

Č. j.: R125/2006/02-03958/2007/310-Hr

V Brně dne 26. února 2007

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 20.10.2006 společností

- **HOSPIMED, spol. s r. o., IČ 00676853, se sídlem Malešická 2251/51, 130 00 Praha 3**, zast. jednatelem MUDr. Jindřichem Řehákem a Ing. Věrou Svobodovou, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 29.8.2006 advokátem JUDr. Ing. Janem Zrzaveckým, Ph. D., se sídlem AK Kocián, Šolc, Balaščík, Jungmanova 24, 110 00 Praha 1

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S234/2006-17033/2006/530-BM ze dne 18.9.2006, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Nemocnice s poliklinikou Havířov, příspěvkové organizace, IČ 00844896, se sídlem Dělnická 1132/24, 736 01 Havířov – město**, zast. ředitelem Ing. Jurajem Chomičem,

učiněných při zadání veřejné zakázky „**Rekonstrukce a modernizace operačních sálů I**“ formou otevřeného řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 3.4.2006 pod ev. č. 50019303 a jehož dalším účastníkem je společnost

- **B. Braun Medical s. r. o., IČ 48586285, se sídlem Cikánkova 1861, 148 00 Praha 4**, zast. jednatelem PharmDr. Jiřím Lukešem a MUDr. Lubomírem Klepáčem,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S234/2006-17033/2006/530-BM ze dne 18.9.2006

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

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

1. Nemocnice s poliklinikou Havířov, příspěvková organizace, IČ 00844896, se sídlem Dělnická 1132/24, 736 01 Havířov – město, zast. ředitelem Ing. Jurajem Chomičem (dále jen „zadavatel“), uveřejnil dne 3.4.2006 na centrální adrese po ev. č. 50019303 oznámení otevřeného řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), za účelem zadání veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace operačních sálů I“. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel celkem 4 nabídky, z nichž po provedeném hodnocení vybrala hodnotící komise jako nejvhodnější nabídku společnosti B. Braun Medical s. r. o., IČ 48586285, se sídlem Cikánkova 1861, 148 00 Praha 4, zast. jednatelem PharmDr. Jiřím Lukešem a MUDr. Lubomírem Klepáčem (dále jen „navrhovatel“), a to jak pro část 1.1 veřejné zakázky „multioborová jednotka intenzivní péče“, tak i pro část 1.2 „novorozenecké a porodní oddělení“.
2. Protože však hodnotící komise při posouzení a hodnocení nabídek porušila dle názoru zadavatele zákon, provedl zadavatel vlastní hodnocení nabídek v dílčích kritériích hodnocení „technické a funkční vlastnosti předmětu veřejné zakázky“ a „servisní podmínky“ a rozhodnutím ze dne 27.6.2006 přidělil část 1.1 veřejné zakázky uchazeči HOSPIMED, spol. s r. o., IČ 00676853, se sídlem Malešická 2251/51, 130 00 Praha 3, zast. jednatelem MUDr. Jindřichem Řehákem a Ing. Věrou Svobodovou, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 29.8.2006 advokátem JUDr. Ing. Janem Zrzaveckým, Ph. D., se sídlem AK Kocián, Šolc, Balašník, Jungmanova 24, 110 00 Praha 1 (dále jen „uchazeč“). Část 1.2 veřejné zakázky přidělil zadavatel navrhovateli. Proti rozhodnutí zadavatele o přidělení části 1.1 veřejné zakázky uchazeči podal navrhovatel námitky a následně dne 3.8.2006 návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Tímto dnem bylo zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad jako účastníky správního řízení označil zadavatele, navrhovatele a uchazeče.

Napadené rozhodnutí Úřadu

3. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 18.9.2006 rozhodnutí č. j. S234/2006-17033/2006/530-BM, kterým konstatoval v části I. výroku, že zadavatel nesplnil svou zákonnou povinnost dle § 65 odst. 2 zákona, jelikož rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky vybranému uchazeči neobsahovalo zdůvodnění odlišného pořadí nabídek oproti pořadí stanovenému hodnotící komisí. Tento úkon však dle Úřadu podstatně neovlivnil pořadí nabídek.
4. Dle části II. výroku napadeného rozhodnutí zadavatel dále nesplnil povinnost stanovenou dle § 61 odst. 5 v návaznosti na § 61 odst. 1 zákona, když nevyloučil ze zadávacího řízení uchazeče, jehož nabídka nesplnila stanovené zadávací podmínky. Uvedené pochybení mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, a proto v části III. výroku rozhodnutí uložil Úřad zadavateli jako opatření k nápravě podle § 101 odst. 1 zákona zrušit rozhodnutí o přidělení předmětné veřejné zakázky v části 1.1 uchazeči.

5. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že dle § 65 odst. 2 zákona musí být součástí rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky rovněž vyhodnocení pořadí nabídek ostatních uchazečů. Jestliže rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky neodpovídá pořadí nabídek podle hodnocení hodnotící komise, musí být součástí rozhodnutí zdůvodnění tohoto postupu. Úřad zjistil, že hodnotící komise provedla v části 1.1 veřejné zakázky hodnocení nabídek podle kritéria č. 2 (technické a funkční vlastnosti předmětu veřejné zakázky) podle v dané době neaktuálního ustanovení § 8 vyhlášky č. 240/2004 Sb., tedy nikoliv na základě jednotlivě přidělených bodů konkrétním položkám dle míry splnění dílčího kritéria ve vztahu k nejhodnější nabídce, ale pouze poměrným způsobem. Zadavatel využil svého zákonného oprávnění a po zjištění uvedeného nedostatku provedl nové hodnocení v kritériu č. 2 v souladu s citovanou vyhláškou, a takto dospěl ke stanovení pořadí nabídek, které se odlišovalo od pořadí sestaveného hodnotící komisí. Při hodnocení nabídek podle kritéria č. 3 (servisní podmínky) a podkritérií roční paušální servis, hodinová sazba a nástup na servisní zásah, vycházela hodnotící komise z číselných hodnot, které nemají oporu v jednotlivých nabídkách uchazečů. Zadavatel ve vlastním hodnocení výše uvedeného kritéria uvedl hodnoty vyplývající z jednotlivých nabídek a tyto se následně staly podkladem pro umístění jednotlivých nabídek do pořadí v daném kritériu, které bylo odlišné od pořadí sestaveného hodnotící komisí. Postupem hodnotící komise tak nedošlo k naplnění zásady transparentnosti. Zadavatel následně rozhodl odlišně od závěrů komise, avšak na její závěry se v rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky odvolává. Zadavatel tedy nesplnil svou povinnost dle § 65 odst. 2 zákona, když nezdůvodnil rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky uchazeči, avšak tento úkon zadavatele nemohl podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť zadavatel postupoval při novém hodnocení v souladu se zákonem a prováděcím předpisem, a proto konstatované pochybení zadavatele nemohlo nic změnit na výsledku zadávacího řízení.
6. Úřad dále porovnal nabídku uchazeče se zadávací dokumentací a konstatoval, že návrh kupní smlouvy předložený uchazečem neodpovídá zadávacím podmínkám, a to konkrétně v článku 4 bod 4.2., článku 5 bod 5.1. odst. 5.1.1, článku 5 bod 5.1. odst. 5.1.3, článku 7.4. bod 7.4.1 a článku 10 bod 10.2 odst. 10.2.1. V návrhu kupní smlouvy předložené uchazečem pak zcela chybí ustanovení o pojištění zařízení a ustanovení o vyšší moci, uvedené v čl. 16 a 17 návrhu kupní smlouvy zadavatele. Úřad konstatuje, že dle § 61 odst. 1 zákona hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek a nabídka, která tyto podmínky nesplňuje, musí být vyřazena. Tuto svou povinnost hodnotící komise nesplnila. Podle § 61 odst. 5 zákona pak zadavatel bezodkladně vyloučí příslušného uchazeče ze zadávacího řízení. Zadavatel, který je povinen zabezpečit zákonnost postupu při zadávání veřejné zakázky, tuto povinnost v případě uchazeče rovněž nesplnil. Nezákonný postup hodnotící komise při posuzování nabídek tak měl vliv na stanovení pořadí nabídek a tedy na přidělení zakázky, a proto Úřad uložil zadavateli zrušit rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky uchazeči, přičemž pro dokončení zadávání veřejné zakázky bude nutné provést nové posouzení a hodnocení nabídek.

II. Námitky rozkladu

7. Proti rozhodnutí Úřadu podal uchazeč dne 20.10.2006 rozklad. Konstatuje v něm, že Úřad vytýká zadavateli ve výroku napadeného rozhodnutí porušení ustanovení § 65 odst. 5 zákona, které však není v zákoně obsaženo. Z odůvodnění tohoto rozhodnutí však lze dle názoru uchazeče dovodit, že se má jednat o § 61 odst. 1 zákona.

8. Uchazeč dále uvádí, že do pravomoci hodnotící komise, případně zadavatele, spadá nejen posouzení, zda je nabídka jasná či nejasná (a v návaznosti na to i případné vyžádání si písemného vysvětlení dle § 61 odst. 4 zákona), ale i posouzení toho, zda případné odchylky či nejasnosti v nabídce jsou takového charakteru, aby odůvodňovaly vyřazení nabídky a následné vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení. To, že zadavatel jakožto osoba detailně seznámená s požadavky uvedenými v zadávacích podmínkách v šetřeném případě uchazeče nevyloučil, ani si nevyžádal vysvětlení týkající se nabídky tohoto uchazeče, lze dle názoru uchazeče interpretovat pouze takovým způsobem, že zadavatel neshledal v nabídce nejasnosti či rozpory takové intenzity, aby odůvodňovaly vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení či nutnost podání vysvětlení. Pokud tedy zadavatel posoudil smluvní podmínky navržené uchazečem jako smluvní podmínky požadované zadavatelem, tak Úřadu nepřísluší suplovat rozhodovací činnost zadavatele, a to ani nepřímo. V této souvislosti odkazuje uchazeč rovněž na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2A 1/99, podle kterého vlastní akt posouzení a hodnocení nabídek nemůže podléhat dohledové činnosti Úřadu.
9. Uchazeč dále uvádí, že pokud by Úřad dovodil porušení zákona zadavatelem z pouhé existence drobných odchylek nabídky od požadavků v zadávací dokumentaci, pak by musel prokázat jejich skutečný dopad na stanovení pořadí nabídek. Protože se Úřad nezabýval analýzou těchto dopadů, je napadené rozhodnutí dle názoru uchazeče nepřezkoumatelné. Dle názoru uchazeče jsou v napadeném rozhodnutí vyjmenované rozdíly v návrzích smluv buď zcela uměle vykonstruované, a nebo nemohou mít vliv na stanovení pořadí nabídek. Následně se uchazeč vyjadřuje ke všem zjištěným odchylkám jím předloženého návrhu smlouvy.
10. V článku 4 bod 4.2. návrhu smlouvy uchazeč stanoví, že „termínem dodání se rozumí den, kdy je kompletní zařízení dodáno na místo určení“. Zadavatel požadoval formulaci „...na místo určení nebo do skladu Kupujícího“. Uchazeč tuto formulaci dává do souvislosti s čl. V části A odst. 3 zadávací dokumentace, podle kterého je místem plnění sídlo zadavatele, a tedy dle názoru uchazeče nelze plnit nikde jinde. Uchazeč proto stanovil místo určení dle dopravní dispozice a tou je sídlo zadavatele, přičemž tento formální rozdíl nelze považovat za materiální rozpor mezi návrhem smlouvy uchazeče se zadávací dokumentací.
11. V článku 5 bod 5.1. odst. 5.1.1. návrhu smlouvy uchazeče je uveden termín předání staveniště „...nejpozději 14 dní po podpisu této smlouvy“, zatímco zadavatel požadoval „nejpozději 5 dní před termínem dodání zařízení sjednaného dle smlouvy“. Uchazeč uvádí, že touto změnou chtěl termín předání vázat na skutečnost, která nastane před tímto předáním, aby se tak jednalo o přesně stanovenou a jednoznačně určitelnou dobu, a to i s přihlédnutím k tomu, že termín dodání zařízení byl v návrhu sjednán jako kterýkoli den po 1.6.2006. Úřad rovněž dle názoru uchazeče neprokázal, že lhůta 14 dní po podpisu této smlouvy fakticky neodpovídá lhůtě 5 dní před termínem dodání. Výše uvedenou změnu nelze hodnotit jako natolik závažný rozpor se zadávacími podmínkami, aby odůvodňoval vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení.
12. V článku 5 bod 5.1. odst. 5.1.3. svého návrhu smlouvy uchazeč doplnil k zadavatelem požadované formulaci „podmínky stavební připravenosti definuje prodávající ve smlouvě“ slova „...při jejím podpisu“. Uchazeč dovozuje, že pokud si tyto podmínky stavební připravenosti neurčil v návrhu smlouvy, nepochybně tím neporušil zadávací

podmínky, ale pouze nevyužil práv, která vůči zadavateli mohl mít. Formulace „při jejím podpisu“ je pak dle jeho názoru zcela irelevantní.

13. V článku 7 odst. 7.4.1. návrhu smlouvy uchazeč v demonstrativním výčtu dokladů, které je prodávající povinen připravit a doložit u předávajícího a přejímajícího řízení, uvedl, že návody k obsluze zařízení v českém jazyce předloží ve 2 kusech od každého zařízení, ačkoliv zadavatel požadoval, aby tento návod byl předložen 1x v tištěné formě a 1x na CD nosiči. Záruční list a declaration of conformity, které zadavatel rovněž požadoval, pak v tomto demonstrativním výčtu u uchazeče zcela chybí. Uchazeč v této souvislosti poukazuje na čl. 1 odst. 1.1.1. návrhu smlouvy, ze kterého vyplývá jeho povinnost předložit zadavateli záruční list a veškeré doklady přípustnosti použití zařízení při poskytování zdravotnické péče, čímž je dle názoru uchazeče třeba rozumět právě požadovanou declaration of conformity. Požadavek zadavatele je tedy dle názoru uchazeče reflektován v jiném ustanovení návrhu smlouvy, přičemž uchazeč odkazuje i na současnou platnost a závaznost obchodních podmínek zadavatele.
14. V článku 10 bod 10.2. odst. 10.2.1. návrhu smlouvy uchazeč stanovil dobu pozáručního servisu osmiletou, ačkoliv zadavatel požadoval dobu desetiletou. Uvádí k tomu, že se jedná o chybu v psaní, přičemž poukazuje na závaznost zadávací dokumentace i obchodních podmínek, které podepsal a přiložil k nabídce a se kterými je jím uvedená délka pozáručního servisu 8 let ve zjevném rozporu.
15. K absenci ustanovení o pojištění zařízení a ustanovení o vyšší moci pak uchazeč uvádí, že na tyto „nedostatky“ lze aplikovat závěr o závaznosti obchodních podmínek, které tvoří součást smlouvy, a tedy jsou závazné i pro něj, ačkoliv výslovná úprava v návrhu smlouvy chybí.
16. Zadavatel shrnuje, že pokud lze vůbec identifikovat nějaké odchylky návrhu smlouvy uchazeče od zadávacích podmínek, pak se nejedná o odchylky natolik závažné, aby odůvodňovaly vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení. Uchazeč dále uvádí, že vytýkané odchylky návrhu kupní smlouvy nemohly mít dopad na hodnoty, které byly předmětem kritérií hodnocení, a proto nemohly ovlivnit ani pořadí jednotlivých uchazečů. Navíc tyto odchylky bylo možno upravit postupem v souladu se zákonem. V této souvislosti uchazeč dovozuje, že zadavatel není vázán návrhem uchazeče, proto jej může vyzvat k uzavření smlouvy ve znění uvedeném v zadávací dokumentaci, případně zjevná pochybení v návrhu smlouvy opravit, pokud tím nedojde k významné změně smluvních podmínek uvedených v zadávací dokumentaci. Úřad měl dle názoru uchazeče vyčkat, zda mezi zadavatelem a uchazečem bude uzavřena smlouva v souladu se zadávacími podmínkami, případně mohl uložit takové opatření k nápravě, kterým by uložil zadavateli uzavřít s uchazečem smlouvu ve znění odpovídajícím zadávacím podmínkám. Postup Úřadu tak dle názoru uchazeče nešetří práv účastníků zadávacího řízení. Uchazeč proto požaduje, aby předseda Úřadu zrušil výroky II. a III. napadeného rozhodnutí, nebo aby je změnil a rozhodl, že zadavatel neporušil ustanovení zákona a výsledek zadávacího řízení je tudíž platný.

III. Řízení o rozkladu

17. K podanému rozkladu se dne 31.10.2006 vyjádřil navrhovatel, přičemž uvedl, že nadále trvá na zjištěném porušení § 65 odst. 1 a 2 zákona ze strany zadavatele. S argumentací uchazeče se nemůže ztotožnit, když zároveň poukazuje na to, že tento navíc ve svém

rozkladu nevysvětluje všechny rozdíly v předložené smlouvě a smlouvě požadované zadavatelem. Navrhovatel dále poukazuje na některá další porušení zákona zadavatelem.

18. 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.
19. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. S234/2006-17033/2006/530-BM ze dne 18.9.2006 uložil zadavateli na základě zjištěných porušení zákona jako nápravné opatření zrušit rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky v její části 1.1, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s argumentací napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

K možnosti odchýlit se v nabídce od zadávacích podmínek

20. Uchazeč ve svém rozkladu namítá, že je plně v kompetenci zadavatele posoudit, zda nejasnosti a rozpory v nabídce konkrétního uchazeče jsou takové intenzity, že odůvodňují vyloučení tohoto uchazeče ze zadávacího řízení. Toto hodnocení nabídek pak dle názoru uchazeče nespádá pod dohledovou činnost zadavatele, neboť se jedná o „myšlenkový proces odehrávající se ve sféře vědomí hodnotitelů“, jak judikoval Vrchní soud v Olomouci v uchazečem odkazovaném rozsudku.
21. K argumentaci uchazeče uvádím, že zadávací podmínky jsou v zákoně koncipovány jako suma veškerých požadavků zadavatele, které jsou pro uchazeče o veřejnou zakázku závazné a tyto je tedy musí ve svých nabídkách beze zbytku splnit, pokud se chtějí řádně zúčastnit zadávacího řízení. Nelze připustit výklad, který podává uchazeč, že tyto podmínky lze splnit pouze částečně, či do určité míry, respektive že se od těchto podmínek mohou uchazeči odchýlit a úkolem zadavatele je pak posuzovat, zda-li je tato odchylka natolik „intenzivní“, že se již jedná o nesplnění zadávacích podmínek (a tedy důvod pro vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení), a nebo zda předmětná odchylka takové „intenzity“ ještě nedosáhla.
22. Výše uvedené jednoznačně vyplývá ze samotné definice zadávacích podmínek dle § 17 písm. a) zákona, podle které jsou zadávacími podmínkami veškeré požadavky zadavatele, obsažené v oznámení zadávacího řízení, případně dále upřesněné v zadávací dokumentaci, které musí být uchazečem v nabídce splněny. Ve stejném smyslu definuje § 17 odst. c) zákona i vhodnou nabídku, kterou je pouze nabídka podaná uchazečem splňujícím kvalifikaci, která splňuje zadávací podmínky stanovené zadavatelem pro obsah nabídky. V obou případech hovoří zákon o „splnění podmínek“, tedy nikoliv o jejich částečném splnění, či o možnosti se od jejich splnění do určité míry (v určité „intenzitě“) odchýlit.
23. Stejně tak i v § 61 odst. 1 zákona je jednoznačně stanoveno, že hodnotící komise posoudí nabídky z hlediska splnění zadávacích podmínek, přičemž bez dalšího musí být vyřazeny takové nabídky, které zadávací podmínky nesplňují. Zákonodárce zde nepřipouští volnou úvahu zadavatele nad tím, jakým způsobem a v jaké intenzitě nabídka odpovídá zadávacím podmínkám, a tedy je splňuje, ale připouští pouze možnosti „splňuje“ a „nesplňuje“, přičemž skutečnost „splnění“ je objektivní a vyplývá

z úplnosti obsahu nabídky a údajů tam uvedených. Jako objektivní skutečnost je možno otázku splnění zadávacích podmínek podřídit dohledové činnosti Úřadu, neboť zde nedochází k žádnému procesu subjektivního posuzování ze strany hodnotitelů. Je tedy zřejmé, že v šetřeném případě nelze aplikovat uchazečem odkazovaný právní názor Vrchního soudu v Olomouci, neboť tento se týkal procesu hodnocení kvality nabídek a výběru nejvhodnější nabídky, nikoliv splnění zadávacích podmínek.

24. Výše uvedená bezvýhradná vázanost uchazečů zněním zadávacích podmínek je v šetřeném případě navíc akcentována i v bodě VII odst. 1 zadávací dokumentace, podle kterého „dodavatel je povinen ve své nabídce akceptovat obchodní podmínky zadavatele (§ 273 odst. 1 Obchodního zákoníku v platném znění) a ostatní podmínky uvedené v přílohách této zadávací dokumentace.“ Uchazeč tedy tím, že při formulování návrhu smlouvy vědomě upravil podmínky této smlouvy v rozporu s požadavky zadavatele (jak bude uvedeno dále), nepodal nabídku v souladu se zadávací dokumentací a zadavatel byl povinen jej z dalšího zadávacího řízení vyloučit.

Obecně k nedostatkům návrhu smlouvy

25. Uchazeč se v rozkladu snaží výkladem některých ustanovení jím předložené nabídky dovést, že požadavky zadavatele byly po materiální stránce bezezbytku naplněny i v těch případech, kdy se formulace konkrétních ustanovení návrhu smlouvy od požadavků zadavatele lišila. K tomu pouze uvádím, že uchazeč je povinen ve své nabídce splňovat zadávací podmínky i po stránce formální, a to především tam, kde je konkrétní forma předpokládána.
26. Uchazeč relativizuje nedostatky a odchylky jím předloženého návrhu smlouvy rovněž poukazem na obchodní podmínky zadavatele, které tvoří součást smlouvy a se kterými se uchazeč svým podpisem ztotožnil, čímž splnil zadávací podmínky i ve vztahu k těm ustanovením smlouvy, která formuloval odlišně. K tomu pouze uvádím, že dle § 273 odst. 2 obchodního zákoníku mají odchýlná ujednání ve smlouvě přednost před zněním obchodních podmínek. Proto v případě, že by zadavatel akceptoval uchazečem předložený návrh smlouvy, řídil by se jejich právní vztah právě těmito ustanoveními smlouvy, které jsou odchýlné od zadávacích podmínek, a nikoliv obchodními podmínkami, jak uchazeč nesprávně uvádí v rozkladu.
27. Uchazeč také namítá, že odchylky jím předloženého návrhu smlouvy se netýkaly skutečností, které byly předmětem hodnocení, a tedy nemohly hodnocení ovlivnit. Úřad se dle názoru uchazeče dopadem těchto odchylek na hodnocení nabídek nezabýval, a proto je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné. K tomu uvádím, že uchazeč předložil nabídku, která se v návrhu smlouvy odchylovala od požadavků zadavatele, a tedy měla být vyřazena pro nesplnění zadávacích podmínek a uchazeč měl být vyloučen z další účasti v soutěži. Toto zadavatel neučinil a nabídku uchazeče dále hodnotil. Nedostatky nabídky uchazeče tak měly přímý a podstatný vliv na stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť zadavatel hodnotil nabídku, která vůbec hodnocena být neměla, a dokonce tuto nabídku vybral jako nejvhodnější. Argumentace uchazeče je proto v tomto smyslu bezpředmětná. Napadené rozhodnutí se uvedeným dopadem nedostatků nabídky uchazeče na stanovení pořadí úspěšnosti nabídek zabývá na straně 11 první odstavce, a proto rovněž námitka nepřezkoumatelnosti rozhodnutí je v tomto smyslu bezdůvodná.

28. Uchazeč dále uvádí, že nedostatky jeho nabídky bylo možno opravit přeformulováním návrhu smlouvy před jejím podpisem. K tomu pouze uvádím, že dle § 53 odst. 4 zákona je uchazeč svou nabídkou vázán, a tedy ji nemůže po jejím podání žádným způsobem měnit. Není proto možné, aby ji jakkoliv upravoval či opravoval její faktické chyby a nedostatky, a to ani na případný popud a se souhlasem zadavatele. Pokud bychom připustili, že uchazeč, kterému byla veřejná zakázka přidělena, je před podpisem smlouvy oprávněn svou nabídku upravovat, byl by tak nepřipustně zvýhodněn oproti ostatním uchazečům o veřejnou zakázku, kteří své nabídky podali řádně a v termínu pro podání nabídek a více již do nich nemohou a nemohli žádným způsobem zasahovat. Takový postup by byl jednoznačně v rozporu se zásadou zákazu diskriminace dle § 25 odst. 1 zákona.
29. Rovněž je potřeba zdůraznit, že ke změně nabídky nemůže dojít ani při využití institutu vysvětlení nabídky dle § 61 odst. 4 zákona, neboť tímto způsobem lze pouze objasnit skutečnosti v nabídce uvedené a nikoliv korigovat skutečnosti, které se v nabídce vůbec nevyskytují, a nebo vyskytují v jiné než požadované podobě.

Konkrétně k některým nedostatkům návrhu smlouvy

30. Uchazeč v návrhu smlouvy změnil termín předání staveniště zadavatelem „nejpozději 5 dní před termínem dodání zařízení sjednaného dle smlouvy“ na „nejpozději 14 dní po podpisu této smlouvy“. V rozkladu uchazeč uznává, že zadávací podmínky v tomto bodě úmyslně změnil, uvádí důvody, které jej k tomu vedly, a dále argumentuje tím, že oba takto formulované termíny se fakticky mohou shodovat.
31. K tomu uvádím, že uchazečem formulovaný termín předání staveniště lze vykládat v neprospěch zadavatele, neboť jej mohl zavazovat k dřívějšímu plnění. Vzhledem ke skutečnosti, že plnění z uzavřené smlouvy bylo dle oznámení zadávacího řízení na centrální adrese předpokládáno v termínu od 1.6.2006 do 15.8.2006, pak předání staveniště do 14 dnů po podpisu smlouvy (teoretické datum do 15.6.2006) oproti 5 dnům před termínem dodání (teoretické datum 10.8.2006) mohlo reálně zkrátit lhůtu pro poskytnutí plnění ze strany zadavatele téměř o dva měsíce. Uchazečem v nabídce navržené smluvní podmínky tedy nejenže neodpovídaly požadavkům zadavatele, ale ve svém důsledku mohly představovat horší smluvní pozici zadavatele. Jedná se proto o zjevné porušení zadávacích podmínek, které samo o sobě zakládá důvod pro vyloučení uchazeče z účasti na zadávacím řízení.
32. Uchazeč si dále v návrhu smlouvy vyhradil, že podmínky stavební připravenosti může definovat při podpisu smlouvy. Ve svém rozkladu pak tuto svou formulaci označuje jako irelevantní. S názorem uchazeče nelze souhlasit. Uchazeč zvolenou formulací posunul své oprávnění požadovat po zadavateli splnění zvláštních podmínek stavební připravenosti z okamžiku před podáním nabídky, kdy se tyto požadavky měly objevit v návrhu smlouvy, až do okamžiku podpisu smlouvy, tedy do okamžiku po provedeném zadávacím řízení. Taková možnost dodatečných změn či doplnění nabídnutých smluvních podmínek opět nese znaky porušení zásady zákazu diskriminace dle § 61 odst. 4 zákona, jak již bylo uvedeno výše. Současně svědčí tato skutečnost v neprospěch zadavatele, neboť ten by se akceptací nabídky uchazeče zavázal rovněž akceptovat podmínky stavební připravenosti, které mu při posuzování a hodnocení nabídek nebyly známy a které má právo v budoucnu jednostranně definovat uchazeč, aniž by byla v návrhu smlouvy výslovně zakotvena možnost o těchto podmínkách jednat.

33. Pokud uchazeč v rozkladu dovozuje, že formulace „při podpisu smlouvy“ se stala irelevantní jenom proto, že uchazeč žádné podmínky stavební připravenosti neuvedl v nabídce, pak je takový výklad zcela v rozporu textem návrhu smlouvy, neboť pokud si uchazeč vymínil stanovit podmínky stavební připravenosti až při podpisu smlouvy, je logické, že je nespecifikoval již předem ve své nabídce. Uzavírám tedy, že i tento nedostatek návrhu smlouvy představuje podstatnou odchylku od zadávacích podmínek, na základě které měl zadavatel uchazeče vyloučit z další účasti v soutěži.
34. Zadavatel požadoval, aby se uchazeči v návrhu smlouvy zavázali dodat návody k obsluze zařízení v českém jazyce 1x v tištěné formě a 1x na CD nosiči. Uchazeč však ve své nabídce pouze uvedl, že dodá 2x těchto návodů, aniž by specifikoval v jaké formě. Pokud by došlo k podpisu tohoto návrhu smlouvy, uchazeč by neměl právní povinnost dodat návody v zadavatelem požadované formě. Také u této odchylky se tedy jedná o zjevné nesplnění zadávacích podmínek.
35. Uchazeč konečně v návrhu smlouvy vymezil délku pozáručního servisu odlišně od požadavku zadavatele, a to na osm a nikoliv na deset let, přičemž v rozkladu uvádí, že je třeba na tuto chybu nahlížet jako na chybu v psaní. K tomu uvádím, že se nemůže jednat o zjevnou početní chybu ve smyslu § 61 odst. 4 zákona, ke které by zadavatel, respektive hodnotící komise mohli nepřihlížet, neboť její „závadnost“ (tedy to, že neodpovídá zadavatelem reálně zamýšlené nabídce) nebylo možno z dalšího obsahu nabídky žádným způsobem zjistit. Odkaz na odlišně formulované obchodní podmínky je v této souvislosti bezpředmětný s přihlédnutím k přednostnímu užití ustanovení smlouvy ve smyslu § 273 odst. 2 obchodního zákoníku.
36. V této souvislosti není důvod nevěřit tvrzení rozkladu, že se jednalo o písařskou chybu na straně uchazeče. Ani tato skutečnost ale nezbavuje uchazeče odpovědnosti za správnost nabídky a údajů tam uvedených, a tedy veškeré nepříznivé důsledky z takového případného pochybení jdou k jeho tíži. I v tomto případě se tedy jedná o nesplnění zadávacích podmínek a důvod pro vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení.

Oprava zjevných nesprávností v písemném vyhotovení rozhodnutí

37. Úřad v napadeném rozhodnutí v části II. výroku o nesplnění zákonné povinnosti nesprávně uvedl § 65 odst. 5 zákona, který se však v uvedené právní úpravě nevyskytuje. Z textu odůvodnění napadeného rozhodnutí je pak zřejmé, že správně mělo být citováno porušení povinnosti uložené v ustanovení § 61 odst. 5 zákona. Úřad proto v souladu s ustanovením § 70 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., tuto zjevnou nesprávnost písemného vyhotovení rozhodnutí opravil rozhodnutím č. j. S234/2006-03628/2007/530-BM ze dne 21.2.2007 a napadené rozhodnutí ve znění této opravy jsem potvrdil.

V. Závěr

38. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

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

P o u ě n í

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

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

Obdrží:

1. Nemocnice s poliklinikou Havířov, příspěvková organizace, se sídlem Dělnická 1132/24, 736 01 Havířov – město, zast. Ing. Jurajem Chomičem
2. JUDr. Ing. Jan Zrzavecký, Ph. D., AK Kocián, Šolc, Balaštík, se sídlem Jungmanova 24, 110 00 Praha 1
3. B. Braun Medical s. r. o., se sídlem Cikánkova 1861, 148 00 Praha 4, zast. PharmDr. Jiřím Lukešem
4. spis

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce