



UOHSX00H55GP

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0166/2022/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-04009/2023/163

Brno 7. 2. 2023

V řízení o rozkladu ze dne 8. 12. 2022 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne vybraným dodavatelem –

- **PROMA REHA, s.r.o.**, IČO 63219107, se sídlem Riegrova 342, 552 03 Česká Skalice, a současně v řízení o rozkladu ze dne 8. 12. 2022 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –
- **Krajská zdravotní a.s.**, IČO 25488627, se sídlem Sociální péče 3316/12a, 400 11 Ústí nad Labem, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 4. 6. 2021 Mgr. Janem Hrazdirou, advokátem, ev. č. ČAK 08749, HKDW HOLASEK s.r.o., advokátní kancelář, IČO 27203182, se sídlem Na Příkopě 583/15, 110 00 Praha 1,

podanými proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0250/2022/VZ, č. j. ÚOHS-41580/2022/500 ze dne 23. 11. 2022, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 13. 6. 2022 na návrh navrhovatele –

- **L I N E T spol. s r.o.**, IČO 00507814, se sídlem Želevčice 5, 274 01 Slaný,

ve věci přezkoumání úkonů jmenovaného zadavatele učiněných v otevřeném řízení na uzavření **části 1 „Elektrická nemocniční lůžka standard s matrací a příslušenstvím“** rámcové dohody **„Dodávky nemocničních lůžek včetně příslušenství a antidekubitních matrací pro Krajskou zdravotní, a.s., 2021“**, které bylo zahájeno odesláním oznámení k uveřejnění dne 20. 7. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 7. 2021 pod ev. č. Z2021-026066, ve znění

pozdějších oprav a v Úředním věstníku Evropské unie dne 23. 7. 2021 pod ev. č. 2021/S 141-372446, ve znění pozdějších oprav,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0250/2022/VZ, č. j. ÚOHS-41580/2022/500 ze dne 23. 11. 2022

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení realizované zadavatelem

1. Krajská zdravotní a.s., IČO 25488627, se sídlem Sociální péče 3316/12a, 400 11 Ústí nad Labem, (dále jen „**zadavatel**“) zahájila jako veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“)¹ otevřené řízení za účelem uzavření rámcové dohody „Dodávky nemocničních lůžek včetně příslušenství a antidekubitních matrací pro Krajskou zdravotní, a.s., 2021“ mimo jiné v části 1 „Elektrická nemocniční lůžka standard s matrací a příslušenstvím“ (dále jen „**rámcová dohoda**“), jehož oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 7. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 7. 2021 pod ev. č. Z2021-026066, ve znění pozdějších oprav a v Úředním věstníku Evropské unie dne 23. 7. 2021 pod ev. č. 2021/S 141-372446, ve znění pozdějších oprav, (dále jen „**zadávací řízení**“).
2. Předmětem plnění veřejných zakázek zadávaných na základě rámcové dohody budou průběžné dodávky nemocničních lůžek, matrací, nočních stolků, včetně příslušenství, pro jednotlivé odštěpné závody zadavatele.

II. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný k výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek a zvláštními postupy podle § 248 ZZVZ, obdržel dne

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na ZZVZ, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení.

13. 6. 2022 návrh účastníka zadávacího řízení společnosti L I N E T spol. s r.o., IČO 00507814, se sídlem Želečnice 5, 274 01 Slaný, (dále jen „**navrhovatel**“) z téhož dne podle § 250 odst. 1 písm. d) ZZVZ (dále jen „**návrh**“) proti rozhodnutí zadavatele ze dne 5. 5. 2022 o výběru účastníka zadávacího řízení společnosti PROMA REHA, s.r.o., IČO 63219107, se sídlem Riegrova 342, 552 03 Česká Skalice, (dále jen „**vybraný dodavatel**“ nebo „**společnost PROMA REHA**“).

4. Dnem, kdy Úřad obdržel návrh, bylo podle § 249 ZZVZ ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0250/2022/VZ, jehož účastníky jsou podle § 256 ZZVZ navrhovatel, zadavatel a vybraný dodavatel (dále jen „**správní řízení**“).

III. Napadené rozhodnutí Úřadu ze dne 23. 11. 2022

5. Dne 23. 11. 2022 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0250/2022/VZ, č. j. ÚOHS-41580/2022/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
6. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání části 1 rámcové dohody zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 ZZVZ v návaznosti na § 46 odst. 2 ZZVZ, když v rámci posouzení nabídky vybraného dodavatele posoudil technickou podmínku „*shoda s platnou normou ČSN EN 60601-2-52, v platném znění, bez výhrad, doložení certifikátem o shodě (prohlášení o shodě odpovídající typu lůžka v konkrétní modifikaci)*“ stanovenou v příloze č. 3a zadávací dokumentace jako splněnou, aniž by z dokumentace o zadávacím řízení bylo možné ověřit, zda nemocniční elektrické lůžko poskytnuté vybraným dodavatelem disponovalo již při jeho prvním předvedení funkcionalitami, na jejichž základě zadavatel konstatoval splnění citovaného požadavku, a tedy zda nedošlo k nepřípustné změně nabídky vybraného dodavatele po uplynutí lhůty pro podání nabídek, čímž se stal postup zadavatele zpětně nepřezkoumatelným, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření rámcové dohody.
7. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele shledaného ve výroku I napadeného rozhodnutí zrušil podle § 263 odst. 2 ZZVZ úkon zadavatele spočívající v posouzení splnění podmínek účasti ve vztahu k nabídce vybraného dodavatele zachycený ve zprávě o posouzení nabídek č. 6 ze dne 28. 4. 2022, a dále všechny následující úkony učiněné zadavatelem v části 1 zadávacího řízení, včetně rozhodnutí a oznámení zadavatele ze dne 5. 5. 2022 o výběru vybraného dodavatele.
8. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad zakázal zadavateli podle § 263 odst. 8 ZZVZ uzavřít rámcovou dohodu v části 1 zadávacího řízení, a to až do pravomocného skončení tohoto správního řízení.
9. Výrokem IV napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli podle § 266 odst. 1 ZZVZ, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
10. V první části odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že ze zadávacích podmínek mimo jiné vyplývá, že nabídnuté lůžko muselo splňovat požadavky na mezery stanovené v čl. 201.9.2.2.2 normy ČSN EN 60601-2-52, podle něhož volný prostor pro nohu a špičku nohy mezi pohyblivými částmi lůžka a podlahou musí být od podlahy minimálně

120 mm, a to se zahrnutím všeho trvale upevněného příslušenství (např. postranic), přičemž měření musí být provedena za nejméně příznivých podmínek (dále jen „**minimální prostor pro nohu**“). Dle Úřadu z vyjádření zadavatele a videozáznamů pořízených při druhém předvedení lůžka GENE0 nabídnutého vybraným dodavatelem plyne, že toto lůžko disponovalo funkcionalitou, že se při pohybu směrem dolů zastavilo ve vzdálenosti 120 mm nad zemí, ozvala se upozorňující akustická signalizace a opětovným stisknutím příslušného tlačítka lůžko sjelo do nejnižší pozice (dále jen „**funkcionalita zvukové signalizace a trvalé aktivace**“). Zadavatel měl pochybnosti o tom, zda lůžko disponující touto funkcionalitou splňuje požadavek na minimální prostor pro nohu, a proto vybraného dodavatele vyzval v souladu s § 46 ZZVZ, aby tuto skutečnost doložil prostřednictvím odborného posudku. Vybraný dodavatel předložil zadavateli mimo jiné protokol ze dne 29. 3. 2022 zpracovaný Strojírenským zkušebním ústavem, s. p., IČO 00001490, se sídlem Hudcova 424/56b, 621 00 Brno, (dále jen „**Strojírenský zkušební ústav**“), z něhož dle Úřadu vyplývá, že lůžko GENE0 disponující funkcionalitou zvukové signalizace a trvalé aktivace splňuje požadavky normy ČSN EN 60601-2-52 na minimální prostor pro nohu. Tento závěr potvrdil Úřadu na jeho dotaz v průběhu správního řízení i sám Strojírenský zkušební ústav, a to prostřednictvím vyjádření ze dne 15. 7. 2022. S ohledem na tato zjištění dospěl Úřad v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí k dílčímu závěru, že nemocniční lůžko GENE0 nabídnuté vybraným dodavatelem splnilo požadavek zadavatele na shodu s normou ČSN EN 60601-2-52 v okamžiku jeho druhého předvedení, v okamžiku posuzování Strojírenským zkušebním ústavem i v okamžiku, kdy zadavatel dospěl k závěru o splnění podmínek účasti v zadávacím řízení ze strany společnosti PROMA REHA a kdy rozhodl o jejím výběru podle § 122 odst. 1 ZZVZ.

11. V druhé části odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se v průběhu zadávacího řízení uskutečnila u zadavatele 2 předvedení lůžka GENE0 nabídnutého vybraným dodavatelem. Dle Úřadu zadavatel pořídil z prvního předvedení lůžka zápis, ve kterém není zachycen výsledek posouzení požadavku na shodu s normou ČSN EN 60601-2-52 a v následné zprávě o posouzení nabídek č. 3 zadavatel pouze stroze konstatoval, že po ohledání a vyzkoušení lůžka byl zjištěn nesoulad s touto normou. Z druhého předvedení lůžka již zadavatel pořídil videozáznamy, ze kterých vyplývá, že dané lůžko disponovalo funkcionalitou zvukové signalizace a trvalé aktivace; jak Úřad dovodil v první části odůvodnění napadeného rozhodnutí, takové lůžko splňuje požadavek normy ČSN EN 60601-2-52 na minimální prostor pro nohu. Dle Úřadu však z dokumentace o zadávacím řízení nelze zjistit, zda lůžko GENE0 splňovalo tento požadavek i při jeho prvním předvedení, a proto nelze ověřit, zda druhým předvedením lůžka nedošlo po uplynutí lhůty pro podání nabídek ke změně nabídky vybraného dodavatele (k jejímu doplnění o funkcionalitu zvukové signalizace a trvalé aktivace). Dle Úřadu změna v návodu, který vybraný dodavatel předložil zadavateli mezi prvním a druhým předvedením lůžka, a zpráva o posouzení nabídek č. 4, podle níž zástupce vybraného dodavatele při druhé předvedení lůžka „*předvedl úpravy, které na nabízeném typu lůžka mají provedena, aby byly ve shodě s platnou normou ČSN EN 60601-2-52*“, naopak vzbuzují důvodné pochybnosti o tom, že mezi prvním a druhým předvedením lůžka mohlo dojít k úpravě jeho vlastností (doplnění funkcionality zvukové signalizace a trvalé aktivace), a tudíž k nepřipustné materiální změně nabídky. Úřad uzavřel, že pokud ani po podrobném zkoumání nelze zjistit, zda je v souladu se ZZVZ závěr zadavatele o tom, že vybraný dodavatel splnil podmínky účasti v zadávacím řízení, platí, že je netransparentní, neboť jej nelze zpětně přezkoumat.

IV. Rozklad vybraného dodavatele ze dne 8. 12. 2022

12. Dne 8. 12. 2022 Úřad obdržel rozklad vybraného dodavatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí (dále jen „**rozklad vybraného dodavatele**“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo vybranému dodavateli doručeno dne 23. 11. 2022. Konec 15denní odvolací lhůty dle § 83 správního řádu připadl na 8. 12. 2022. Vybraný dodavatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.
13. Vybraný dodavatel v rozkladu namítá, že lůžko GENE0, které bylo předmětem jeho nabídky, splňovalo v okamžiku jejího podání všechny parametry ČSN EN 60601-2-52, což ani Úřad ve svém rozhodnutí nezpochybnil. Dle vybraného dodavatele je jediným důvodem napadeného rozhodnutí údajné porušení zásady transparentnosti, protože Úřad má pochybnosti o tom, zda v případě druhého předvedení lůžka nedošlo k předvedení jiného lůžka než při jeho prvním předvedení. Vybraný dodavatel prohlašuje, že se nic takového nestalo, a uvádí, že se dá předpokládat, že by tuto skutečnost mohli potvrdit i členové komise zadavatele. Pro vybraného dodavatele je velmi obtížné a v podstatě nemožné prokázat, že k žádné výměně lůžka nedošlo, neboť se jedná o prokázání tzv. negativní skutečnosti. K argumentaci Úřadu změnou v návodu k užívání lůžka, vybraný dodavatel poznamenává, že návod nebyl předmětem hodnocení ze strany zadavatele, a proto z jeho obsahu nelze činit jakékoliv závěry o splnění podmínek účasti v zadávací řízení.

Návrh rozkladu vybraného dodavatele

14. Vybraný dodavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadané rozhodnutí zrušil.

Vyjádření navrhovatele ze dne 20. 12. 2022 k rozkladu vybraného dodavatele

15. Navrhovatel ve vyjádření k rozkladu vybraného dodavatele mimo jiné uvádí, že pokud se vybraný dodavatel nyní snaží navodit dojem, že skutečnost, že zadavatel nezaznamenal průběh prvního předvedení vzorku nemocničního lůžka, a tedy neprokázal, že vybraným dodavatelem nabízené nemocniční lůžko již při jeho prvním předvedení disponovalo stejnými funkcionalitami a vlastnostmi, na jejichž základě následně zadavatel konstatoval splnění požadavku na soulad s normou ČSN EN 60601-2-52, není materiální změnou nabídky vybraného dodavatele a nedošlo k netransparentnímu jednání zadavatele, pak tím vybraný dodavatel popírá základní smysl úpravy práva veřejných zakázek. Zadavatel musí napevno vědět, že vysvětlením dle § 46 ZZVZ nedojde k nepřípustné materiální změně nabídky, a aby toto pravidlo mohl dodržet, musí si být vědom toho, jakou technickou specifikaci má předmět plnění, který byl obsažen v nabídce. Pokud nelze zpětně zkontrolovat, zda se první a druhý vzorek shodovaly, pak nelze tvrdit, že by zadávací řízení proběhlo transparentně v souladu se ZZVZ. Zadavatel tímto nesprávným postupem porušil zákon, a proto navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad vybraného dodavatele zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

V. Rozklad zadavatele ze dne 8. 12. 2022

16. Dne 8. 12. 2022 Úřad obdržel rozklad zadavatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí (dále jen „**rozklad zadavatele**“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 24. 11. 2022. Konec 15denní odvolací lhůty dle § 83 správního řádu připadl na 9. 12. 2022. Zadavatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.

17. Zadavatel v rozkladu v první řadě namítá, že závěr Úřadu o tom, že z dokumentace o zadávacím řízení nebylo možné ověřit, zda nemocniční lůžko již v době podání nabídky splňovalo požadavek zadavatele na soulad s normou ČSN EN 60601-2-52, je nesprávný, neboť nemá oporu ve správním spisu, jehož součástí je dokumentace o zadávacím řízení. Zadavatel požadoval v příloze č. 3a zadávací dokumentace u nabízeného lůžka splnění technických a uživatelských parametrů a vlastností. Kromě jiného se jednalo o požadavek na soulad s uvedenou normou, který měl být prokázán doložením prohlášení o shodě. Vybraný dodavatel prokázal splnění tohoto požadavku k okamžiku podání své nabídky, neboť v ní doložil prohlášení o shodě, které se stalo součástí dokumentace o zadávacím řízení. Zadavatel přitom mohl požadavek na soulad s normou ČSN EN 60601-2-52 považovat za splněný toliko na základě tohoto certifikátu a v zásadě nebyl povinen splnění uvedeného požadavku jakkoliv dále ověřovat. Nic z toho, co vybraný dodavatel dodal či předvedl zadavateli po podání nabídky, nemělo být její součástí, a tudíž nemohlo dojít k její nepřípustné změně.
18. Zadavatel je toho názoru, že mu nelze přičítat k tíži, že ve snaze umožnit hospodářskou soutěž na jinak téměř monopolním trhu připustil do soutěže i další subjekt, který neznal, a proto byl vůči společnosti PROMA REHA opatrnější a postupoval vůči její nabídce s určitou mírou kritičnosti a pochybnosti, kterou tato společnost následně rozptýlila doložením doplňujících informací k její nabídce a předvedením vzorku nabízeného předmětu plnění. Tento opatrnější a kritičtější přístup by zadavateli mohl vyčítat maximálně vybraný dodavatel, ne však navrhovatel, jemuž nemohl být v žádném případě na újmu.
19. Zadavatel uvádí, že si je vědom toho, že pokud se rozhodl využít postupu podle § 46 ZZVZ, byl při tom povinen dodržet zásadu transparentnosti. Zadavatel je však toho názoru, že k naplnění této zásady stačí, že je z dokumentace o zadávacím řízení ověřitelné, s jakým výsledkem se zabýval posouzením splnění technických podmínek účasti vybraného dodavatele, resp. splnění technických a uživatelských parametrů a vlastností plnění nabídnutého vybraným dodavatelem (včetně souladu s normou ČSN EN 60601-2-52). Zadavatel je přesvědčen o tom, že v daném případě nemohou existovat žádné pochybnosti o zákonnosti jeho postupu při posouzení nabídky vybraného dodavatele, které by mohly vést k závěru o porušení zásady transparentnosti.
20. Zadavatel je v neposlední řadě toho názoru, že skutečnost, že nezaznamenal průběh prvního předvedení vzorku nemocničního lůžka, resp. že neprokázal, že vybraným dodavatelem nabídnuté nemocniční lůžko disponovalo již při jeho prvním předvedení stejnými funkcionalitami a vlastnostmi jako při jeho druhém předvedení, nemůže nic změnit na závěru o transparentním a zákonném postupu zadavatele v zadávacím řízení. Zadavatel je totiž toho názoru, že žádnou takovou povinnost neměl. Nadto vybraný dodavatel ve svém vyjádření učiněném v průběhu správního řízení jednoznačně vyloučil jakoukoliv změnu či úpravu nabízeného nemocničního lůžka a o takové změně či úpravě neexistuje (a ani nemůže existovat) žádný, natož pak přesvědčivý důkaz. Zadavatel je proto přesvědčen o tom, že Úřadem vyřčený požadavek na zaznamenání průběhu prvního předvedení nemocničního lůžka je zcela nepřiměřený a jdoucí dalece nad rámec požadavku na dodržení zásady transparentnosti.

Návrh rozkladu zadavatele

21. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém jeho rozsahu zrušil.

Vyjádření navrhovatele ze dne 20. 12. 2022 k rozkladu zadavatele

22. Navrhovatel ve vyjádření k rozkladu zadavatele v první řadě odmítá jeho argumentaci, že v nabídce vybraného dodavatele bylo doloženo prohlášení o shodě, a proto došlo automaticky ke splnění požadavku, že jím nabídnuté plnění musí být v souladu s normou ČSN EN 60601-2-52. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že zadavatel tím, že opakovanými výzvami dle § 46 ZZVZ ověřoval u vybraného dodavatele, že je lůžko GENE0 v souladu s předmětnou normou, sám dokazoval, že k žádnému takovému automatickému splnění nedošlo. Opačný přístup by byl absurdní, protože již samotná existence prohlášení o shodě (které je vydáváno výrobcem, což je často i přímo účastník mající zájem na úspěchu v řízení) by znamenala nemožnost zadavatelů přezkoumávat splnění technických a legislativních podmínek nabídnutého předmětu plnění.
23. Navrhovatel i nadále zastává právní názor, že ze správního spisu je zřejmé, že nabídnuté lůžko s prvním návodem doloženým na základě výzvy zadavatele (stejně jako první vzorek bez potřebných piktogramů) nebylo ve shodě s normou ČSN EN 60601-2-52 a vybraný dodavatel měl být na základě této skutečnosti vyloučen ze zadávacího řízení pro nesplnění zadávacích podmínek. Zadavatel ostatně v protokolech o posouzení nabídky vybraného dodavatele sám zmiňuje své pochybnosti ohledně splnění uvedené normy a poukazuje na úpravy nabídnutého lůžka, a proto nemůže v rozkladu nyní tvrdit, že měl jistotu o splnění normy ČSN EN 60601-2-52 již tím, že vybraný dodavatel doložil v nabídce certifikát o shodě.
24. Navrhovatel je toho názoru, že proces posouzení nabídky vybraného dodavatele je i nadále nutné považovat za netransparentní z důvodu, že z prvního předvedení vzorku lůžka nebyl pořízen videozáznam, který by věrohodně prokázal, že lůžko, které bylo dovezeno na druhé předvedení, bylo totožné s lůžkem, které bylo nabídnuto v nabídce. Při prvním předvedení lůžka byl dle sdělení zadavatele konstatován problém s tímto lůžkem a u druhého předvedení vzorku lůžka byl doložen pozměněný návod včetně piktogramů, což dle názoru navrhovatele znamená nepřípustnou změnu nabídky. Dle navrhovatele zadavatel musí napevno vědět, že vysvětlením dle § 46 ZZVZ nedojde k nepřípustné materiální změně nabídky, a aby toto pravidlo mohl dodržet, musí si být vědom toho, jakou technickou specifikaci plní předmět plnění, který byl obsažen v nabídce.
25. K přílohám rozkladu zadavatele navrhovatel uvádí, že prohlášení vybraného dodavatele ani čestná prohlášení členů hodnotící komise nelze přijmout z důvodu koncentrace řízení zakotvené v § 82 správního řádu. Nadto je dle navrhovatele nutné konstatovat, že tato čestná prohlášení jsou ryze účelová a nelze předpokládat, že by si členové hodnotící komise mohli téměř rok od posouzení nabídky vybraného dodavatele pamatovat na detaily posouzení. Stejně tak prohlášení vybraného dodavatele o dodávce lůžek GENE0 pro jinou nemocnici není relevantní, neboť se jedná zcela jinou variantu lůžka.
26. Navrhovatel vzhledem k uvedenému navrhuje, aby předseda Úřadu zamítl rozklad zadavatele a potvrdil napadené rozhodnutí.

VI. Řízení o rozkladech vybraného dodavatele a zadavatele

27. Úřad po doručení rozkladů vybraného dodavatele a zadavatele neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí podle § 87 správního řádu, a proto podle § 88 odst. 1

téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o těchto rozkladech.

28. Úřad zaevidoval rozklad vybraného dodavatele pod sp. zn. ÚOHS-R0166/2022/VZ a rozklad zadavatele pod sp. zn. ÚOHS-R0171/2022/VZ. Jelikož oba rozklady byly podány proti stejnému rozhodnutí Úřadu a je o nich vydáno jedno rozhodnutí předsedy Úřadu, řízení o těchto rozkladech bylo vedeno pod společnou spisovou značkou ÚOHS-R0166/2022/VZ. O této skutečnosti byl pořízen úřední záznam sp. zn. ÚOHS-R0166/2022/VZ, č. j. ÚOHS-00245/2023/163 ze dne 3. 1. 2023, který je součástí správního spisu.

Stanovisko předsedy Úřadu

29. Po projednání rozkladů vybraného dodavatele a zadavatele 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 přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v obou rozkladech a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
30. Napadené rozhodnutí je nezákonné z důvodu nesprávného právního posouzení věci.
31. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

VII. K důvodům zrušení výroku I napadeného rozhodnutí

32. Zadavatel namítá, že je nesprávný závěr Úřadu, že z dokumentace o zadávacím řízení nebylo možné ověřit, zda nemocniční lůžko nabídnuté vybraným dodavatelem splňovalo v době podání nabídky požadavek zadavatele na soulad s normou ČSN EN 60601-2-52. Zadavatel uvádí, že vybraný dodavatel ve své nabídce doložil prohlášení o shodě, a nic z toho, co po podání nabídky zadavateli dodal či předvedl, nemělo za následek nepřípustnou změnu nabídky ve smyslu § 46 odst. 2 ZZVZ. **Námítka je důvodná.**
33. Jak je patrné z bodů 6 a 11 tohoto rozhodnutí, Úřad opřel výrok I napadeného rozhodnutí o to, že zadavatel nedodržel zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 ZZVZ **v návaznosti na § 46 odst. 2 ZZVZ** tím, že:
- (i) z dokumentace o zadávacím řízení **nelze ověřit, zda vybraný dodavatel splnil** technickou podmínku spočívající ve shodě jím nabídnutého nemocničního lůžka **s požadavkem normy ČSN EN 60601-2-52 na minimální prostor pro nohu;**
 - (ii) z dokumentace o zadávacím řízení nelze ověřit, zda lůžko GENEIO, které při jeho druhém předvedení vybraným dodavatelem disponovalo funkcionalitou zvukové signalizace a trvalé aktivace, mělo tuto funkcionalitu i při jeho prvním předvedení, a proto **nelze ověřit, zda jeho druhým předvedením nedošlo k nepřípustné změně nabídky** vybraného dodavatele po uplynutí lhůty pro podání nabídek.

S těmito závěry Úřadu se z následujících důvodů neztotožňuji.

34. Úvodem podotýkám, že výrok I napadeného rozhodnutí vč. navazujícího odůvodnění je primárně založen na nedodržení zásady transparentnosti ze strany zadavatele. Současně však Úřad poukazuje na možnou změnu nabídky vybraného dodavatele v důsledku případné změny

vzorku plnění, který vybraný dodavatel dvakrát předvedl zadavateli. Jak bude dále podrobně rozvedeno, Úřad nesprávně vyhodnotil případnou změnu předváděného vzorku plnění jako změnu nabídky, přestože se v tomto případě nejednalo o vzorek, který měl být součástí nabídky, a účel jeho předvedení byl jiný.

K závěru Úřadu, že nelze ověřit, zda vybraný dodavatel splnil požadavek normy ČSN EN 60601-2-52 na minimální prostor pro nohu

35. Zadavatel stanovil v příloze č. 3a zadávací dokumentace, že nabídnuté elektrické nemocniční lůžko musí splňovat podmínku „*shoda s platnou normou ČSN EN 60601-2-52, v platném znění, bez výhrad, doložení certifikátem o shodě (prohlášení o shodě odpovídající typu lůžka v konkrétní modifikaci)*“. V normě ČSN EN 60601-2-52 jsou upraveny zvláštní požadavky na základní bezpečnost a nezbytnou funkčnost zdravotnických lůžek, mimo jiné na minimální prostor pro nohu (blíže viz bod 10 tohoto rozhodnutí).
36. Vybraný dodavatel v nabídce ze dne 21. 10. 2021, kterou podal v části 1 zadávacího řízení, nabídl elektrické nemocniční lůžko GENEIO. Je nesporné, že součástí této nabídky bylo prohlášení o shodě ze dne 2. 5. 2021, podle něhož lůžko GENEIO naplňuje mimo jiné požadavky normy ČSN EN 60601-2-52.
37. Ve fázi posuzování splnění podmínek účasti v zadávacím řízení ze strany vybraného dodavatele zadavatel mimo jiné ověřil prostřednictvím druhého předvedení vzorku lůžka GENEIO nabídnutého vybraným dodavatelem ve spojení s protokolem č. 32-10783/EZ ze dne 29. 3. 2022 vypracovaným Strojírenským zkušebním ústavem, že toto lůžko disponující funkcionalitou zvukové signalizace a trvalé aktivace naplňuje požadavky normy ČSN EN 60601-2-52 na minimální prostor pro nohu. Jak vyplývá z první části odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí (blíže viz bod 10 tohoto rozhodnutí), Úřad tento závěr zadavatele posoudil jako správný.
38. Vzhledem k těmto skutečnostem jsem na rozdíl od Úřadu toho názoru, že z dokumentace o zadávacím řízení je možné ověřit, že vybraný dodavatel splnil podmínku účasti v zadávacím řízení spočívající ve shodě jím nabídnutého nemocničního lůžka s požadavkem normy ČSN 60601-2-52 na minimální prostor pro nohu. Neztotožňuji se tedy s vyhodnocením tohoto skutkového stavu provedeného Úřadem v rámci napadeného rozhodnutí [blíže viz bod 33 písm. (i) tohoto rozhodnutí].
39. Účastníci zadávacího řízení byli povinni prokázat splnění uvedené podmínky předložením prohlášení o shodě v nabídce, což vybraný dodavatel učinil. Žádný další požadavek zadavatel v této souvislosti neměl (součástí nabídky např. neměl být vzorek lůžka), a proto již na základě této skutečnosti mohl dospět k závěru, že vybraný dodavatel splnil tuto podmínku účasti v zadávacím řízení. Nadto zadavatel ověřil splnění této podmínky prostřednictvím druhého předvedení vzorku nemocničního lůžka GENEIO a zprávy zpracované Strojírenským zkušebním ústavem. Vzhledem k těmto skutečnostem zadavateli nebránilo nic v konstatování, že lůžko GENEIO nabídnuté vybraným dodavatelem splňuje požadavek normy ČSN EN 60601-2-52 na minimální prostor pro nohu. Jak bude dále blíže vysvětleno, je přitom bez významu, že zadavatel tento závěr učinil až v návaznosti na druhé (nikoliv tedy již první) předvedení vzorku lůžka.

K závěru Úřadu, že nelze ověřit, zda druhým předvedením lůžka nabídnutého vybraným dodavatelem nedošlo k nepřípustné změně jeho nabídky

40. V průběhu zadávacího řízení se u zadavatele uskutečnila 2 předvedení vzorku lůžka GENE0 nabídnutého vybraným dodavatelem. Úřad zjistil, že první předvedení lůžka, ke kterému došlo dne 6. 1. 2022, zadavatel nezaznamenal dostatečným způsobem (zejména videozáznamem a/nebo podrobným protokolem), a proto z dokumentace o zadávacím řízení nelze nyní ověřit, zda tento vzorek lůžka disponoval funkcionalitou zvukové signalizace a trvalé aktivace. Pokud by tuto funkcionalitu neměl, nebyl by v souladu s normou ČSN EN 60601-2-52, neboť by nesplňoval její požadavek na minimální prostor pro nohu. Z druhého předvedení vzorku lůžka, které se uskutečnilo dne 27. 1. 2022, zadavatel již pořídil videozáznamy, ze kterých dle Úřadu vyplývá, že tento vzorek lůžka funkcionalitou zvukové signalizace a trvalé aktivace disponoval.
41. Z výroku I napadeného rozhodnutí a jeho odůvodnění vyplývá názor Úřadu, že pokud by vzorek lůžka při jeho prvním předvedení neměl funkcionalitu zvukové signalizace a trvalé aktivace, tak by to znamenalo, že vybraný dodavatel nesplnil podmínky účasti v zadávacím řízení, a dále závěr Úřadu, že pokud by vzorek lůžka neměl funkcionalitu zvukové signalizace a trvalé aktivace při jeho prvním předvedení a měl ji až při jeho druhém předvedení, tak by se jednalo o nedovolenou změnu nabídky ve smyslu § 46 odst. 2 ZZVZ.
42. Podle § 46 odst. 1 ZZVZ „zadavatel může pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady, vzorky nebo modely. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání“.
43. Podle § 46 odst. 2 ZZVZ „po uplynutí lhůty pro podání nabídek nemůže být nabídka měněna, nestanoví-li tento zákon jinak; nabídka však může být doplněna na základě žádosti podle odstavce 1 o údaje, doklady, vzorky nebo modely, které nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení. V takovém případě se doplnění údajů týkajících se prokázání splnění podmínek účasti za změnu nabídky nepovažují, přičemž skutečnosti rozhodné pro posouzení splnění podmínek účasti mohou nastat i po uplynutí lhůty pro podání nabídek“.
44. Ustanovení § 46 odst. 1 ZZVZ poskytuje zadavatelům poměrně široké možnosti pro objasňování nejasností v obdržených nabídkách a jejich doplňování. Toto právo však není bezbřehé a je limitováno ustanovením § 46 odst. 2 ZZVZ, z něhož byl rozhodovací praxí dovozen zákaz změnit nabídnutý předmět plnění (srov. např. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0113/2019/VZ-24101/2019/322/HSc ze dne 30. 8. 2019) a zákaz změnit či doplnit nabídku o údaje, doklady, vzorky či modely, které mají být předmětem hodnocení.
45. Zadavatel stanovil v čl. 11 zadávací dokumentace, že „v souladu s § 114 odst. 2 ZZVZ bude ekonomická výhodnost nabídek hodnocena v každé části této veřejné zakázky pouze podle nejnížší nabídkové ceny bez DPH“. Pokud odhlédneme od skutečnosti, že součástí nabídek účastníků zadávacího řízení neměly být žádné vzorky plnění, z citovaného článku zadávací dokumentace je zřejmé – a Úřad v napadeném rozhodnutí ani netvrdí opak – že v šetřeném zadávacím řízení neměl být vzorek plnění předmětem hodnocení, a proto jeho případné doplnění či změna nemohly být v rozporu s částí § 46 odst. 2 ZZVZ, podle níž nabídka nemůže být po uplynutí lhůty pro podání nabídek doplněna o údaje, doklady, vzorky nebo modely, které budou hodnoceny podle kritérií hodnocení. Ani druhá část § 46 odst. 2 ZZVZ dovozená

rozhodovací praxí, podle níž je po uplynutí lhůty pro podání nabídek zakázáno změnit nabídnutý předmět plnění, na posuzovaný případ z následujících důvodů nedopadá, jak ve vztahu ke vzorkům plnění předvedeným vybraným dodavatelem nesprávně dovodil Úřad v rámci výroku I napadeného rozhodnutí.

46. Zadavatel totiž v zadávacích podmínkách nepožadoval, aby součástí podaných nabídek byly vzorky plnění, a proto součástí nabídky vybraného dodavatele neměl být (a ani nebyl) vzorek lůžka GENE0. V takovém případě nelze první předvedení vzorku plnění vybraným dodavatelem považovat za doplnění jeho nabídky o vzorek plnění, který v ní chyběl, a druhé předvedení vzorku za změnu nabídky (pokud by se vzorky lišily). Úřad v bodě 121 napadeného rozhodnutí přisvědčil zadavateli, že zadavatel nepožadoval, aby účastníci zadávacího řízení v rámci svých nabídek předložili návod k použití, a proto dle Úřadu změna návodu sama o sobě nepředstavuje materiální změnu nabídky. Stejná argumentace však platí i v případě vzorku plnění, který rovněž neměl být součástí nabídek podaných účastníky zadávacího řízení.
47. Jak bude dále vysvětleno, první předvedení vzorku plnění vybraným dodavatelem a jeho případná změna za účelem jeho druhého předvedení (stejně jako předložení návodu k použití lůžka nad rámec nabídky po lhůtě pro podání nabídek a jeho případná změna) mělo jiný význam než doplnit a změnit jím podanou nabídku, a proto je nezbytné tyto úkony zadavatele a vybraného dodavatele právně kvalifikovat jiným způsobem než jako změnu nabídky ve smyslu § 46 odst. 2 ZZVZ, jak nesprávně dovodil Úřad ve výroku I napadeného rozhodnutí a jeho odůvodnění.
48. Zadavatel stanovil v čl. 3 zadávací dokumentace, že *„je oprávněn pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení, tj. pro ověření, zda nabízený předmět plnění splňuje všechny zadavatelem požadované technické, kvalitativní a funkční parametry, požadovat, aby účastník objasnil svou nabídku, tj. požadovat v rámci posouzení nabídek, předložení a předvedení vzorku nabízeného plnění v úrovni všech parametrů požadovaných v zadávací dokumentaci“*. Tato zadávací podmínka (jejíž přiměřenost nebyla žádným dodavatelem zpochybněna) konkretizuje a rozvádí obecné právo zadavatelů vymezené v § 39 odst. 5 ZZVZ, podle něhož *„zadavatel může ověřovat věrohodnost poskytnutých údajů, dokladů, vzorků nebo modelů a může si je opatřovat také sám. Vzorky může zadavatel podrobovat zkouškám a vycházet z výsledků těchto zkoušek“*.
49. Ověřování věrohodnosti údajů či dokladů, kterými účastníci zadávacího řízení prokazují splnění podmínek účasti nebo jež předkládají za účelem hodnocení, lze považovat za důležité právo zadavatelů, protože nepřesné, zavádějící či nepravdivé údaje v nabídkách (způsobené omylem či úmyslně), které zadavatelé v průběhu zadávacího řízení neodhalí, mají často negativní dopad na zadávací řízení a hospodářskou soutěž. Účelem případného předvedení vzorků plnění ve smyslu čl. 3 zadávací dokumentace tak mělo být v šetřeném případě zejména ověření toho, že nabídka je reálná a že v ní obsažené údaje a doklady odpovídají skutečnosti. V reakci na napadené rozhodnutí je však třeba současně podotknout, že zadavatel mohl ověřovat nabídku vybraného dodavatele i jiným způsobem než předvedením vzorku plnění. Pokud by se tak dělo např. prostřednictvím informací získávaných od předchozích zákazníků vybraného dodavatele (zejména nemocnic) či odborných posudků, a tyto údaje by byly v rozporu s nabídkou podanou vybraným dodavatelem a technickými podmínkami veřejné zakázky, Úřad by jistě neměl pochybnosti o tom, že tímto způsobem nedošlo k doplnění či změně nabídky vybraného dodavatele.

50. Při prvním předvedení vzorku lůžka GENE0 nabídnutého vybraným dodavatelem, které se uskutečnilo dne 6. 1. 2022, se vyskytly na straně zadavatele nejasnosti ohledně toho, zda tento vzorek splňuje požadavky normy ČSN EN 60601-2-52 na minimální prostor pro nohu. Z vyjádření zadavatele učiněných v průběhu správního řízení vyplývá, že lůžko již v době jeho prvního předvedení disponovalo funkcionalitou zvukové signalizace a trvalé aktivace, avšak členové jím ustanovené komise si pouze nebyli jisti tím, zda toto řešení vyhovuje uvedenému požadavku normy. To bylo až později potvrzeno Strojírenským zkušebním ústavem, na základě jehož zprávy zadavatel dospěl k závěru o splnění této technické podmínky.
51. Úřad z dokumentace o zadávacím řízení zjistil, že zadavatel první předvedení vzorku lůžka nezaznamenal dostatečně podrobným způsobem, a proto jeho tvrzení učiněná až v průběhu správního řízení, že vzorek lůžka disponoval funkcionalitou zvukové signalizace a trvalé aktivace již při jeho prvním předvedení, nelze z dokumentace o zadávacím řízení ověřit. Naopak z některých indicií Úřad dovozoval, že lůžko uvedenou funkcionalitou nedisponovalo a bylo o ni doplněno až před jeho druhým předvedením dne 27. 1. 2022.
52. K tomu uvádím, že v situaci, kdy tvrzení zadavatele o tom, že vzorek lůžka disponoval již při jeho prvním předvedení funkcionalitou zvukové signalizace a trvalé aktivace, není možné dostatečně průkazným způsobem ověřit z příslušné části dokumentace o zadávacím řízení, je třeba posoudit, zda má tato skutečnost dopad na zákonnost zadávacího řízení (včetně dodržení zásady transparentnosti). Jak Úřad správně uvedl v bodě 124 napadeného rozhodnutí, *„pokud i po podrobném zkoumání nelze zjistit, zda je postup zadavatele v zadávacím řízení v souladu se zákonem, platí, že je netransparentní, neboť jej nelze zpětně přezkoumat“*. O netransparentnosti postupu zadavatele lze hovořit pouze v případě, že z dokumentace o zadávacím řízení nelze ověřit právně významné skutečnosti. Jakkoliv je vhodné, aby byl průběh zadávacího řízení průběžně a detailně dokumentován, nelze z opomenutí protokolace každého detailu dovozovat netransparentnost zadávacího řízení.
53. Při posuzování dodržení zásady transparentnosti zadavatelem v souvislosti s prvním předvedením lůžka vybraným dodavatelem je rozhodné, že zadavatel na základě nedostatečně zaznamenaného prvního předvedení lůžka neučinil žádný (resp. zásadní) úkon v zadávacím řízení, když společnost PROMA REHA nevyloučil ze zadávacího řízení pro nesplnění požadavku normy ČSN EN 60601-2-52 na minimální prostor pro nohu ani nerozhodl o jejím výběru podle § 122 odst. 1 ZZVZ. Zadavatel tohoto účastníka zadávacího řízení pouze vyzval k druhému předvedení vzorku lůžka, přičemž z příslušné části dokumentace o zadávacím řízení nelze ověřit, zda tak učinil proto, že si nebyl jistý, zda funkcionalita zvukové signalizace a trvalé aktivace naplňuje požadavek normy ČSN EN 60601-2-52 na minimální prostor pro nohu (jak následně tvrdil v průběhu správního řízení), anebo proto, že vzorek lůžka při jeho prvním předvedení tuto funkcionalitu vůbec neměl (čemuž dle Úřadu nasvědčují některé indicie). Jsem toho názoru, že ať už se zadavatel nacházel po prvním předvedení lůžka v kterékoliv z těchto dvou situací, tak postup, který následně zvolil, nelze označit za nezákonný či netransparentní.
54. Pokud by měl vzorek lůžka již při jeho prvním předvedení funkcionalitu zvukové signalizace a trvalé aktivace, znamenalo by to, že splňoval požadavek normy ČSN EN 60601-2-52 na minimální prostor pro nohu (jak dovodili zadavatel i Úřad zejména ze zprávy vyhotovené Strojírenským zkušebním ústavem). Případné pochybnosti členů hodnotící komise by na tuto skutečnost nemohly mít žádný vliv a zadavatel by z tohoto důvodu nemohl vyloučit společnost

PROMA REHA z účasti v zadávacím řízení (což ani neučinil). Zadavatel však po prvním předvedení vzorku lůžka nerozhodl ani o výběru nabídky této společnosti jako nejvhodnější, k čemuž by mohl přistoupit, pouze pokud by se byl již v tento okamžik schopen transparentně vypořádat s otázkou shody tohoto vzorku s požadavky normy ČSN EN 60601-2-52 (což nebyl).

55. Naopak pokud by **vzorek lůžka** nedisponoval při jeho prvním předvedení funkcionalitou zvukové signalizace a trvalé aktivace, nesplňoval by **tento vzorek** požadavek normy ČSN EN 60601-2-52 na minimální prostor pro nohu. Zadavatel měl v takovém případě možnost společnost PROMA REHA (která v té době ještě ani nebyla vybraným dodavatelem²) vyzvat podle § 46 odst. 1 ZZVZ k opětovnému předvedení vzorku lůžka (podle tohoto ustanovení zákona může zadavatel žádost podle § 46 odst. 1 ZZVZ učinit opakovaně). V zadávacích řízeních je přitom zcela běžné, že zadavatelé opakovaně vyzývají účastníky zadávacího řízení podle tohoto ustanovení zákona k objasnění nebo doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů, přestože v zásadě mají právo daného dodavatele bez dalšího vyloučit z účasti v zadávacím řízení.
56. V této souvislosti je třeba zdůraznit, že předvedení vzorku lůžka GENEIO, který neměl být a nebyl součástí nabídky, a jehož prostřednictvím zadavatel po lhůtě pro podání nabídek (pouze) ověřoval věrohodnost nabídky, nebylo způsobitelné doplnit či změnit nabídku podanou vybraným dodavatelem ve lhůtě pro podání nabídek (jak nesprávně dovozují Úřad v rámci výroku I napadeného rozhodnutí a jeho odůvodnění). Případně vadný vzorek tohoto lůžka při jeho prvním předvedení dne 6. 1. 2022 proto neznamenal, že společnost PROMA REHA tento den přestala nabízet plnění, které bylo v souladu se zadávacími podmínkami. A případná úprava vzorku lůžka za účelem jeho druhého předvedení nemohla představovat změnu nabídky, ale pouze změnu vzorku (jenž neměl být součástí nabídky), která není zákonem zakázána, resp. je dovolena na základě opakované výzvy zadavatele podle § 46 odst. 1 ZZVZ.
57. Rovněž z žádného ustanovení ZZVZ či zadávacích podmínek nevyplývá, že by účastníci zadávacího řízení byli povinni disponovat v okamžiku podání nabídky vzorkem plnění, který plně odpovídá jejich nabídce (tzn. že by museli mít skladem minimálně jeden kus předmětného lůžka). A naopak ze skutečnosti, že účastník zadávacího řízení případně předložil za účelem předvedení vadný vzorek plnění, nelze automaticky dovozovat, že v době podání nabídky bezvadným vzorkem plnění vůbec nedisponoval (např. mohlo dojít k tomu, že přivezl na předvedení vzorku plnění „pouze“ vadný kus či nesprávný vzorek).
58. Na podporu právě uvedených závěrů, které vycházejí ze zadávací podmínky stanovené zadavatelem v čl. 3 zadávací dokumentace (viz bod 48 tohoto rozhodnutí) a § 39 odst. 5 ZZVZ ve spojení s § 46 odst. 1 ZZVZ, lze odkázat na velice obdobnou právní úpravu, která se vztahuje pouze k vybranému dodavateli (ve smyslu § 122 odst. 1 ZZVZ). Podle § 104 písm. a) ZZVZ *„zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat od vybraného dodavatele jako další podmínky pro uzavření smlouvy předložení dokladů nebo vzorků vztahujících se k předmětu plnění veřejné zakázky nebo kvalifikaci dodavatele“*. Podle § 122 odst. 3 písm. b) ZZVZ *„zadavatel odešle vybranému dodavateli výzvu k předložení dokladů nebo vzorků, jejichž předložení je podmínkou uzavření smlouvy, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104“*. Podle

² Společnost PROMA REHA, která je v současné době vybraným dodavatelem a je i takto v tomto rozhodnutí většinou označována, nebyla v době předvádění vzorků lůžka GENEIO vybraným dodavatelem ve smyslu § 122 odst. 1 ZZVZ. Zadavatel k jejímu výběru přistoupil až dne 5. 5. 2022 poté, co si ověřil údaje a doklady obsažené v její nabídce.

§ 122 odst. 6 ZZVZ „v případě výzvy podle odstavce 3 nebo 5 se postupuje podle § 46 odst. 1 obdobně“.

59. Z právě citované právní úpravy vyplývá, že zadavatelé v případě výzvy k předložení vzorků zasílané vybranému dodavateli postupují podle § 46 odst. 1 ZZVZ obdobně, tzn. že jsou mimo jiné oprávněni tuto výzvu učinit opakovaně. Ve shodě s tím se v komentáři k § 122 ZZVZ uvádí, že „zadavatel údaje, doklady nebo vzorky poskytnuté vybraným dodavatelem na základě výzvy zadavatele následně posoudí, a pokud nebudou doloženy v požadovaném rozsahu, budou obsahovat nedostatky, či ve stanovené lhůtě nebudou doloženy vůbec, zadavatel vybraného dodavatele buď může vyzvat dle § 46 odst. 1 opakovaně, anebo jej vyloučí. [...] ZVZ výslovně neuvádí, zda je vybraný dodavatel oprávněn na základě výzvy zadavatele dle odstavce 3 komentovaného ustanovení předložit vzorky nové, upravené (například s vyhovujícími parametry), pokud výsledek zkoušek vzorků neodpovídá zadávacím podmínkám. S ohledem na ustanovení § 46 odst. 1 se však lze domnívat, že by to možné být mělo“.
60. V posuzovaném případě zadavatel po prvním předvedení vzorku lůžka GENE0 neučinil žádné rozhodnutí ve vztahu k nabídce společnosti PROMA REHA a o výběru této společnosti rozhodl až po druhém předvedení vzorku tohoto lůžka, ke kterému tuto společnost opakovaně vyzval v souladu s § 46 odst. 1 ZZVZ, a po předložení protokolu vyhotoveného Strojírenským zkušebním ústavem. Jak uvedl sám Úřad v napadeném rozhodnutí, zadavatel průběh druhého předvedení lůžka a navazující závěry, které ho vedly k výběru nabídky společnosti PROMA REHA, dostatečně zaznamenal v dokumentaci o zadávacím řízení, a proto je rozhodnutí o výběru této společnosti z tohoto pohledu přezkoumatelné, a tudíž i v souladu se zásadou transparentnosti.

Shrnutí

61. Ve vztahu k této části odůvodnění shrnuji, že se neztotožňuji s právní kvalifikací předvedení vzorků plnění provedenou Úřadem ve výroku I napadeného rozhodnutí [viz bod 33 písm. (ii) tohoto rozhodnutí]. Vzorky plnění neměly být součástí nabídek podaných účastníky zadávacího řízení a předvedení vzorku lůžka GENE0 nabídnutého vybraným dodavatelem se uskutečnilo podle čl. 3 zadávací dokumentace zejména za účelem ověření věrohodnosti údajů a dokumentů uvedených v jeho nabídce (ve smyslu § 39 odst. 5 ZZVZ). Z těchto důvodů nelze chápat první předvedení vzorku lůžka GENE0 vybraným dodavatelem jako doplnění či dotvoření jeho nabídky a případnou změnu vzorku za účelem jeho druhého předvedení nelze kvalifikovat jako změnu nabídky, na kterou dopadá zákaz stanovený v § 46 odst. 2 ZZVZ.
62. Úřadu lze dát za pravdu v tom, že ze samotné dokumentace o zadávacím řízení nelze ověřit, zda vzorek lůžka při jeho prvním předvedení disponoval funkcionalitou zvukové signalizace a trvalé aktivace (to vyplývá až z prohlášení zadavatele učiněných v průběhu tohoto správního řízení). S Úřadem se však již neztotožňuji v tom, že se jedná o nedostatek v postupu zadavatele, který by způsobil netransparentnost šetřeného zadávacího řízení.
63. Za prvé je to z toho důvodu, že zadavatel v návaznosti na první předvedení lůžka nerozhodl o výběru společnosti PROMA REHA ve smyslu § 122 ZZVZ či o jejím vyloučení ze zadávacího řízení, a proto není právně významné ověřit, zda již první vzorek lůžka disponoval funkcionalitou zvukové signalizace a trvalé aktivace.

64. Za druhé je to proto, že pokud by vzorek lůžka při jeho prvním předvedení nebyl v souladu s normou ČSN EN 60601-2-52, zadavatel byl oprávněn vyzvat společnost PROMA REHA v souladu s § 46 odst. 1 ZZVZ k opětovnému předvedení jiného či upraveného vzorku lůžka a tato společnost měla v návaznosti na žádost zadavatele právo předvést jiný či upravený vzorek lůžka GENEIO. Změna vzorku plnění ve fázi posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, který neměl být součástí nabídky a jehož účelem bylo ve smyslu § 39 odst. 5 ZZVZ ověření údajů a dokladů obsažených v nabídce, tedy není zákonem zakázána, resp. je účastníkovi zadávacího řízení na základě výzvy zadavatele umožněna.
65. V šetřené věci je rozhodné, že zadavatel dostatečně zaznamenal druhé předvedení vzorku plnění, neboť až na jeho základě (ve spojení s dalšími skutečnostmi) rozhodl o výběru nabídky společnosti PROMA REHA podle § 122 odst. 1 ZZVZ jako ekonomicky nejvýhodnější. Z dokumentace o zadávacím řízení je tak možné ověřit závěr zadavatele o shodě lůžka GENEIO s požadavkem normy ČSN EN 60601-2-52 na minimální prostor pro nohu, a proto byl jeho postup v tomto ohledu dostatečně transparentní.

VIII. K důvodům zrušení výroků II-IV napadeného rozhodnutí

66. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl o uložení opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele shledaného ve výroku I napadeného rozhodnutí, výrokem III napadeného rozhodnutí zakázal zadavateli uzavřít rámcovou dohodu v části 1 zadávacího řízení a výrokem IV napadeného rozhodnutí mu uložil povinnost uhradit náklady řízení.
67. Výroky II-IV napadeného rozhodnutí tvoří se zrušeným výrokem I napadeného rozhodnutí nedílný celek a jsou na něm závislé, a proto jsem rovněž rozhodl o zrušení těchto navazujících výroků napadeného rozhodnutí.

IX. K trvání zákazu uzavřít rámcovou dohodu v části 1 zadávacího řízení

68. Úřad rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-S0250/2022/VZ, č. j. ÚOHS-25739/2022/500 ze dne 29. 7. 2022 nařídil z moci úřední předběžné opatření, jímž zadavateli zakázal do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít rámcovou dohodu v části 1 zadávacího řízení. Z důvodu právní jistoty upozorňuji zadavatele na skutečnost, že nařízené předběžné opatření doposud nepozbylo účinnosti a trvá i po vydání tohoto rozhodnutí o rozkladech vybraného dodavatele a zadavatele.

X. Závěr

69. Po zvážení všech aspektů dané věci jsem dospěl k závěru, že výrok I napadeného rozhodnutí je nezákonný z důvodu nesprávného právního posouzení věci. Protože jeho nezákonnost nebylo možné napravit přímo v řízení o předmětných rozkladech změnou napadeného rozhodnutí podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, jelikož by tím navrhovateli hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se (podat rozklad), a současně proto, že Úřad v rámci napadeného rozhodnutí nevypořádal všechny námítky návrhu, nastaly podmínky podle § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona pro zrušení výroku I spolu s navazujícími výroky II-IV napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání. Úřad se v bude rámci nového projednání věci řídit závazným právním názorem, který je vyjádřen v tomto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Mgr. Jan Hrazdira, advokát, HKDW HOLASEK s.r.o., advokátní kancelář, Na Příkopě 583/15, 110 00 Praha 1
2. L I N E T spol. s r.o., Želevčice 5, 274 01 Slaný
3. PROMA REHA, s.r.o., Riegrova 342, 552 03 Česká Skalice

Vypraveno dne

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