybil, když nabídku uchazeče FRESSENIUS nevyločil ze soutěže, neboť ze zadání veřejné zakázky vyplývá výlučný požadavek na typy propustnosti poptávaných dialyzátorů – Low Flux a High Flux, a současně zadavatel nepřipustil variantní řešení. Předložením nabídky na dialyzátory „Middle Flux“ tak uchazeč FRESSENIUS dle názoru navrhovatele buď nenaplnil požadovaný předmět plnění, a nebo nerespektoval zadavatelův zákaz variantního řešení. Naplnění hypotézy kterékoliv z těchto variant je dle názoru navrhovatele ex lege důvodem k vyloučení uchazeče FRESSENIUS. Další důvod vyloučení jmenovaného uchazeče spatřuje navrhovatel v tom, že tento nerespektoval požadavek zadavatele na jednoznačné a neměnné stanovení lhůty splatnosti faktur v délce 60 dnů a ve své nabídce stanovil lhůtu splatnosti v délce 90 dnů. Navrhovatel dále vyjmenovává další nedostatky vyhlášení obchodní veřejné soutěže, které samy o sobě i ve vzájemných souvislostech znamenají dle jeho názoru absolutní neplatnost vyhlášení obchodní veřejné soutěže a zadávací dokumentace.

Neurčitým, nesrozumitelným, a tedy neplatným právním úkonem ve smyslu § 37 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), navrhovatel označuje to, si zadavatel v zadávací dokumentaci vyhrazuje právo před dodáním každého dialyzačního monitoru konzultovat s dodavatelem, dále že zadavatel při specifikaci požadovaných dialyzátorů uvádí pouze rozsah (velikost) dialyzačních ploch dialyzátorů, ačkoliv tento údaj je pouze jedním ze základních parametrů dialyzátorů, dále že zadavatel uvedl neurčitý požadavek „množstevní rabat na celkový počet“, ze kterého není zřejmé, jaký rabat zadavatel požaduje, a dále že zadavatel blíže nevymezil neurčitě stanovené další předpoklady pro plnění veřejné zakázky – předložení garance za jakost ISO a přehledu o významných zakázkách. Nedostatky spatřuje navrhovatel i ve stanovení podmínek pro překročení nabídkové ceny v případě „překročení inflace v daném oboru o více jak 5 %“, která je dle názoru navrhovatele nezjistitelná. Také kritérium hodnocení nabídek „vhodnost systému pro pracoviště“ je dle názoru navrhovatele blíže nespecifikované, a tedy zcela neurčité. Ke kritériu hodnocení nabídek „záruční a pozáruční servis“ navrhovatel namítá, že poskytnutí servisu není předmětem plnění veřejné zakázky a připomíná, že obchodněprávní vztah nezná zákonnou záruku za jakost a tato musí být poskytnuta smluvně nebo jednostranným prohlášením prodávajícího. Uvedené kritérium je nonsensem dle názoru navrhovatele i proto, že 90 % předmětu plnění veřejné zakázky tvoří dialyzátory, tedy spotřební materiál, na který se servis neposkytuje.

Navrhovatel dále vypočítává právní úkony zadavatele, jejichž předmět plnění je dle jeho názoru nemožný, a tedy se opět jedná o neplatné právní úkony podle ustanovení § 37 odst. 2 občanského zákoníku. Je tomu tak především u požadavku na „možnost měření

efektivnosti (pouze u pátého a desátého přístroje)“, když předmětem plnění veřejné zakázky je dodávka pouze šesti kusů přístroje. Výklad zadavatele, že se jedná o přístroj uprostřed a na konci plnění, který přijal i Úřad, označuje navrhovatel za zlehčující a účelový. Nesplnitelný je dle názoru navrhovatele rovněž požadavek, že „celkovou nabídkovou cenu bude tvořit součet cen za stanovené počty (a druhy) dialyzátorů po dobu trvání smlouvy (10 roků)“ a současně že „skladba objednávek jednotlivých typů dle výše uvedených parametrů se bude během roku měnit dle potřeb pacientů. V tomto kontextu není dle názoru navrhovatele možné vůbec stanovit celkovou nabídkovou cenu. Za nesplnitelné rovněž označuje navrhovatel i požadavek, že „nabídkovou cenu je možno překročit v případě ... zřejmého věcného rozšíření předmětu veřejné zakázky oproti zadávací dokumentaci zadavatele“, neboť pak by se jednalo o zadání nové veřejné zakázky, a dále ustanovení, že „platby budou probíhat výhradně v Kč“, kde navrhovatel poukazuje na blížící se zavedení jednotné evropské měny Euro.

Za právní úkony odporující svým obsahem nebo účelem zákonu, případně zákon obcházející a nebo se přičítící dobrým mravům, a tedy rovněž za neplatné právní úkon ve smyslu ustanovení § 39 občanského zákoníku, pak navrhovatel označuje to, že zadavatel jako součást nabídky stanovuje „návrh smlouvy o dílo“, avšak z jejího obsahu vyplývá, že se jedná o smlouvu kupní. Dále navrhovatel napadá, že jako jeden z předpokladů pro plnění veřejné zakázky zadavatel stanovil převzetí dokumentace, kterou však podle ustanovení § 2h odst. 1 zákona je poskytována zájemcům jen na jejich vyžádání. Zadavatel měl dle názoru navrhovatele také stanovit požadavek na klinické hodnocení předmětu veřejné zakázky, přičemž nesouhlasí s postupem Úřadu, který toto přešel s poukazem, že oba uchazeči příslušný materiál předložili. Dále ustanovení podmínek obchodní veřejné soutěže, že nabídková cena bude v Kč bez DPH a vč. DPH, což s ohledem na dobu plnění veřejné zakázky deset let nelze dopředu určit, a proto se celková nabídková cena „s jistotou téměř absolutní“ dostane v budoucnosti do rozporu se zákonem. Konečně navrhovatel souhlasí se zjištěním napadeného rozhodnutí, že ze strany zadavatele došlo k chybnému stanovení soutěžní lhůty, avšak neztotožňuje se se závěrem, že „se nic v tomto případě nestalo“, když konstatuje, že porušení zákona nevyžaduje jako měřítko pro protizákonnost škodlivé následky, ale Úřad měl v souladu s ustanovením § 37 odst. 2 občanského zákoníku dovodit neplatnost úkonu, kterým bylo výběrové řízení vyhlášeno.

Navrhovatel se proto domáhá toho, aby předseda Úřadu změnil napadené rozhodnutí tak, že se zrušuje zadání veřejné zakázky a současně se ukládá zadavateli v souladu s ustanovením § 31 odst. 2 část věty za středníkem zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), povinnost nahradit navrhovateli náklady řízení ve výši 179 350,- Kč, sestávající z uhrazeného správního poplatku ve výši 100 000,- Kč a nákladů právního zastoupení ve výši 79 350,- Kč.

K podanému rozkladu se dne 13.7.2004 vyjádřil zadavatel a uvádí, že akceptoval napadené rozhodnutí Úřadu se záměrem soutěž nerušit a z předložených nabídek provést nový výběr, v rámci kterého by byly odstraněny vady hodnocení. Současně odmítá veškerá podání a námitky navrhovatele, která jsou dle jeho názoru vedena s cílem zadání veřejné zakázky zmařit, nikoliv její výsledky napravit. Konkrétně pak námitku záměny v označení smlouvy označuje zadavatel za nedůvodnou, neboť z celkového zadání bylo nepochybné, že zadavatel měl na mysli smlouvu kupní, přičemž označení smlouvy neznamena dle názoru zadavatele neplatnost právního úkonu. Námitku týkající se převzetí zadávací dokumentace zadavatel rovněž označuje za nedůvodnou, neboť dle jeho názoru nešlo o diskriminaci uchazečů a nepřevzetí zadávací dokumentace by nebylo důvodem pro vyřazení nabídky. Námitka ve věci nesplnění požadavku klinického hodnocení dle názoru zadavatele rovněž neobstojí, neboť ze

zákonu vyplývá, že lze používat jen zdravotnický prostředek, u něhož byla posouzena shoda jeho vlastností s technickými požadavky podle zvláštních předpisů. Stejně tak zadání ceny bylo dle názoru zadavatele v souladu se zákonem a ve věci chybně stanovené lhůty zadavatel uvádí, že rozpor mezi koncem lhůty a časem otevírání obálek nemohl ovlivnit průběh soutěže, ledaže by byla odmítnuta nabídka doručená v době od 10.00h do 10.30h, což se nestalo. V příloze svého vyjádření pak zadavatel předkládá jako důkaz tabulky vysvětlující jednotlivé kroky vyhodnocování soutěže, konkrétně rozdělení nabídnutých dialyzátorů do kategorií dle zadání, rozdělení nabídnutých dialyzátorů do požadovaných kategorií dle terminologie uchazeče a komplexní srovnání dialyzátorů uchazeče FRESSENIUS a navrhovatele. Zadavatel respektuje napadené rozhodnutí, rozklad považuje za nedůvodný a navrhuje, aby jej předseda Úřadu zamítl a rozhodnutí potvrdil.

K podanému rozkladu se dne 13.7.2004 vyjádřil rovněž uchazeč FRESSENIUS a dokazuje, že označení Middle Flux, které začal v odborné terminologii používat koncern Fresenius teprve zhruba před dvěma roky, je toliko obchodní značka pro High Flux dialyzátory, které mají snížený ultrafiltrační koeficient a clearanci β 2-mikroglobulinu a jsou primárně určeny pro hemodialýzu nebo nízkoobjemovou hemofiltraci a hemodiafiltraci tak, jak bylo požadováno zadavatelem. Upozorňuje tedy, že pokud zadavatel při zadání veřejné zakázky nechtěl postupovat diskriminačně, musel požadovat High Flux dialyzátory, když označení Middle Flux je pro uchazeče FRESSENIUS příznačné. Z toho důvodu je rovněž neopodstatněná námitka, že uchazeč FRESSENIUS zamýšlel tuto svoji nabídku jako variantní řešení, i námitka, že nenabídl požadovaný předmět plnění v souladu se zadáním veřejné zakázky.

K námitce týkající se doby splatnosti faktur uchazeč FRESSENIUS uvádí, že jak plyne z povahy věci, podmínky plnění veřejné zakázky jsou v zadání stanoveny jako minimální zadavatelem požadované, byť to nebylo explicitně vyjádřeno. V nabídnutí delší lhůty splatnosti, než požadovaná, tak nelze spatřovat porušení jakéhokoliv ustanovení zákona, kvůli kterému by musel zadavatel příslušného uchazeče vyloučit z další účasti v soutěži. Jinou otázkou je pak hodnocení tohoto kritéria komisí, kde však lze případné nesrovnalosti zhojit provedením nového posouzení a hodnocení nabídek, jak uložilo napadené rozhodnutí.

Námítka navrhovatele týkající se absolutní neplatnosti ať již z důvodů srozumitelnosti právního úkonu, nemožnosti plnění, či z důvodu rozporu se zákonem, označuje uchazeč FRESSENIUS obecně za značnou měrou účelové, demagogické a některé až nesmyslné. Konkrétně pak uvádí k požadavku zadavatele na umožnění pozdějších konzultací, že tyto jsou nezbytné k vyjasnění detailů jednotlivých dodávek předmětu plnění veřejné zakázky (např. termíny dodávek, montáže, školení personálu apod.) a nelze výkladem podsouvat dojem, že výsledkem těchto konzultací má být změna podmínek dodávky. Ke specifikaci požadovaných dialyzátorů uchazeč FRESSENIUS poznamenává, že plocha dialyzátoru je skutečně základní parametr, přičemž další vlastnosti dialyzátorů (clearance urey, kreatininu, fosfátu, atd.) nabízí každý výrobce rozdílně, a tedy jejich stanovení by bylo diskriminační. V otázce množstevního rabatu je dle názoru uchazeče FRESSENIUS zadávací dokumentace dostatečně srozumitelná, když zadavatel požaduje, aby v nabídkách byla uvedena výše rabatu, který je mu nabízen. Uchazeč FRESSENIUS rovněž odmítá tvrzení o neurčitosti požadavků na certifikaci dle norem ISO, u kterého neuvedení jeho kompletního názvu není na závadu jeho platnosti, a požadavků na přehled o významných zakázkách, kterýžto pojem byl dle názoru uchazeče v nabídce specifikovatelný a vysvětlitelný, byť by zahrnoval různá hlediska. K namítané neurčitosti ustanovení o oprávnění zvýšit nabídkovou cenu pak uchazeč FRESSENIUS uvádí, že inflaci „v daném oboru“ nelze pochopit jinak, než jako růst cen předmětných výrobků a to lze zjistit

například porovnáním cen předmětných výrobků dodávaných různými dodavateli na českém trhu či meziroční změnou úhrad za předmětné zboží ze strany zdravotních pojišťoven. S námitkami proti kritériu hodnocení „vhodnost systému pro pracoviště – technická úroveň“ a „záruční a pozáruční servis“ se dle názoru uchazeče již dostatečně vypořádalo napadené rozhodnutí, a proto se s nimi ztotožňuje a dodává, že právě proto, že v obchodně právních vztazích není závazně upravena záruka za jakost, požadoval zadavatel od uchazečů, aby se ve svých nabídkách k poskytnutí záruky zavázali. Dialyzační přístroje, stejně jako spotřební materiál, lze podle něj hodnotit podle garantované včasnosti a dostupnosti servisních zásahů, operativnosti dodavatele a podobně.

K úkonům zadavatele, které navrhovatel označuje jako neplatné z důvodu nemožnosti plnění, pak uchazeče FRESENIUS konkrétně uvádí, že u požadavku na měření efektivnosti u pátého a desátého dodávaného přístroje, když předmětem dodávky je pouze šest přístrojů, se jedná o zjevnou početní chybu, která nemůže mít za důsledek neplatnost úkonu. Námitku nemožnosti stanovení celkové nabídkové ceny odmítá uchazeč jako zcela nesprávnou, neboť pokud by byla přijata, bylo by nemožné vyhlásit obchodní veřejnou soutěž na takové komodity, u nichž nelze předem odhadnout jejich přesné množství. Zadavatelem stanovené podmínky na překročení nabídkové ceny jsou dle názoru uchazeče FRESENIUS zcela jednoznačné a srozumitelné a k výhradě navrhovatele na nemožnost splnění podmínky provádění plateb výhradně v Kč uvádí, že k případnému přechodu na jednotnou měnu Euro dojde na základě veřejnoprávního předpisu a z této skutečnosti nelze dovozovat jakýkoliv závěr o nemožnosti plnění.

Dále pak ke skutečnostem, které dle navrhovatele zakládají neplatnost úkonů zadavatele z důvodu rozporu se zákonem, uchazeč FRESENIUS konkrétně uvádí, že ze zadávací dokumentace je jasně zřejmý úmysl zadavatele uzavřít kupní smlouvu, a tedy její chybné označení jako smlouva o dílo je pouze zdánlivým rozporem se zákonem. Stejně tak námitku týkající se převzetí zadávací dokumentace uchazeč odmítá s tím, že k žádné diskriminaci nedošlo, a tedy nelze tuto skutečnost označit za protizákonnou. K tvrzení nezákonnosti z toho důvodu, že podmínky obchodní veřejné soutěže neobsahují požadavek na předložení dokladu o klinickém zhodnocení, uchazeč FRESENIUS uvádí, že dodat zboží splňující požadavky kladené příslušnými právními předpisy je povinností každého uchazeče. U stanovení nabídkové ceny bez a s DPH uchazeči není zřejmé, v čem navrhovatel spatřuje porušení zákona a uvádí, že částku s DPH lze chápat jako čistě informativní, která nemá pro hodnocení relevanci. K chybnému stanovení lhůty uchazeč FRESENIUS konstatuje, že nezpůsobilo žádnému z účastníků újmu a nemohlo mít vliv na zákonnost vyhlášení obchodní veřejné soutěže.

Uchazeč FRESENIUS striktně odmítá veškeré námitky navrhovatele a navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.

Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:

Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S42/04-152/2497/04-SH ze dne 25.5.2004 na základě zjištěného závažného porušení zákona zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uložil mu provést nový výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

K argumentaci rozkladu uvádím následující:

Navrhovatel ve svém rozkladu namítá, že uchazeč FRESENIUS tím, že zadavateli nabídl vedle dialyzátorů s propustností High Flux i dialyzátory Middle Flux, založil důvod svého vyloučení z další účasti v soutěži. Uchazeč FRESENIUS oponuje, že označení Middle Flux je toliko jeho obchodní značka pro High Flux dialyzátory s některými modifikovanými parametry.

K tomu především uvádím, že Úřad nemůže zastoupit zadavatele v jeho odborném posuzování nabídek. Odborné posouzení nabídek svěřuje zákon do kompetence zadavatele, respektive jím k tomuto účelu ustavené odborné komise pro posouzení a hodnocení nabídek. Úřad jako orgán dohledu ve smyslu § 51 zákona je oprávněn toliko dohlížet nad dodržováním právního rámce, ve kterém posuzování a hodnocení nabídek probíhá, a nikoliv dohlížet nad samotnou kvalitou výběru. V tomto svém právním názoru vychází Úřad mimo jiné z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci ze dne 17.6.1999 č. j. 2A 1/1999.

Vzhledem k výše uvedenému proto Úřadu nepřísluší posoudit, zda dialyzátory nabízené uchazečem FRESENIUS jsou skutečně dialyzátory kategorie High Flux, které pouze nesou obchodní označení Middle Flux a plně odpovídají požadavkům zadavatele obsaženým v zadávací dokumentaci, a nebo zda se jedná o dialyzátory, které těmto požadavkům neodpovídají a představují tak variantní řešení, které zadavatel nepřipustil, a nebo řešení nevyhovující podmínkám zadání. Posouzení této odborné otázky spadá plně do kompetence zadavatele a jím ustanovené odborné komise. Povinností zadavatele je učinit toto posouzení transparentně a tak, aby nedošlo k diskriminaci žádného z uchazečů. Výsledek takto provedeného posouzení, tedy výběr nejvhodnější nabídky, a především pak zdůvodnění tohoto výběru, je zadavatel povinen podle ustanovení § 37 odst. 1 písm. h) zákona uvést ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek. Vzhledem k tomu, že zadavatel tuto svou povinnost v šetřeném případě nesplnil, když ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek dostatečně nevyplývá, zda Middle Flux dialyzátory skutečně odpovídají z hlediska obsahového splnění podmínek soutěže (vymezení plnění veřejné zakázky, respektive jeho technické zadání), Úřad správně konstatoval porušení posledně citovaného ustanovení zákona, rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky zrušil a uložil mu provést nový výběr nejvhodnější nabídky. V rámci provedeného nového výběru zadavatel znovu přezkoumá i nabídku uchazeče FRESENIUS a její soulad s podmínkami soutěže.

Další důvod vyloučení uchazeče FRESENIUS spatřuje navrhovatel v tom, že ve své nabídce nerespektoval jednoznačný požadavek na stanovení lhůty splatnosti faktur, když nabídl delší lhůtu, než byla zadavatelem požadována.

K tomu uvádím, že napadené rozhodnutí Úřadu uložilo zadavateli provést nové posouzení a hodnocení nabídek, v rámci kterého zadavatel opětovně u jednotlivých nabídek posoudí i obsahové splnění podmínek zadání veřejné zakázky ve vztahu k délce lhůty splatnosti faktur. V této souvislosti je však potřeba zdůraznit, že délka lhůty splatnosti faktur není kritériem hodnocení nabídek a nelze ji hodnotit ani v rámci kritéria „vhodnost systému pro pracoviště (technická úroveň)“.

Navrhovatel dále označuje za nesrozumitelný úkon, který zakládá neplatnost vyhlášení obchodní veřejné soutěže to, že si zadavatel v zadávací dokumentaci vyhradil právo před dodáním každého dialyzačního monitoru konzultovat s dodavatelem.

Zadavatel si v zadávací dokumentaci v rámci bodu 1. „Technické zadání, písm. a) dialyzační monitor“ mimo jiné vyhrazuje „právo před dodáním každého dialyzačního monitoru konzultovat s dodavatelem funkční vybavení přístroje“. Z uvedeného je zřejmé, že se má jednat o konzultace ohledně „funkčního vybavení přístroje“ a nelze bez dalšího dovozovat úmysl zadavatele měnit těmito konzultacemi předmět veřejné zakázky, a tedy ani úmysl postupovat v rozporu se zákonem. Bližší vymezení charakteru těchto konzultací může být předmětem budoucí smlouvy o dílo, a není proto potřeba z nepřítomnosti bližší charakteristiky konzultací v zadání veřejné zakázky dovozovat neplatnost vyhlášení soutěže, či jeho nejednoznačnost.

Navrhovatel také uvádí, že zadavatel nedostatečně specifikoval požadované dialyzátory, když uvedl pouze velikost jejich dialyzačních ploch. K tomu uvádím, že zadavatel v bodě 7. zadávací dokumentace uvedl pověřenou osobu pro upřesnění podmínek. Pokud měl tedy navrhovatel pochybnosti o jednoznačnosti zadání veřejné zakázky, měl této možnosti před podáním nabídky využít k jejich upřesnění. Protože tak neučinil, je zjevné, že nejednoznačnost dříve neshledával, a proto jeho námitky lze v tomto bodě označit za účelové. Stejně tak i u námitky navrhovatele ohledně neurčitosti vyhlášení dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky lze konstatovat, že navrhovatel své výhrady zjevně účelové uplatňuje až v rámci správního řízení, aniž by dříve po zadavateli jakkoliv požadoval její upřesnění či vyjasnění.

Další nejednoznačnou součástí zadávací dokumentace je dle názoru navrhovatele v bodě 1. zadávací dokumentace u specifikace množství, četnosti odběru a struktury odběru stanovení požadavku zadavatele „množstevní rabat na celkový počet“. Navrhovatel považuje za neurčité, jaký rabat zadavatel požaduje a zda se má jednat o návrh uchazeče. K tomu uvádím, že zadávání veřejných zakázek obecně spočívá na principu, kdy zadavatel projeví svou vůli něco poptávat a uchazeči mu pak ve svých nabídkách poptávané zboží, služby či jiné komodity nabízejí, přičemž podle množství a kvality jejich nabídek se posuzuje ta nejvýhodnější. Je tedy zřejmé, že pokud se zadavatel v zadávací dokumentaci zmiňuje o množstevním rabatu, pak toto nelze chápat jinak, než že i v tomto bodě očekává nabídku množstevní slevy od uchazečů. Z uvedeného je současně zřejmé, že tento požadavek zadavatel hodnotil v rámci kritéria nabídková cena, do které se množstevní rabat, tedy sleva, přirozeně promítá.

Navrhovatel dále považuje za nejasně formulovanou podmínku zadání, že nabídkovou cenu je možno překročit mimo jiné i v případě překročení inflace v daném oboru o více jak 5 %, když namítá, že tato skutečnost je prakticky nezjistitelná. K tomu uvádím, že zadavatel je podle ustanovení § 5 odst. 1 písm. l) zákona oprávněn stanovit si podmínky pro překročení nabídkové ceny, které jsou uplatňovány shodně vůči všem uchazečům. V daném případě nemělo stanovení této podmínky vliv na výběr nejvhodnější nabídky, ani na platnost zadání veřejné zakázky, který takto využil svého zákonného práva. Ve svém dalším postupu, a to i při případném překročení nabídkové ceny, je zadavatel i nadále povinen jednat v souladu se zákonem.

K dalším námitkám ohledně neurčitosti stanovení kritérií hodnocení jednotlivých nabídek pak uvádím, že napadené rozhodnutí Úřadu uložilo zadavateli provést nové posouzení a hodnocení nabídek právě z důvodu jeho nedostatečně transparentního provedení a zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky. V rámci provedení tohoto nového výběru je pak zadavatel mimo jiné povinen řádně zdůvodnit výběr nejvhodnější nabídky, a tedy i

transparentně uvést, které skutečnosti a jakým způsobem v rámci toho kterého kritéria hodnotil. Pro úplnost pak uvádím, že Úřadu není znám důvod, proč by jedním z kritérií hodnocení nabídek nemohl být i záruční a pozáruční servis, byť souvisí jenom s částí předmětu plnění veřejné zakázky. Zadavatel je v souladu s ustanovením § 6 odst. 1 zákona oprávněn stanovit si taková kritéria hodnocení, která dle jeho názoru nejlépe prokážou vhodnost jednotlivých nabídek, přičemž úroveň budoucího servisu dodávané techniky je v tomto směru zjevně relevantní skutečností.

Navrhovatel také namítá nemožnost splnění požadavku zadavatele, uvedeného na druhé straně zadávací dokumentace, první řádek, na „možnost měření efektivnosti (pouze u pátého a desátého přístroje)“, přičemž poukazuje na fakt, že předmětem plnění veřejné zakázky je dodání pouze šesti přístrojů, a tedy není možné provádět měření u desátého přístroje. Po prostudování předložené dokumentace jsem zjistil, že navrhovatelem odkazované ustanovení zadávací dokumentace jím bylo nesprávně citováno, když doslova zní: „možnost měření efektivnosti dialýzy (pouze u pátého dodaného přístroje)“. Argumentace navrhovatele je tak v tomto bodě zjevně nedůvodná.

Navrhovatel dále dovozuje, že ze zadání veřejné zakázky nelze dovodit celkovou nabídkovou cenu, protože skladba budoucích objednávek se dle zadávací dokumentace bude během každého roku měnit dle potřeb pacientů. S tvrzením navrhovatele se opět nelze ztotožnit. Zadavatel v zadávací dokumentaci pro potřeby stanovení celkové nabídkové ceny specifikoval množství poptávaného zboží v jednom roce, které bude dodáváno na základě šesti objednávek vždy po dvou měsících, přičemž skladba těchto objednávek se bude v průběhu roku měnit, avšak celkové, konečné množství odebraných dialyzátorů jednotlivých typů za jeden rok zůstává neměnné.

Navrhovatel také tvrdí, že nemůže dojít k naplnění podmínky překročení nabídkové ceny v případě zřejmého věcného rozšíření předmětu veřejné zakázky oproti zadávací dokumentaci, když tvrdí, že v takovém případě by se jednalo o novou veřejnou zakázku. K tomu uvádím, že pokud v budoucnu vznikne zadavateli potřeba věcného rozšíření předmětu veřejné zakázky, pak s přihlédnutím ke všem okolnostem bude povinen zvolit takový způsob zadání veřejné zakázky, který bude v souladu se zákonem. Uvedení předmětné podmínky v zadání této veřejné zakázky však nezakládá neplatnost toho zadání, neboť nepředstavuje porušení zákona.

K tvrzení navrhovatele, že vzhledem k očekávanému přechodu na jednotnou evropskou měnu Euro je nemožné provádět po celou dobu plnění veřejné zakázky, tedy v průběhu deseti let, platby výhradně v Kč, jak stanovil zadavatel na straně 4 zadávací dokumentace, uvádím, že budoucí zavedení společné měny Euro nelze považovat za důvod nemožnosti plnění veřejné zakázky, neboť se tak stane v budoucnu nezávisle na vůli stran obchodněprávního vztahu.

Za důvod neplatnosti zadání veřejné zakázky pro rozpor se zákonem pak navrhovatel považuje to, že zadavatel stanovil jako základní součást nabídky „návrh smlouvy o dílo“, ačkoliv ze zadání veřejné zakázky vyplývá, že se jedná o smlouvu kupní. K tomu uvádím, že dvoustranný právní úkon, tedy smlouvu, je nutné posuzovat podle jejího obsahu, neboť ten je projevem vzájemného konsensu smluvních stran.

Ke stanovení povinnosti uchazečů převzít zadávací dokumentaci jako další předpoklad pro plnění veřejné zakázky se Úřad vyjadřoval již v rámci napadeného rozhodnutí, a proto

mohu pouze opakovat, že v případě, že by zadavatel na základě nevyzvednutí zadávací dokumentace vyloučil některého z uchazečů o veřejnou zakázku, jednalo by se o diskriminaci. V šetřeném případě však zadavatel tímto způsobem nepostupoval, a tedy není možné konstatovat porušení zákona.

Navrhovatel dále považuje za porušení zákona, že zadavatel v zadávací dokumentaci neuvedl jako další předpoklad pro plnění veřejné zakázky požadavek klinického hodnocení dodávaného zboží. K tomu uvádím, že uchazeči jsou z povahy věci povinni nabídnout zadavateli takové zboží, které je bez dalšího použitelné k jím zamýšlenému účelu. Vzhledem k tomu, že navrhovatelem zmiňovaná klinická hodnocení jsou podle příslušného právního předpisu (zákon č. 123/2000 Sb., o zdravotnických prostředcích, ve znění pozdějších předpisů) nutnou součástí předmětu veřejné zakázky a nezbytnou podmínkou pro jeho plné využití, uchazeči by naopak postupovali v rozporu se zákonem, pokud by zadavateli nabízeli takto neověřenou zdravotnickou techniku. Argumentaci navrhovatele proto i v tomto bodě považuji za bezpředmětnou.

Co se týče námitky navrhovatele, že s ohledem na dobu plnění předmětu veřejné zakázky na deset let není možné stanovit celkovou nabídkovou cenu včetně DPH, uvádím, že v podmínkách zadání zadavatel počítá s případnou zákonnou změnou výše sazby tak, že v bodě 5. písm. a) podmínek soutěže, a stejně tak v na straně 3 zadávací dokumentace stanoví možnost překročení nabídkové ceny v případě změny sazby DPH v průběhu realizace veřejné zakázky, a nebo změny jiných právních předpisů, majících vliv na cenu veřejné zakázky.

K poslední námitce navrhovatele ohledně toho, že došlo k chybnému stanovení soutěžní lhůty pouze uvádím, že i tomuto pochybení zadavatele se již Úřad dostatečně věnoval v rámci napadeného rozhodnutí a neshledal je jako důvod pro zrušení zadání předmětné obchodní veřejné soutěže, když zadavatel by byl povinen případně přijmout i nabídku podanou v rozmezí od 10.00 hod. do 10.30 hod., což se však v daném případě nestalo.

V závěru svého rozkladu navrhovatel uplatňuje požadavek na přiznání nákladů řízení (zaplaceného správního poplatku a nákladů právního zastoupení) podle § 31 odst. 2 správního řádu. K tomu uvádím, že požadavek je sám o sobě věcně nesprávný. Pokud se v uvedeném ustanovení správního řádu mluví o řízení a nákladech řízení, rozumí se tím správní řízení a náklady správního řízení, tj. především náklady, které vznikly správnímu orgánu. Účastníku řízení může být uloženo, aby nahradil náklady řízení jinému účastníkovi jen tehdy, jestliže vznikly jeho zaviněným jednáním ve správním řízení. V daném případě však k pochybení zadavatele došlo mimo správní řízení, tj. při výběru nejvhodnější nabídky, a proto aplikace ustanovení § 31 odst. 2 správního řádu nepřipadá v úvahu.

Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Nemocnice Blansko, se sídlem Sadová 33, 678 31 Blansko, zast. Ing. Ivanem Kozákem,
2. JUDr. František Severin, se sídlem AK Elišky Máchové 41, 616 00 Brno,
3. JUDr. Petr Novotný, AK Rödl & Partner v. o. s., se sídlem Platněřská 2, 110 00 Praha 1,
4. spis.