

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 7.11.2008

Č. j.: R141,144/2008/02-22149/2008/310-AS

V Brně dne 3. listopadu 2008

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 21. 7. 2008

- **Fakultní nemocnici Hradec Králové, IČ 00179906, se sídlem Sokolská tř. 581, 500 05 Hradec Králové, zast. Doc. MUDr. Leošem Hegerem, CSc., ředitelem nemocnice**

a o rozkladu doručeném dne 18. 7. 2008 obchodní společností

- **TRIOS, spol. s r. o., IČ 44269471, se sídlem Zakouřilova 142, 140 00 Praha 4, jednající Milanem Tomáškem, jednatelem společnosti, ve správním řízení zastoupená Mgr. Markem Gocmanem, advokátem, advokátní kancelář Jünger, Gocman a Kopřiva, se sídlem 28. října 219/438, 709 00 Ostrava**

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1. 7. 2008, č. j. S058/2008/VZ-10046/2008/530/BM,

které bylo Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže vydáno ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Fakultní nemocnice Hradec Králové, IČ 00179906, se sídlem Sokolská tř. 581, 500 05 Hradec Králové, zast. Doc. MUDr. Leošem Hegerem, CSc., ředitelem nemocnice,**

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Dodávky hotových médií pro růst mikroorganismů**“, zadávané v otevřeném řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému o

veřejných zakázkách uveřejněno dne 12. 10. 2007 pod ev. č. 60011839 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 10. 2007 pod ev. č. 2007/S198-240317, jehož dalším účastníkem je

- navrhovatel – **LabMediaServis s. r. o., IČ 27512380, se sídlem Huntířov 92, 544 01 Vítězná**, jednající jednatelem MVDr. Tomášem Krejčím, a Ing. Luděkem Paprskárem, ve správním řízení zastoupená Mgr. Vítem Biolkem, advokátem, advokátní kancelář Wildt & Biolk, se sídlem Ulrychovo nám. 762, 500 02 Hradec Králové,

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, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1. 7. 2008, č. j. S058/2008/VZ-10046/2008/530/BM,

p o t v r z u j i

a podané rozklady

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

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

1. Fakultní nemocnice Hradec Králové, IČ 00179906, se sídlem Sokolská tř. 581, 500 05 Hradec Králové, zast. Doc. MUDr. Leošem Hegerem, CSc., ředitelem nemocnice, (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), v informačním systému veřejných zakázek dne 12. 10. 2007 pod ev. č. 60011839 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 10. 2007 pod ev. č. 2007/S198-240317 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Dodávky hotových médií pro růst mikroorganismů“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), obdržel návrh společnosti LabMediaServis s. r. o., IČ 27512380, se sídlem Huntířov 92, 544 01 Vítězná, jednající jednatelem MVDr. Tomášem Krejčím, a Ing. Luděkem Paprskárem, ve správním řízení zastoupená Mgr. Vítem Biolkem, advokátem, advokátní kancelář Wildt & Biolk, se sídlem Ulrychovo nám. 762, 500 02 Hradec Králové (dále jen „navrhovatel“), na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
3. V návrhu navrhovatel uvedl, že zadavatel dle jeho názoru porušil zákon, když stanovil kvalifikační kritéria nejednoznačně a nevymezil jejich minimální úroveň. V případě technického kvalifikačního kritéria zadavatel požadoval doložení seznamu významných dodávek za poslední 3 roky, které měly být obdobného charakteru a rozsahu jako je předmět veřejné zakázky. Jelikož předpokládaná hodnota veřejné

zakázky činí cca 14 milionů Kč za 4 roky, pak lze vyložit požadavek zadavatele dvojnásobně – buď uchazeč splní kvalifikaci realizovanou veřejnou zakázkou ve výši cca 3 miliony Kč v daném roce, nebo jednou veřejnou zakázkou za 14 milionů Kč. Pokud navrhovatel doložil dodávku ve výši 2 milionů Kč, požadovaný obdobný rozsah s ohledem na skutečnost, že zadavatel požadoval plnění ve výši cca 3 miliony Kč za rok, splnil. Zadavatel tedy nebyl oprávněn vyloučit navrhovatele pro nesplnění daného kvalifikačního kritéria.

4. V případě dalšího důvodu vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení pro nedoložení příslušného živnostenského oprávnění pro výrobu in vitro diagnostik, dle názoru navrhovatele zadavatel rovněž pochybil, jelikož výroba in vitro diagnostik není živností, a proto nemohl být živnostenský list doložen.
5. Rovněž vyloučení navrhovatele pro nedoložení čestného prohlášení o opatření dodávaného zboží CE značkou je nezákonné, neboť z příslušných právních předpisů vyplývá, že prohlášení o shodě automaticky zahrnuje povinnost výrobce označit své výrobky CE značkou, přičemž fyzické označování výrobků CE značkou může nastat až po jejich výrobě. Z toho důvodu požadavek zadavatele na doložení čestného prohlášení, že je zboží označeno CE značkou, ve chvíli, kdy tyto výrobky ještě nejsou vyrobeny, je nesprávný.
6. Netransparentně byl dle navrhovatele vymezen i požadavek zadavatele na prokázání možnosti zajištění přepravních teplot technickými prostředky včetně uvedení popisu daného technického prostředku. Pokud navrhovatel doložil čestné prohlášení o zajištění zadavatelem požadovaných teplot, včetně konkretizace technického prostředku, kterým je dodávka s chladicí a mrazicí vestavbou, splnil kvalifikační kritérium a neměl být vylučován ze zadávacího řízení.
7. Posledním důvodem vyloučení navrhovatele bylo nesprávné uvedení názvu návrhu smlouvy, která oproti zadávacím podmínkám (vyžadujícím rámcovou kupní smlouvu) nesla název „kupní smlouva“, což dle navrhovatele nemá vliv na obsah této smlouvy, který se shoduje se zadávacími podmínkami.

II. Napadené rozhodnutí

8. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 1. 7. 2008 rozhodnutí č. j. S058/2008/VZ-10046/2008/530/BM, kterým rozhodl:

ve výroku I., že zadavatel nedodržel postup stanovený v:

- ustanovení § 60 odst. 1 ZVZ tím, že ze zadávacího řízení vyloučil uchazeče LabMediaServis s. r. o. a uchazeče HOSPIMED, spol. s r. o., pro neplnění kvalifikačních předpokladů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy;

- ustanovení § 60 odst. 1 ZVZ tím, že vyloučil společnost LabMediaServis s. r. o. ze zadávacího řízení, která splnila kvalifikační kritérium požadované zadavatelem, spočívající v prokázání profesní a technické způsobilosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy;

- ustanovení § 76 odst. 6 ZVZ tím, že vyloučil společnost LabMediaServis s. r. o. ze zadávacího řízení z důvodu nesplnění zadávacích podmínek v předloženém návrhu kupní smlouvy, aniž by odůvodnil skutečnosti vedoucí k jeho vyloučení. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. **Jako opatření k nápravě Úřad podle § 118 ZVZ zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazečů LabMediaServis s. r. o. a uchazeče HOSPIMED, spol. s r. o. ze zadávacího řízení.**

ve výroku II., že se zadavateli ukládá podle § 119 odst. 2 ZVZ v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhl. č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely ZVZ **uhradit náklady řízení ve výši 30.000,- Kč.** Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí na účet Úřadu.

9. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že vzhledem k tomu, že zadavatel nevymezil požadovanou minimální úroveň technického kvalifikačního kritéria, pak není možné tvrdit, že navrhovatel uvedenou kvalifikaci nesplnil, jelikož posouzení pojmu „obdobný charakter a rozsah“ je založeno pouze na subjektivní úvaze zadavatele, přičemž co bude považováno za „obdobný charakter a rozsah“ v dokumentaci o zadávání veřejné zakázky zadavatel nijak nespécifikoval.
10. Úřad dále v odůvodnění dovedl, že zadavatel je oprávněn požadovat po uchazečích popis technického vybavení za předpokladu, že vymezí, které údaje technického vybavení jsou pro něj směrodatné. Vzhledem k tomu, že technický popis prostředku zadavatel v rámci technického kvalifikačního kritéria blíže nespécifikoval, pak nepřesnost či neurčitost stanoveného kvalifikačního požadavku nemůže jít k tíži navrhovatele.
11. K profesnímu kvalifikačnímu předpokladu v podobě živnostenského oprávnění Úřad dovedl, že navrhovatel předložením živnostenského oprávnění na „Velkoobchod“ v oblasti zdravotnických prostředků a „Specializovaný maloobchod a maloobchod se smíšeným zbožím“ se širokým sortimentem zboží doložil, že má živnostenská oprávnění v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky.
12. K prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu v podobě čestného prohlášení o označení zboží CE značkou dovedl Úřad, že tato povinnost vychází přímo z nařízení vlády č. 453/2004 Sb., na které proto správně navrhovatel v prohlášení o shodě k jednotlivým výrobkům odkazoval.
13. Konečně k doložení návrhu kupní smlouvy dovedl Úřad, že návrh smlouvy obsažený v nabídce je nutné posuzovat z hlediska jeho obsahu, nikoliv jen názvu. Obsahem pak kupní smlouva předložená navrhovatelem vyhovuje požadavku zadávacích podmínek na předložení návrhu rámcové kupní smlouvy, který musí respektovat smluvní podmínky uvedené v zadávací dokumentaci.

III. Námitky rozkladu

14. Úřad obdržel od vybraného uchazeče TRIOS, spol. s r. o., IČ 44269471, se sídlem Zakouřilova 142, 140 00 Praha 4, jednající Milanem Tomáškem, jednatelem společnosti, ve správním řízení zastoupená Mgr. Markem Gocmanem, advokátem,

advokátní kancelář Jünger, Gocman a Kopřiva, se sídlem 28. října 219/438, 709 00 Ostrava (dále jen „vybraný uchazeč“) dne 18. 7. 2008 rozklad, jímž napadá rozhodnutí Úřadu v celém jeho rozsahu.

15. Úřad dále dne 21. 7. 2008 obdržel rozklad i od zadavatele, který rovněž napadl rozhodnutí Úřadu v celém jeho rozsahu.
16. **Vybraný uchazeč v rozkladu namítá**, že v rámci technických kvalifikačních předpokladů prověřuje zadavatel, zda dodavatel bude mít dostatečné technické vybavení, zkušenosti, personální zabezpečení atd. Navrhovatel dokumenty, které předložil v rámci své nabídky, podle vybraného uchazeče neprokázal, co vlastně dodává třetím osobám, a zda se jeho dodávky alespoň částečně kryjí se zbožím požadovaným zadavatelem v rámci veřejné zakázky. Třetí osoba O. K. SERVIS BioPro, s. r. o., které měl navrhovatel dodávat, není podle vybraného uchazeče odborným pracovištěm jako zadavatel. Pokud předložil navrhovatel pouze kopii kupní smlouvy s nemocnicí Na Bulovce, pak podle vybraného uchazeče porušil obecně platnou zásadu předkládat dokumenty v originále nebo ověřené fotokopii. Dále vybraný uchazeč namítá, že nebyly Úřadem provedeny jeho návrhy na dotaz na Chrudimskou nemocnici a Litomyšlskou nemocnici, zda jim navrhovatel nějaké zboží dodává. Konečně vybraný uchazeč namítá, že prohlášení o shodě není průkazem toho, že zboží je označované CE značkou. Odkazuje v této souvislosti na nařízení vlády č. 453/2004 Sb., konkrétně na jeho § 5, který vyžaduje splnění všech čtyř tam uvedených podmínek před tím, než výrobce uvede in vitro diagnostika na trh. Konečně vybraný uchazeč namítá, že se Úřad v rámci svého rozhodnutí vůbec nevyjádřil k tomu, proč má být opětovně hodnocena i nabídka společnosti HOSPIMED, spol. s r. o.
17. **Zadavatel v rozkladu namítá**, že vymezil požadavek na prokázání splnění kvalifikace dostatečným způsobem v souladu se zákonem, konkrétně § 56 odst. 1 písm. a) a odst. 7 ZVZ. Zadavatel tvrdí, že minimální úroveň kvalifikačního předpokladu – „**obdobný charakter a rozsah jako zadavatel požaduje v předmětné zakázce**“ - uvedl v zadávacích podmínkách dostatečně a upřesnil jej i v přílohách 1 a 2 zadávací dokumentace. Pokud předložil navrhovatel kopii kupní smlouvy s Fakultní nemocnicí Na Bulovce, pak podle zadavatele z ní nevyplývá, zda a jaké druhy hotových médií a v jakém rozsahu navrhovatel do nemocnice dodává. Podle zadavatele měl navrhovatel nahradit požadovanou přílohu seznamu odběratelů formou čestného prohlášení a ne kopií kupní smlouvy.
18. **Druhá námitka zadavatele** směřuje k popisu technických prostředků. Podle zadavatele i v tomto směru byly jeho požadavky dostatečně konkrétní, aby uchazeč mohl zpracovat čestné prohlášení, jakým způsobem a zařízením bude objednané zboží přepravováno a skladováno. Zadavatel v této souvislosti akceptoval stanovisko Úřadu, že uchazeč nebyl povinen dokládat skutečnosti, které zadavatel nevyžadoval.
19. **Třetí námitka zadavatele** směřuje k požadavku na živnostenské oprávnění. Podle zadavatele navrhovatel ve své nabídce čestně prohlásil, že je výrobcem nabízených hotových médií, proto kromě oprávnění k obchodní činnosti měl doložit i živnostenské oprávnění k výrobě těchto médií, což neučinil. V obchodním rejstříku přitom jako předmět podnikání má uvedenu výrobu kultivačních médií, krevních derivátů a diagnostických roztoků. V této souvislosti vyslovil zadavatel nesouhlas

s názorem Ministerstva průmyslu, že média pro růst mikroorganismů jsou běžným spotřebním zbožím.

20. **Čtvrtá námitka zadavatele** se týkala čestného prohlášení o označení zboží CE značkou. Podle zadavatele nebránilo nic navrhovateli doložit čestné prohlášení, že zboží bude označováno CE značkou., když skutečně toto označení zboží dostává až po jeho výrobě.
21. **Pátá námitka zadavatele** směřovala proti doložení návrhu kupní smlouvou. Zadavatel dovozuje, že jeho dopis o vyloučení navrhovatele pro nepředložení rámcové kupní smlouvy byl dostačující. Zadavatel prý posuzoval návrh kupní smlouvy předložený navrhovatelem z hlediska obsahu nikoliv názvu. V rozkladu pak ve čtyřech bodech přesně zadavatel vymezuje, v čem z hlediska obsahu návrh kupní smlouvy předložený navrhovatelem nevyhověl požadavkům kladeným na rámcovou kupní smlouvu. Konkrétně a) v předmětu, b) ceně, platebních podmínkách a fakturačních podmínkách, c) v požadavcích na přepravu a skladování, jakož i v dodacích podmínkách a d) postrádala možnost ukončení smlouvy.
22. **Poslední šestá námitka zadavatele** je vyjádřením jeho nesouhlasu s tím, že nezdůvodnil a neuvedl skutečnosti, proč vyloučil navrhovatele z předmětného zadávacího řízení. Zadavatel konstruuje, že do etapy hodnocení nabídek může připustit pouze ty nabídky, které splní veškeré zákonné požadavky. Ty v případě navrhovatele i obchodní společnosti HOSPIMED, spol. s r. o. splněny nebyly. Z toho dovozuje zadavatel, že nevyloučil žádného uchazeče.

Závěry obou rozkladů

23. Zadavatel i vybraný uchazeč navrhli v závěru svých rozkladů, aby předseda Úřadu změnil napadené rozhodnutí tak, že neshledal při rozhodování zadavatele o vyloučení navrhovatele a uchazeče HOSPIMED, spol s r. o. porušení zákona ze strany zadavatele, tedy svým jednáním nemohl zadavatel ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a proto se řízení zastavuje.

IV. Řízení o rozkladu

Vyjádření navrhovatele k oběma rozkladům

24. V rámci svého vyjádření k rozkladům zadavatele i vybraného uchazeče navrhovatel odkázal na správné závěry obsažené v rozhodnutí Úřadu. Zopakoval poté své argumenty z vlastního návrhu na zahájení řízení. Zejména zdůraznil, že zadavatel nestanovil v rámci zadávacího řízení u každého kvalifikačního kritéria minimální úroveň způsobilosti, kterou musí uchazeč v nabídce doložit. Zadavatel nevysvětlil, jaká konkrétní finanční či věcná kritéria spadají do jím zvolené formulace. Ve vztahu ke splnění profesního a technického kvalifikačního kritéria poukázal navrhovatel na stanovisko Ministerstva průmyslu a obchodu, z něhož je zřejmé, že k výrobě in vitro diagnostických zdravotních prostředků žádné samostatné živnostenské oprávnění není zapotřebí, je nutné pouze k obchodování s nimi. Pokud se týkalo požadavku označení CE značkou, poukázal na logiku argumentace v tom, že jí může být označeno až vyrobené zboží. Žádné čestné prohlášení v tomto směru do budoucna zadavatel nevyžadoval. K požadavku doložení návrhu rámcové kupní smlouvy poukázal

navrhovatel na snahu zadavatele napravovat svou chybu až v rozkladu, v němž se pokouší specifikovat nedostatky návrhu kupní smlouvy předložené navrhovatelem.

Vyjádření zadavatele k rozkladu vybraného uchazeče

24. Zadavatel se ve svém vyjádření k rozkladu vybraného uchazeče zcela ztotožnil s argumenty uvedenými vybraným uchazečem v jeho rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

25. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
26. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
27. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. S058/2008/VZ-10046/2008/530/BM ze dne 1. 7. 2008 rozhodl, že **zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 60 odst. 1 ZVZ a § 76 odst. 6 ZVZ** rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K výroku I. rozhodnutí

28. Zcela se ztotožňuji se závěrem Úřadu ohledně toho, že v daném zadávacím řízení nedodržel zadavatel postup stanovený ZVZ, konkrétně pak porušil ustanovení §§ 60 odst. 1 a 76 odst. 6 ZVZ. V důsledku toho Úřad správně v souladu s ustanovením § 118 ZVZ jako opatření k nápravě zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele a uchazeče HOSPIMED, spol. s r. o. ze zadávacího řízení.
29. Ve vztahu k **námítce obou rozkladů ohledně vymezení rozsahu a minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů** se zcela ztotožňuji se závěry obsaženými v odůvodnění rozhodnutí Úřadu. Je povinností zadavatele vymezit minimální úroveň kvalifikačních předpokladů v souladu s ustanovením **§§ 56 odst. 1 písm. a) a 56 odst. 7 ZVZ**. V předmětném zadávacím řízení však zadavatel vymezil minimální úroveň kvalifikačních předpokladů nejasně, pokud ji vymezil termínem „obdobný charakter a rozsah“. Takto formulovaný předpoklad lze vykládat různým způsobem a lze na jeho základě dospívat ke zcela odlišným hodnotám. Nejednoznačnost při stanovení kvalifikačních kritérií však nelze přičítat k tíži uchazečů, neboť je povinností zadavatele v souladu se zákonem stanovit kritéria zcela konkrétně a jednoznačně.
30. Vzhledem k tomu, že zadavatel nevymezil požadovanou minimální úroveň technického kvalifikačního kritéria jednoznačně, nelze hovořit o tom, že by

navrhovatel uvedenou kvalifikaci nesplnil. Bylo věcí subjektivního posouzení termínu „obdobný charakter a rozsah“ jak ze strany zadavatele, tak ze strany navrhovatele. Prostor k tomuto odlišnému nazírání na uvedený termín dal sám zadavatel, pokud ho použil v rámci zadávací dokumentace. Zadavatel se proto mylí, pokud dovozuje, že v souladu se zákonem stanovil minimální úroveň kvalifikačního předpokladu termínem: „obdobný charakter a rozsah jako zadavatel požaduje v předmětné zakázce“.

31. Pokud tedy navrhovatel předložil seznam pracovišť, kam dodává hotová kultivační média, která jsou dle jeho názoru obdobného charakteru a rozsahu jak požaduje zadavatel (Chrudimská nemocnice, a. s., Litomyšlská nemocnice, a. s., Fakultní nemocnice Na Bulovce a OK Servis Bio Pro s. r. o.) a jako doplňující podklad přiložil ještě kupní smlouvu s Fakultní nemocnicí Na Bulovce, pak nelze dovozovat, že by nesplnil zadavatelem stanovenou kvalifikaci.
32. Pokud tedy zadavatel v písemném oznámení o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení uvedl, že seznam pracovišť, kam navrhovatel dodává výrobky, nejsou obdobného rozsahu, jako je zadavatelem požadováno, stejně tak v nabídce navrhovatele chybí osvědčení o dodávkách vydané či podepsané jiným veřejným zadavatelem, příp. jinou osobou, nebo čestné prohlášení dodavatele, pokud není možné osvědčení od této osoby získat z důvodu spočívajících na její straně (místo osvědčení je doložena prostá kopie kupní smlouvy s FN Na Bulovce bez uvedení rozsahu odběru), postupoval v rozporu s ustanovením § 60 odst. 1 ZVZ.
33. Obstat nemůže ani **druhá námitka zadavatele**, týkající se **§ 56 odst. 1 písm. c) ZVZ**. Podle tohoto ustanovení je zadavatel oprávněn požadovat po uchazečích popis technického vybavení za předpokladu, že vymezí, které údaje technického vybavení jsou pro něj směrodatné. Vzhledem k tomu, že technický popis prostředku zadavatel v rámci technického kvalifikačního kritéria blíže nespecifikoval, pak nepřesnost či neurčitost stanoveného kvalifikačního požadavku nemůže jít k tíži navrhovatele. Navrhovatel ve své nabídce uvedl, že vlastní dodávkové auto s chladicí vestavbou pro dodržení požadovaných teplot. Navrhovatel se tedy omezil na vnější popis technického prostředku, jelikož z požadavku zadavatele, týkajícího se technické způsobilosti uchazeče, nevyplývají žádné další nároky na konkrétnější technický popis tohoto prostředku.
34. Pokud tedy zadavatel v písemném oznámení o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení uvedl, že v čestném prohlášení navrhovatele o řádném zajištění přepravních teplot chybí požadovaný popis technických prostředků (jako certifikovanému pracovišti jde zadavateli zejména o záznam – tedy možnost zpětného průkazu přepravních a skladovacích podmínek), postupoval v rozporu s ustanovením § 60 odst. 1 ZVZ.
35. Ustanovení § 60 odst. 1 ZVZ upravuje právní důsledky nesplnění kvalifikace dodavatele. Rozsah údajů, informací a dokladů, které musí být dodavatelem předloženy za účelem prokázání splnění kvalifikace, vyplývá jednak přímo ze zákona, jednak z rozhodnutí zadavatele. Do první kategorie spadají doklady prokazující splnění základních kvalifikačních předpokladů, jejichž okruh vyplývá přímo ze zákona (§ 53 odst. 2 ZVZ). Na zadavateli naopak záleží, které konkrétní ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady, resp. technické kvalifikační předpoklady, bude

požadovat a jaké bude požadovat doklady prokazující jejich splnění, přičemž na výběr má ze zákonem nabídnutých výtčů způsobu (§§ 55 a 56 ZVZ). Zadavatel je při hodnocení úplnosti a pravdivosti dodavatelem předložených údajů, informací a podkladů vázán svými vlastními požadavky uvedenými v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, popř. jejich podrobným rozvedením v kvalifikační nebo zadávací dokumentaci (§ 50 odst. 2 ZVZ). **Tam uvedené požadavky nemůže zadavatel později měnit, rozšiřovat či modifikovat. Ze skutečnosti, že dodavatel takto případně modifikované požadavky nesplnil, nelze dovozovat, že dodavatel nesplnil kvalifikaci.** Je to nepochybně zadavatel, který v případě sporu prokazuje dodavateli, že nesplnil kvalifikaci (§ 59 ZVZ). V předmětném zadávacím řízení se zadavatel pokusil modifikovat své požadavky na kvalifikaci, což se projevilo v textu jeho písemného oznámení navrhovateli o jeho vyloučení ze zadávacího řízení.

36. Podle § 60 odst. 2 ZVZ je zadavatel povinen bezodkladně oznámit písemně dodavateli (spolu s uvedením důvodu) rozhodnutí o vyloučení. Na zdůvodnění rozhodnutí o vyloučení v rámci písemného vyrozumění je nutno trvat. V případě absence odůvodnění by dodavatel nemusel zjistit, co bylo pravou příčinou vyloučení, popřípadě účinně zhodnotit své možnosti následné obrany proti postupu zadavatele. Vzhledem ke skutečnosti, že rozhodnutí zadavatele o vyloučení dodavatele pro nesplnění kvalifikace je součástí dokumentace o veřejné zakázce (§ 155 ZVZ), je třeba postupovat tak, že zadavatel ohledně každého vyloučení vyhotoví písemné rozhodnutí, v jehož rámci uvede konkrétní důvody takového postupu.
37. Pokud se týká **třetí námitky zadavatele ohledně požadavku na živnostenské oprávnění**, v tomto zcela odkazují na správné závěry Úřadu, opírající se o stanoviska Ministerstva zdravotnictví a Ministerstva průmyslu a obchodu. Nesouhlas zadavatele se závěry stanoviska Ministerstva průmyslu a obchodu nemůže obstát, neboť závěr stanoviska je zcela jednoznačný. In vitro diagnostika jsou zvláštní skupinou zdravotnických prostředků, na které odkazuje příloha 2 živnostenského zákona, proto výrobu a prodej diagnostických zdravotnických prostředků in vitro z hlediska živnostenského zákona je třeba posuzovat jako sortiment běžného zboží. Spadá tedy do ohlašovací živnosti volné „Specializovaný maloobchod a maloobchod se smíšeným zbožím“. Navrhovatel v nabídce předložil výpis z neveřejné části živnostenského rejstříku, ze kterého vyplývá, že vlastní živnostenská oprávnění na „Velkoobchod“ v oblasti zdravotnických prostředků a „Specializovaný maloobchod a maloobchod se smíšeným zbožím“ se širokým sortimentem zboží, tedy, že vlastní příslušná živnostenská oprávnění v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky. Zadavatelovo tvrzení obsažené v rozkladu, jímž se dovolává živnostenského oprávnění na výrobu těchto médií naprosto nekoresponduje s obsahem písemného oznámení, jímž pro nesplnění tohoto požadavku vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení. S odkazem na výše uvedené je v tomto směru zadavatel svým písemným oznámením a jeho zdůvodněním vázán a nemůže je modifikovat či upravovat.
38. **Čtvrtá námitka zadavatele** směřovala proti nedoložení čestného prohlášení o **označení zboží CE značkou**. Snaha zadavatele v rámci rozkladu upravovat svůj původní požadavek, který zněl na doložení: „čestného prohlášení o skutečnosti, že je zboží označeno CE značkou v souladu s platnou legislativou.“ nyní na čestné prohlášení, že zboží **bude** označeno CE značkou, opět dokladuje pokus modifikovat a opravovat původně stanovený požadavek. To je však, jak shora uvedeno, nepřípustné a v rozporu ze ZVZ. Úřad proto správně dospěl k závěru, že zadavatel porušil

ustanovení § 60 odst. 1 ZVZ, když vyloučil navrhovatele pro toto chybějící čestné prohlášení.

39. **Předposlední pátá námitka zadavatele** směřovala proti doložení **návrhu kupní smlouvy**. Ve vztahu k tomuto požadavku v rámci podaného rozkladu zadavatel ve čtyřech bodech jasně modifikoval a zpřesňoval původní požadavek ze zadávací dokumentace. Jedná se stejně jako v předchozí námitce o postup zcela nepřipustný, odporující dikci ZVZ. Tato čtyři hlediska, která nyní vytýká zadavatel v rozkladu kupní smlouvě předložené navrhovatelem, měl uvést jako své požadavky na tuto kupní smlouvu, resp. na návrh rámcové kupní smlouvy, již v zadávací dokumentaci. Jedině tehdy by se jich mohl dovolávat jako nesplněných, ze strany navrhovatele. Závěr Úřadu o tom, že zadavatel postupoval v rozporu s ustanovením § 76 odst. 6 ZVZ, je tedy správný.
40. **Konečně poslední šestá námitka zadavatele**, v níž se pokouší zadavatel konstruovat, že v rámci etapy hodnocení nabídek mohl připustit pouze ty, které splňovaly veškeré zákonné požadavky, přičemž ty v případě navrhovatele i obchodní společnosti HOSPIMED, spol. s r. o. splněny nebyly. Z toho dovozuje, že ve skutečnosti nevyloučil žádného uchazeče. Z toho co uvedeno shora je zřejmé, že zadavatel jednak porušil ustanovení § 60 odst. 1 ZVZ, když nesprávně vyhodnotil nesplnění kvalifikace v případě nabídky navrhovatele a uchazeče HOSPIMED, spol. s r. o. Následně pak v další fázi zadávacího řízení, resp. nakládání s došlými nabídkami, jež následuje po otevření obálek s nabídkami jde vlastně o posuzování zbylých nabídek, jejichž podatelé nebyli vyloučeni pro nesplnění kvalifikace podle § 60 odst. 1 ZVZ. I v této fázi porušil zadavatel § 76 odst. 6 ZVZ ve vztahu k závěrům ohledně navrhovatelem předloženého návrhu kupní smlouvy. Blíže viz shora pod bodem 39. K vyloučení navrhovatele ze strany zadavatele tedy zcela nepochybně došlo. K vyloučení došlo i ve vztahu k uchazeči HOSPIMED, spol. s r. o. Uvedený postup zadavatele nepochybně mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jelikož zadavatel vyloučil ze zadávacího řízení dva uchazeče, kteří nabídli nižší nabídkovou cenu než vybraný uchazeč, přičemž základním hodnotícím kritériem byla právě nejnižší nabídková cena.
41. S poukazem na shora uvedené proto Úřad v souladu s ustanovením § 118 ZVZ jako opatření k nápravě zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele a uchazeče HOSPIMED, spol. s r. o., čímž zajistil respektování ustanovení § 6 ZVZ, podle něhož je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

K výroku II. rozhodnutí

42. Zcela v souladu s ustanovením § 119 odst. 2 ZVZ ve spojení s § 1 odst. 1 vyhl. 328/2006 Sb., rozhodl Úřad o povinnosti zadavatele nahradit náklady řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, jejichž výši stanovil správně. Proto se i s tímto výrokiem zcela ztotožňuji.

VI. Závěr

43. 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 nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

44. 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 § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

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

Obdrží:

1. Fakultní nemocnice Hradec Králové, Sokolská tř. 581, 500 05 Hradec Králové
2. Mgr. Marek Gocman, advokát, advokátní kancelář Jünger, Gocman a Kopřiva, 28. října 219/438, 709 00 Ostrava
3. Mgr. Vít Biolek, advokát, advokátní kancelář Wildt & Biolek, Ulrychovo nám. 762, 500 02 Hradec Králové
4. spis

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce