Rozhodnutí nabylo právní moci dne 23. 5. 2008.

Č. j. S096/2008/VZ-07827/2008/520/EM V Brně dne 5. května 2008

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., zákona č. 296/2007 Sb. a zákona č. 76/2008 Sb., ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájeném dne 21. 3. 2008 na návrh ze dne 20. 3. 2008, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Krajská nemocnice T. Bati a. s., IČ 27661989, Havlíčkovo nábřeží 600, 762 75 Zlín, zastoupená Ing. Zdeňkem Miklem, MBA, ředitelem,

- navrhovatel – společnost FRESENIUS MEDICAL CARE Česká republika spol. s r. o., IČ 45790884, Lužná 591, 160 05 Praha 6, za niž jedná Ing. David Prokeš, jednatel, zastoupená v řízení před správním orgánem Mgr. Pavlem Pravdou, advokátem, Vodičkova 37, 110 00 Praha 1,

- vybraný uchazeč – Gemedika a. s., IČ 27080943, Budějovická 59, 252 42 Jesenice u Prahy, za niž jedná Ing. Libor Bauer, předseda představenstva,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Dialyzátory + výpůjčka dialyzačního monitoru vč. spotřebního materiálu“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení výzvou k podání nabídek a k prokázání splnění kvalifikace ze dne 14. 1. 2008,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Krajská nemocnice T. Bati a. s. – nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. a zákona č. 296/2007 Sb., tím, že posoudil nabídku uchazeče FRESENIUS MEDICAL CARE Česká republika spol. s r. o., Praha, jako nesplňující požadavek uvedený v bodě I. odst. 1 písm. a) a b) výzvy k podání nabídek ze dne 14. 1. 2008 a vyloučil uchazeče FRESENIUS MEDICAL CARE Česká republika spol. s r. o., Praha, z další účasti

v zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže **podle** § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., zákona č. 296/2007 Sb. a zákona č. 76/2008 Sb., **ruší** rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče FRESENIUS MEDICAL CARE Česká republika spol. s r. o., Praha, z další účasti v zadávacím řízení, oznámené jmenovanému uchazeči dopisem ze dne 19. 2. 2008, a všechny následné úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení.

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., zákona č. 296/2007 Sb. a zákona č. 76/2008 Sb., v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Krajská nemocnice T. Bati a. s. – **ukládá**:

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,-- Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 0960850001.

Odůvodnění

Krajská nemocnice T. Bati a. s., IČ 27661989, Havlíčkovo nábřeží 600, 762 75 Zlín, zastoupená Ing. Zdeňkem Miklem, MBA, ředitelem (dále jen „zadavatel“), zveřejnil dne 14. 1. 2008 výzvu k podání nabídek a prokázání kvalifikace ve zjednodušeném podlimitním řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. a zákona č. 296/2007 Sb. (dále jen „zákon“), na zadání veřejné zakázky „Dialyzátory + výpůjčka dialyzačního monitoru vč. spotřebního materiálu“ (dále jen „veřejná zakázka“).

Kritériem pro zadání veřejné zakázky byla ekonomická výhodnost nabídky podle ustanovení § 78 odst. 1 písm. a) zákona.

Výzva k podání nabídek a prokázání kvalifikace ze dne 14. 1. 2008 byla zaslána pěti zájemcům. Lhůta pro podání nabídek byla stanovena na 4. 2. 2008. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 5. 2. 2008 a z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 14. 2. 2008 vyplývá, že zadavatel přijal do konce lhůty pro podání nabídek 2 nabídky uchazečů:

- FRESENIUS MEDICAL CARE Česká republika spol. s r. o., IČ 45790884, Lužná 591, 160 05 Praha 6, za niž jedná Ing. David Prokeš, jednatel, zastoupená v řízení před správním orgánem Mgr. Pavlem Pravdou, advokátem, Vodičkova 37, 110 00 Praha 1 (dále jen „FRESENIUS MEDICAL CARE“ a „navrhovatel“),

- Gemedika a. s., IČ 27080943, Budějovická 59, 252 42 Jesenice u Prahy, za niž jedná Ing. Libor Bauer, předseda představenstva (dále jen „Gemedika a. s.“),

a obě vyhověly kontrole úplnosti.

Hodnotící komise při posuzování požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a po posouzení odborným členem hodnotící komise [redacted] Š[redacted] který konstatoval, že *„V zadání zakázky je požadavek na low flux dialyzátor. Firma Fresenius nabízí polysulfon HPS, F7 HPS s ultrafiltračním koeficientem 16ml/hod/mmHg a F8 HPS s ultrafiltračním koeficientem 18 ml/hod/mmHg. Dle klasifikace dialyzátorů tyto hodnoty neodpovídají low flux (ultrafiltrační koeficient do 10 ml/hod/mmHg), ale medium flux (viz Sylvie Sulková a kol.: Hemodialýza – Maxdorf r. 2000)“*, usoudila, že nabízený typ dialyzátoru uchazeče FRESENIUS MEDICAL CARE neodpovídá v technických parametrech požadavkům zadavatele uvedeným v zadávacích podmínkách, resp. že u nabízených dialyzátorů, v zadávacích podmínkách označených jako LOW FLUX, překračují hodnoty ultrafiltračního koeficientu zadavatelem požadovanou maximální hranici. Na základě zjištěných skutečností hodnotící komise nabídku uchazeče FRESENIUS MEDICAL CARE vyřadila. Ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 14. 2. 2008 je v bodě 6. Výsledek posouzení nabídek uvedeno, že nabízený typ dialyzátorů uchazeče FRESENIUS MEDICAL CARE neodpovídá požadavkům zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a dále pak v bodě 9. Výsledek hodnocení – pořadí nabídek, že nabídka uchazeče Gemedika a. s., odpovídá předpokládané ceně, a že technické parametry nabídky odpovídají požadavkům zadavatele. Hodnotící komise doporučila zadavateli přijmout nabídku uchazeče Gemedika a. s., jako nabídku vhodnou. Oznámení o vyloučení z další účasti v zadávacím řízení ze dne 19. 2. 2008 bylo uchazeči FRESENIUS MEDICAL CARE doručeno dne 22. 2. 2008. Rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky bylo oznámeno vybranému uchazeči společnosti Gemedika a. s. dopisem ze dne 22. 2. 2008.

Dne 3. 3. 2008 doručil uchazeč FRESENIUS MEDICAL CARE zadavateli námitky proti vyloučení z účasti v zadávacím řízení, ve kterých uvedl, že zadavatel ve výzvě k podání nabídek a prokázání kvalifikace nevymezil jeden nebo více technických parametrů na předmět veřejné zakázky a určil tyto technické parametry pouze obecně, přičemž při vyloučení uchazeče dodatečně stanovil detailní technický parametr, čímž se dostal do rozporu se zásadou transparentnosti uvedenou v § 6 zákona.

Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 10. 3. 2008 námitkám uchazeče FRESENIUS MEDICAL CARE nevyhověl. Citované rozhodnutí obdržel uchazeč dne 12. 3. 2008.

Vzhledem k tomu, že uchazeč FRESENIUS MEDICAL CARE nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 20. 3. 2008 návrh na přezkoumání rozhodnutí úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

V návrhu na přezkoumání rozhodnutí úkonů zadavatele se uchazeč FRESENIUS MEDICAL CARE vyjádřil ke skutečnostem uvedeným zadavatelem v rozhodnutí o nevyhovění námitkám a uvedl, že zadavatel nestanovil žádné jiné bližší technické parametry na LOW FLUX dialyzátory a, že označení LOW FLUX je pouze obecným označením dialyzátorů, bližší specifikace může být určena prostřednictvím tzv. ultrafiltračního koeficientu, nebo také clearance pro Beta 2 mikroglobulin. Navrhovatel uvádí, že zadavatel měl ve výzvě k podání nabídek uvést požadavek na maximální hodnotu ultrafiltračního koeficientu, jelikož ani odborná veřejnost se přesně neshoduje na detailech rozdělení

dialyzátorů na LOW FLUX a HIGH FLUX (ev. MEDIUM FLUX). Podle navrhovatele se zadavatel dostal do rozporu se zásadou transparentnosti uvedenou v § 6 zákona, když přesně nevymezil jeden nebo více technických parametrů na předmět veřejné zakázky a určil tyto technické parametry pouze obecně, přičemž při vyloučení uchazeče dodatečně stanovil detailní technický parametr.

V druhé části návrhu uvádí navrhovatel odkaz na následující zdroje odborné literatury:

- Kato et al., Association between interleukin-6 and karotid atherosclerosis in hemodialysis patiens, in Kidney International, Vol. 61 (2002), pp. 1143 – 1152,

- Dialysestandard 2006 der Deutschen Arbeitsgemeinschaft für klinische Nephrologie e. V.,

podle kterých se považují za LOW FLUX dialyzátory i ty, které mají ultrafiltrační koeficient vyšší, resp. výše ultrafiltračního koeficientu u dialyzátorů navrhovatele splňuje definici LOW FLUX dialyzátorů podle uvedené odborné literatury, jež se neztotožňuje s odbornou literaturou, podle které posuzoval hodnoty ultrafiltračního koeficientu stanoveného pro LOW FLUX dialyzátory zadavatel ve svém zdůvodnění o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení.

V další části navrhovatel navrhuje Úřadu posoudit, zda nabízené dialyzátory uchazeče Gemedika a. s., splňují požadavky technického parametru na LOW FLUX dialyzátory s ohledem na údaje uvedené na www.gambro.com, kde uvedené ultrafiltrační koeficienty u LOW FLUX dialyzátorů u vybraného uchazeče překročily zadavatelem požadované hodnoty. Dále navrhovatel zmiňuje, že v roce 2005 ve vyhlášeném zadávacím řízení na dodávku LOW FLUX dialyzátorů zadavatel pro stejný typ dialyzátorů nepožadoval splnění technického parametru ultrafiltračního koeficientu, a proto se mu současný požadavek jeví jako účelový.

Navrhovatel dále reaguje na argumenty zadavatele v rozhodnutí o námitkách, kde zadavatel uvádí, že pokud nebyly podmínky zadávacího řízení navrhovateli jasné, mohl navrhovatel požádat o předložení dodatečných informací. K tomu navrhovatel uvádí, že neměl pochybnosti o tom, že v zadávacím řízení byly požadované dialyzátory charakterizovány jako LOW FLUX, a to zejména s ohledem na odbornou literaturu, která považuje za LOW FLUX dialyzátory i dialyzátory navrhovatele.

Závěrem navrhovatel požaduje, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení, jelikož zadavatel nedodržel zásadu transparentnosti uvedenou v ustanovení § 6 zákona, případně, aby zrušil zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), obdržel návrh dne 21. 3. 2008 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., zákona č. 296/2007 Sb. a zákona č. 76/2008 Sb. (dále jen „zákon ve znění pozdějších předpisů“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel jedno vyhotovení návrhu dne taktéž 21. 3. 2008.

Účastníky řízení podle § 116 zákona ve znění pozdějších předpisů jsou:

- zadavatel,
- navrhovatel – FRESENIUS MEDICAL CARE,
- vybraný uchazeč – Gemedika a. s.

Zadavatel se k návrhu navrhovatele vyjádřil dopisem ze dne 27. 3. 2008, ve kterém uvedl, že navrhovatel nabídl dialyzátory, jejichž ultrafiltrační koeficienty odpovídají klasifikaci MEDIUM FLUX dialyzátorů, přičemž zadavatel uvádí odkaz na odbornou literaturu Sulková a kol. - Hemodialýza, jejíhož výkladu se při posuzování tohoto technického parametru drží. Zadavatel namítá, že odborná literatura uváděná navrhovatelem pro něj není relevantní, a že zadáním požadavku na LOW FLUX dialyzátory ve smyslu uvedené odborné literatury dostatečně vymezil požadovaný ultrafiltrační koeficient. Dále zadavatel konstatuje, že nesoulad v literatuře jednoznačně dokazuje, že každý z autorů bere hodnocení propustnosti dialyzátorů (ultrafiltrační koeficient) jinak, a proto se zadavatel drží výkladu posledně vydané české literatury, kterou je Sulková a kol. Hemodialýza.

Zadavatel konstatuje, že u dialyzátorů vybraného uchazeče Gemedika a. s. je splněna požadovaná maximální hodnota ultafiltračního koeficientu.

Ve výběrovém řízení v roce 2005 navrhovatel uspěl s dialyzátory, jejichž ultrafiltrační koeficient odpovídal klasifikaci LOW FLUX dialyzátorů podle stejné odborné literatury, jakou se řídí zadavatel v současnosti, přičemž zadavatel dodává, že navrhovatel měnil u předmětných dialyzátorů parametry a zároveň ponechal jejich název (LOW FLUX). Úpravou membrány zvýšil navrhovatel sporný ultrafiltrační koeficient a tudíž překročil zadavatelem maximální požadovanou hranici pro LOX FLUX dialyzátory.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. S096/2008/VZ/06295/2008/520/EM ze dne 26. 3. 2008. Současně Úřad usnesením č. j. S096/2008/VZ/06296/2008/520/EM ze dne 26. 3. 2008 stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které jsou oprávněni navrhovat důkazy a činit jiné návrhy, a oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko.

Dne 3. 4. 2008 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče Gemedika a. s., kde je uvedeno, že informace na internetových stránkách výrobce www.gambro.com jsou prospektem avizujícím upravené parametry. Přechod na nové parametry je vždy postupný, přičemž podstatné jsou příbalové letáky s validními parametry daných dialyzátorů, které vybraný uchazeč deklaroval do veřejné zakázky pro zadavatele. Vybraný uchazeč se domnívá, že tvrzení navrhovatele není správné.

Dopisem ze dne 4. 4. 2008 se k podkladům rozhodnutí vyjádřil navrhovatel, kde opakuje svoje argumenty z návrhu na přezkoumání rozhodnutí úkonů zadavatele a vyjadřuje se ke stanoviskům zadavatele a vybraného účastníka tak, že považuje tvrzení zadavatele o změně parametrů nabízených dialyzátorů za nepravdivé a dodává, že v nynější veřejné zakázce nabídl zadavateli stejné dialyzátory jako v roce 2005. Vyjádřením vybraného uchazeče není vyvráceno tvrzení navrhovatele o protiprávnosti rozhodnutí zadavatele o vyloučení, resp. vyřazení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení. Závěrem navrhovatel shrnuje své argumenty:

1) zadavatel veřejné zakázky účelově a dodatečně změnil zadávací podmínky zadávacího řízení, čímž porušil zásadu transparentnosti a neoprávněně vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení, resp. navrhovatel byl neoprávněně vyloučen hodnotící komisí,
2) navrhovatel již v minulosti uzavřel se zadavatelem smlouvu na dodávku stejných dialyzátorů na základě zadávacího řízení, ve kterém byly zadavatelem požadovány také LOW FLUX dialyzátory.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujícího zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména zadávací dokumentace, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při vyloučení uchazeče FRESENIUS MEDICAL CARE nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Zadavatel ve své výzvě ze dne 14. 1. 2008 vymezil předmět veřejné zakázky následovně:
„1. kapilární dialyzátory
a) LOW FLUX, syntetická membrána kapiláry, sterilizace parou či gama zářením, clearance pro fosfáty 185 > ml/min při průtoku krve 300 ml/min, průtok dialyzačního roztoku 500 ml/min, Q_F = 0 a hematokritu 0,32
b) LOW FLUX, syntetická membrána kapiláry, sterilizace parou či gama zářením, clearance pro fosfáty 155 - 170 ml/min při průtoku krve 200 ml/min, průtok dialyzačního roztoku 500 ml/min, Q_F = 0 a hematokritu 0,32.“

Zadavatel vyloučil navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení, jelikož jeden z parametrů (ultrafiltrační koeficient) u nabízených dialyzátorů nesplnil požadavky zadavatele v zadávacích podmínkách, když nesplnil maximální výši propustnosti dialyzátorů danou ultrafiltračním koeficientem, který je podle zadavatele dostatečně určen termínem LOW FLUX, a proto ho nespecifikoval konkrétním číselným požadavkem. Zadavatel se při zdůvodnění vyloučení navrhovatele opírá o klasifikaci LOW FLUX dialyzátorů podle odborné literatury Sulková a kol.: Hemodialýza, kde jsou stanoveny maximální hodnoty pro LOW FLUX dialyzátory tak, že *„jako nízkopropustné („low flux“) jsou označovány ty, jejichž ultrafiltrační koeficient KUf je nižší než 10 ml/mmHg/hod, vysokopropustné („high flux“) dialyzátory mají KUf vyšší“*, a z které vyplývá, že navrhovatelem nabízené dialyzátory tuto hranici překročily. Zadavatel sám upozorňuje v rozhodnutí o námitkách ze dne 10. 3. 2008 a ve svém vyjádření k návrhu uchazeče ze dne 27. 3. 2008 na nesoulad v odborné literatuře, přičemž uvádí, že se drží výkladu posledně vydané české souhrnné publikace. Oproti tomu navrhovatel se opírá o zahraniční odbornou literaturu, ve které jsou maximální uváděné hodnoty ultrafiltračního koeficientu pro LOW FLUX dialyzátory vyšší než ty, kterých se drží zadavatel.

Podle § 76 odst. 1 zákona ve znění pozdějších předpisů hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d). Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny.

Podle § 76 odst. 6 zákona ve znění pozdějších předpisů vyloučí veřejný zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena. Vyloučení uchazeče včetně důvodů veřejný zadavatel uchazeči bezodkladně písemně oznámí.

Jelikož zadávání veřejných zakázek je postupem směřujícím k uzavírání soukromoprávních smluv, je v případě řešení otázek týkajících se náležitostí úkonů učiněných zadavatelem či dodavatelem nutné přihlížet k obecné úpravě právních úkonů v obchodním a občanském zákoníku. V § 266 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“), je stanoveno, že projev vůle se vykládá podle úmyslu jednající osoby, jestliže tento úmysl byl straně, které je projev vůle určen, znám nebo jí musel být znám.

Podle § 266 odst. 2 obchodního zákoníku se v případech, kdy projev vůle nelze vyložit podle odstavce 1, vykládá projev vůle podle významu, který by mu zpravidla přikládala osoba v postavení osoby, které byl projev vůle určen. Výrazy používané v obchodním styku se vykládají podle významu, který se jim zpravidla v tomto styku přikládá.

V § 266 odst. 3 obchodního zákoníku je stanoveno, že při výkladu vůle podle odstavců 1 a 2 se vezme náležitý zřetel ke všem okolnostem souvisejícím s projevem vůle, včetně jednání o uzavření smlouvy a praxe, kterou strany mezi sebou zavedly, jakož i následného chování stran, pokud to připouští povaha věcí.

Projev vůle, který obsahuje výraz připouštějící různý výklad, je podle § 266 odst. 4 obchodního zákoníku třeba v pochybnostech vykládat k tíži strany, která jako první v jednání tohoto výrazu použila.

Uchazeč FRESENIUS MEDICAL CARE uvedl, že při podání své nabídky vycházel ze standardu pro klinickou nefrologii – Dialysestandard 2006 der Deutschen Arbeitsgemeinschaft für klinische Nephrologie e. V. – kde je uvedeno, že *„Low-flux-Dialysatoren sind solche mit einem Ultrafiltrationsfaktor von weniger als 20 ml/mmHg*h und einem Siebkoeffizienten für β2-Mikroglobulin von < 0,6.“* a z anglické odborné literatury – Kato et al., Association between interleukin-6 and karotid atherosclerosis in hemodialysis patiens, in Kidney International, Vol. 61 (2002), pp. 1143 – 1152 – kde je uvedeno, že *„All HD (hemodialysis) treatments were performed using one of the following membranes: low flux ultrafiltration rate (UFR <20 mL/min·h) modified regenerated cellulose hollow-fiber.“*

Z výše uvedených skutečností je zřejmé, že v odborné literatuře existují pro pojem „LOW FLUX“ u dialyzátorů rozdílné hodnoty ultrafiltračního koeficientu.

Zadavatel měl možnost konkrétní parametry LOW FLUX v zadávacích podmínkách uvést, případně mohl v zadávacích podmínkách odkázat na konkrétní literaturu, která bude hodnoty ultrafiltračního koeficientu LOW FLUX definovat, a tedy vyloučit možné pochybnosti o parametrech LOW FLUX. Pokud tak neučinil, nelze nejednoznačnost pojmu LOW FLUX přičítat k tíži uchazečů, a odkazovat na zadavatelem použitou literaturu až v době posuzování a hodnocení nabídek, tedy poté, co již uchazeči podali své nabídky a nemohou na takovou informaci ve svých nabídkách reagovat. Naopak s ohledem na ustanovení § 266 odst. 4 obchodního zákoníku je nutné pojem LOW FLUX vykládat k tíži zadavatele, který jej použil jako první.

Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup podle § 76 odst. 1 a 6 zákona při vyloučení uchazeče FRESENIUS MEDICAL CARE z další účasti v zadávacím řízení, když posuzoval jeho nabídku podle kritéria definovaného v zadavatelem zvolené odborné literatuře, jejíž použití v zadávacích podmínkách však nedeklaroval, a nezohlednil tak možnost různého

výkladu výše ultrafiltračního koeficientu pro požadované LOW FLUX dialyzátory podle jiné odborné literatury.

Tím, že zadavatel vyloučil uchazeče FRESENIUS MEDICAL CARE z další účasti v zadávacím řízení, mohlo dojít k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, když nabídka tohoto uchazeče nebyla hodnocena.

K požadavku navrhovatele, aby Úřad posoudil, zda nabízené dialyzátory uchazeče Gemedika a. s., splňují požadavky technického parametru LOW FLUX dialyzátorů, Úřad uvádí, že uchazeč Gemedika a. s. uvedl ve své nabídce následující hodnoty parametrů nabízených dialyzátorů: clearance dialyzátorů při Q_B 300 ml/min, Q_D 500 ml/min, $Q_F = 0$ a hematokritu 0,32 – ultrafiltrační koeficient 9,5 a clearance dialyzátorů při Q_B 200 ml/min, Q_D 500 ml/min, $Q_F = 0$ a hematokritu 0,32 – ultrafiltrační koeficient také 9,5. Stejné hodnoty ultrafiltračního koeficientu jsou uvedeny i v příbalových letácích, které byly přílohou k vyjádření uchazeče Gemedika a. s., jež Úřad obdržel od jmenovaného uchazeče dne 3. 4. 2008. Úřadem nebylo zjištěno, že by uchazeč Gemedika a. s. nevyhověl podmínkám zadavatele pro splnění technického parametru LOW FLUX dialyzátorů.

Úřad dále uvádí, že při rozhodování podle § 118 zákona je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že zadavatel závažně pochybil při vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení, pak Úřad musel zrušit úkon zadavatele spočívající ve vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení včetně úkonů navazujících, i rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a vrátil tak celé zadávací řízení do stavu před oznámením o vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení.

Zadavatel musí nabídku vyřazeného uchazeče znovu posoudit, přičemž hodnoty LOW FLUX, které uchazeč v nabídce uvedl, nelze považovat za nesplňující požadavek zadavatele, uvedený v bodě I. odst. 1 písm. a) a b) výzvy k podání nabídek ze dne 14. 1. 2008.

Náklady řízení

Podle § 119 odst. 2 zákona ve znění pozdějších předpisů je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 zákona v platném znění též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.

Vzhledem k tomu, že Úřad zrušil rozhodnutí o vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení včetně úkonů navazujících, i rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Jindřiška Koblihová
II. místopředsedkyně ÚOHS
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Krajská nemocnice T. Bati a. s., Havlíčkovo nábřeží 600, 762 75 Zlín
Gemedika a. s., Budějovická 59, 252 42 Jesenice u Prahy
Mgr. Pavel Pravda, advokát, Vodičkova 37, 110 00 Praha 1

Na vědomí:

FRESENIUS MEDICAL CARE Česká republika spol. s r. o., Lužná 591, 160 05 Praha 6

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce