

Č.j.: 3R23/02-Ku

V Brně dne 14.10.2002

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 11.7.2002 podaném společností Medial společnost s ručením omezeným, se sídlem Na dolinách 128/36, 147 00 Praha, zast. jednatelem Ing. Janem Markem, právně zast. JUDr. Antonínem Janákem, advokátem Advokátní kanceláře JANÁK ZEITHAML&spol., se sídlem Haštalská 27, 110 00 Praha 1, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 39-R/02-351/140/VŠ ze dne 19.6.2002, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Masarykovy nemocnice v Ústí nad Labem, příspěvková organizace, se sídlem Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem, zast. ředitelem MUDr. Jiřím Madarem, při zadání veřejné zakázky na „Nákup neionické jodové kontrastní látky“, výzvou ze dne 28.1.2002 více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb. a zákona č. 142/2001 Sb., jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu zvláštní komise ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona, rozhodl takto:

Napadené rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 39-R/02-351/140/VŠ ze dne 19.6.2002

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m .

Odůvodnění

Masarykova nemocnice v Ústí nad Labem, příspěvková organizace, se sídlem Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem, zast. ředitelem MUDr. Jiřím Madarem (dále jen „zadavatel“) vyzval dne 28.1.2002 více zájemců o veřejnou zakázku k podání nabídky podle § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb. a zákona č. 142/2001 Sb. (dále jen „zákon“) na „Nákup neionické jodové kontrastní látky“ (dále jen „výzva“).

V soutěžní lhůtě zadavatel obdržel tři nabídky, z nichž nabídka společnosti Medial společnost s ručením omezeným, se sídlem Na dolinách 128/36, 147 00 Praha, zast. jednatelem Ing. Janem Markem, právně zast. JUDr. Antonínem Janákem, advokátem Advokátní kanceláře JANÁK ZEITHAML&spol., se sídlem Haštalská 27, 110 00 Praha 1 (dále jen „uchazeč“) byla vyřazena z dalšího posuzování a hodnocení. Po provedeném posouzení a hodnocení předložených nabídek zadavatel vybral jako nejvhodnější dvě nabídky, a to společnost BYK Česká republik s.r.o., se sídlem Novodvorská 994. 142 21 Praha 4 a společnost Schering s.r.o., se sídlem Šafaříkova 17, 120 00 Praha 2.

Své rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky oznámil zadavatel dne 20.3.2002 hodnoceným uchazečům a dne 22.3.2002 oznámil uchazeči, že byl vyloučen z další účasti na veřejné zakázce s tím, že neprokázal kvalifikační předpoklady požadované dle § 2b zákona, konkrétně § 2b odst. 1 písm. d) a e) ve spojení s § 2b odst. 3 zákona, neboť jeho nabídka neobsahovala čestné prohlášení o splnění těchto kvalifikačních předpokladů odpovědným zástupcem.

Proti rozhodnutí o vyloučení podal dne 4.4.2002 uchazeč námitky, kterým zadavatel po jejich přezkoumání dne 16.4.2002 nevyhověl. Dne 6.5.2002 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) i zadavatel návrh na zahájení řízení o přezkoumání rozhodnutí zadavatele (dále jen „návrh“). Tímto dnem bylo podle § 57 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení, v němž jako účastníky ÚOHS označil zadavatele a uchazeče.

Ve svém návrhu uchazeč zejména namítá, že o vyloučení z účasti v soutěži rozhoduje vždy výlučně zadavatel a jménem zadavatele je oprávněn jednat pouze statutární orgán, který o takovém vyloučení vydá rozhodnutí, které doručí uchazeči. Tyto podmínky dopis, který je označen „oznámení o vyloučení ze soutěže“ nespĺňuje. Nebylo prokázáno, že jako statutární orgán mohl jednat Ing. Stanka. V daném případě je oprávněnou osobou MUDr. Madar a ne Ing. Stanka, vedoucí obchodního odboru. Dále uchazeč ve svém návrhu uvádí, že tvrzení, že jeho nabídka neobsahovala čestné prohlášení o splnění kvalifikačních předpokladů není pravdivé. Podle podmínek výzvy požadoval zadavatel prohlášení o splnění kvalifikačních předpokladů formou čestného prohlášení uchazeče. Uchazeč doložil živnostenským listem, že jednatelem společnosti a současně odpovědnou osobou je ing. Jan Marek. Z živnostenského zákona vyplývá, že pokud je jednatel současně odpovědnou osobou, neuvádí se na novějších formulářích živnostenských listů opětovný údaj o tom, že jednatel je současně odpovědnou osobou. Čestné prohlášení se jednoznačně vztahovalo k osobě ing. Jana Marka, jednatele společnosti a zároveň odpovědné osoby a i čestné prohlášení k osobě odpovědného zástupce bylo součástí materiálů, které uchazeč předložil ke své nabídce.

Závěrem návrhu se uchazeč domáhá, „aby Úřad pro ochranu hospodářské soutěže rozhodl tak, že při rozhodnutí o vyloučení společnosti Medial společnost s ručením omezeným ze soutěže „Nákup neionické kontrastní látky“ a při následném rozhodnutí o námitkách byl porušen tento zákon č. 199/1994 Sb., a uložil zadavateli provést nápravu, popřípadě zadání veřejné zakázky zrušil“.

Po posouzení a prošetření případu vydal ÚOHS dne 19.6.2002 pod č.j. S 39-R/02-351/140/VŠ rozhodnutí, kterým konstatoval, že rozhodnutím zadavatele o vyloučení uchazeče ze soutěže nebyl porušen zákon a podle § 60 písm. a) zákona návrh zamítl a v bodě II. výroku ÚOHS konstatoval, že rozhodnutím zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky bylo porušeno ustanovení § 49 odst. 10 zákona tím, že zadavatel rozhodl o výběru dvou nejvhodnějších nabídek a zadavateli se podle § 60 písm. b) zákona ukládá provést nápravu, a to zrušit rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a provést nové posouzení a hodnocení nabídek, vše do jednoho měsíce od nabytí právní moci uvedeného rozhodnutí.

Své rozhodnutí ÚOHS odůvodnil zejména tím, že v bodě 4 článku IV. Další požadavky zadavatele výzvy zadavatel požadoval předložení čestného prohlášení „o tom, kdo vykonává funkci odpovědného zástupce pro živnosti, které jsou nezbytné k plnění veřejné zakázky ...“. Požadované čestné prohlášení nebylo v nabídce uchazeče obsaženo, stejně tak jako v bodě 5 téhož článku požadované čestné prohlášení „o tom, že na splnění veřejné zakázky se nebude podílet jiná osoba..“. Vyloučení uchazeče ze soutěže bylo tedy v souladu se zákonem.

ÚOHS dále zjistil, v souladu s § 57 odst. 5 zákona, že zadavatel rozhodl najednou o vyloučení uchazeče a zároveň i o výběru nejvhodnější nabídky a to tak, že vybral jako nejvhodnější dvě nabídky a tím porušil § 49 odst. 10 a § 56 odst. 5 zákona. Dále porušil i § 56 odst. 1 a 2, když o námitkách rozhodl o den později a toto neobsahovalo poučení o možnosti podat k ÚOHS návrh. Zadavatel také porušil § 68 odst. 2 zákona, když svá rozhodnutí neodesílal doporučeně s poručenkou.

Proti tomuto rozhodnutí podal uchazeč v zákonné lhůtě rozklad, v němž uvádí shodné námitky jako již ve svém návrhu a dále uvádí, že zadavatel své rozhodnutí o vyloučení nesdělil bezodkladně uchazeči a k tomu tak učinil neoprávněnou osobou. Dále uvádí, že zadavatel nemůže jedním rozhodnutím vybrat nejvhodnější nabídku a zároveň vyloučit uchazeče pro nesplnění kvalifikačních předpokladů. Z dosavadního řízení a ani z napadeného rozhodnutí nijak nevyplývá, že statutární orgán zadavatele řádně učinil oba tyto oddělené a nezávislé úkony. Ke splnění prokázání kvalifikačních předpokladů uchazeč uvádí shodně jako ve svém návrhu, že čestné prohlášení se vztahovalo k osobě Ing. Jana Marka, jednatele společnosti a zároveň odpovědné osoby a tedy i čestné prohlášení k osobě odpovědného zástupce bylo součástí materiálů, které navrhovatel předložil ke své nabídce.

Závěrem svého rozkladu se uchazeč domáhá, aby „předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže rozhodl tak, že napadené rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19.6.2002, č.j. S 39-R/02-351/140/VŠ o vyloučení společnosti Medial společnost s ručením omezeným ze soutěže „Nákup neionické kontrastní látky“ zrušil a vrátil Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k dalšímu projednání, případně změnil tak, že vyhová návrhu navrhovatele tak, že uloží zadavateli provést nápravu ve věci týkající se i výroku I. rozhodnutí (vyloučení navrhovatele z veřejné zakázky), popřípadě zadání celé veřejné zakázky zrušil“.

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

ÚOHS tím, že svým rozhodnutím č.j. S 39-R/02-315/140/VŠ ze dne 19.6.2002 konstatoval, že rozhodnutím zadavatele o vyloučení uchazeče ze soutěže nebyl porušen zákon a návrh uchazeče podle § 60 písm. a) zákona zamítl a zároveň konstatoval, že rozhodnutím zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky byl porušen § 49 odst. 10 zákona, když zadavatel rozhodl o výběru dvou nejvhodnějších nabídek a zadavateli uložil podle § 60 písm. b) zákona zrušit rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

K námitkám ve věci vyloučení uchazeče ze soutěže uvádím, že jak nepochybně vyplývá ze zveřejněného znění výzvy, bodu „IV. Další požadavky zadavatele“, zadavatel požadoval, aby uchazeči splnili mimo jiné následující požadavky:

1. předložení autorizace v příslušném oboru činnosti,
2. předložení návrhu smlouvy včetně uvedení nabídkové ceny v české měně, a to včetně DPH a bez DPH,
3. položkový rozpočet, kterým budou vyčísleny úhrady za jednotlivé části plnění,
4. čestné prohlášení o tom, kdo vykonává funkci odpovědného zástupce pro živnosti, které jsou nezbytné k plnění veřejné zakázky (a předložením živnostenských oprávnění k ní prokazuje kvalifikační předpoklady), toto prohlášení musí být podepsáno osobou nebo osobami oprávněnými jednat za uchazeče,
5. čestné prohlášení o tom, že na splnění veřejné zakázky se nebude podílet jiná osoba, toto prohlášení musí být podepsáno osobou nebo osobami oprávněnými jednat za uchazeče, v případě, že se na plnění veřejné zakázky bude podílet jiná osoba, předloží uchazeč subdodavatelské schéma a prokáže kvalifikační předpoklady subdodavatele podle čl. III. odst. 3 této výzvy,
6. předložení seznamu realizovaných zakázek a referencí s vyznačením zakázek obdobného charakteru,
7. platební podmínky – minimální splatnost faktury 1 měsíc.

Z nabídky uchazeče je však zřejmé, že uchazeč nesplnil další požadavky zadavatele, když nepředložil čestné prohlášení (výše uvedené pod bodem 4.) o tom, kdo vykonává funkci odpovědného zástupce pro živnosti a dále nepředložil ani čestné prohlášení požadované zadavatelem (výše citované v bodě 5.) o tom, že na splnění veřejné zakázky se nebude podílet jiná osoba.... Jak jsem zjistil, v nabídce uchazeče je obsaženo pouze čestné prohlášení, kterým uchazeč prohlašuje, že „na majetek firmy Medial s.r.o., IČO 14892901, ani na můj majetek osobní nebyl nikdy vyhlášen konkurz nebo nebylo zahájeno konkurzní nebo vyrovnávací řízení, nebyl návrh na prohlášení konkurzu zamítnut pro nedostatek majetku úpadce a není v likvidaci. Dále čestně prohlašuji, že Medial s.r.o. nemá v evidenci daní zachyceny daňové nedoplatky. Dále čestně prohlašuji, že jsem nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání uchazeče, nebo pro trestný čin hospodářský nebo trestný čin proti majetku, a že jsem nebyl v posledních třech letech disciplinárně potrestán podle zvláštních předpisů upravujících výkon odborné činnosti, pokud tato činnost souvisí s předmětem veřejné zakázky a nemám splatný nedoplatek na

pojistném a na penále na veřejné zdravotní pojištění nebo na pojistném a na penále na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti. Čestně prohlašuji, že nejsem vyloučen z účasti na zadávání veřejných zakázek podle § 63.“.

Citované čestné prohlášení bylo podepsáno Ing. Janem Markem, jednatelem společnosti. K tomu dále uvádím, že podle § 49 odst. 5 zákona může zadavatel ve výzvě stanovit další požadavky, které musí být shodné pro všechny zájemce a může rovněž stanovit, že vylučuje možnost variantního řešení. Neztotožňuji se tedy s námitkami rozkladu, že z formulace citovaného prohlášení vyplývá, že „on jako osoba, tedy jako jednatel i jako odpovědná osoba podle zákona o živnostenském podnikání není vyloučen z účasti pro nesplňování v § 22 zákona“. Tyto námitky jsou pouze účelové a neodpovídají skutečnosti. Čestné prohlášení uchazeče není formulováno tak, jak uchazeč uvádí v rozkladu a odkaz na ustanovení § 22 zákona je zmatečný vzhledem k tomu, že toto ustanovení bylo již novelou č. 148/1996 Sb. zrušeno, nehledě k tomu, že zadavatel požadoval i čestné prohlášení, že na splnění zakázky se nebude podílet jiná osoba a to taktéž nebylo v nabídce přiloženo. ÚOHS tedy správně posoudil, že zadavatel nepochybil, když uchazeče ze soutěže vyloučil z důvodu, že v nabídce nebyla předložena čestná prohlášení požadovaná zadavatelem v bodě „IV. Další požadavky zadavatele“ vyhlášené výzvou.

K námitkám rozkladu ve věci formy samotného vyloučení uvádím, že ÚOHS v napadeném rozhodnutí správně posoudil, že zadavatel porušil § 56 odst. 1 a 2 zákona, když rozhodnutí o námitkách bylo učiněno o den později a neobsahovalo poučení o možnosti podat návrh. Dále ÚOHS správně posoudil i porušení § 68 odst. 2 zákona, když zadavatel své rozhodnutí neodesílal doporučeně s doručenkou. K tomu uvádím, že těmito formálními porušeními zákona nebyl uchazeč nijak na svých právech krácen, o čemž svědčí i ta skutečnost, že svůj návrh doručil ÚOHS i zadavateli včas a tento byl řádně projednán a bylo o něm rozhodnuto, nehledě k tomu, že zákon ve svých ustanoveních §§ 56 a 57 dostatečně jasně a srozumitelně možnost podat návrh zakotvuje.

K namítanému porušení zadavatele, týkající se osoby, prostřednictvím které bylo vyloučení uchazeče ze soutěže provedeno, konstatuji, že zadavatel k této věci uvádí, že způsob jednání za zadavatele upravuje zřizovací listina ze dne 19.12.2001, podle které jedná za zadavatele její statutární orgán – ředitel, přičemž vnitřní předpis nebo jiná příslušná písemnost mohou určit další osoby oprávněné jednat jménem organizace (čl. IX a X zřizovací listiny). V mezích těchto ustanovení pak na základě uděleného pověření (plné moci) jednal za zadavatele Ing. Radovan Stanka, vedoucí obchodního oddělení nemocnice a zadavatel tento úkon uznal za platný, což vyplývá i z jeho vyjádření k návrhu a rozkladu.

Mnohem závažnějším porušením zákona je však ta skutečnost, že zadavatel rozhodl najednou o vyloučení uchazeče ze soutěže a o výběru nejvhodnější nabídky a navíc za nejvhodnější nabídku označil dvě nabídky. Jako první přitom oznámil své rozhodnutí o výběru dvou nejvhodnějších nabídek a až následně oznámil uchazeči své rozhodnutí o vyloučení ze soutěže. ÚOHS tedy správně posoudil, že zadavatel porušil § 49 odst. 10 a § 56 odst. 5 zákona a ve výroku napadeného rozhodnutí uložil zadavateli toto rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zrušit. S tímto posouzením ÚOHS se plně ztotožňuji. Zadavatel skutečně pochybil, když vybral jako nejvhodnější dvě nabídky a rozhodl o vyloučení i o výběru, když § 56 odst. 5 stanoví, že před uplynutím lhůty pro podání námitek a jsou-li námitky podány včas, nesmí zadavatel činit žádné úkony směřující k dokončení zadání veřejné zakázky a ani uzavřít smlouvy ani zadání veřejné zakázky zrušit. Zákon taktéž v žádném ze svých ustanovení neuvádí, že zadavatel rozhodne o výběru nejvhodnějších

nabídek, např. dvou, ale rozhoduje vždy pouze o výběru nejvhodnější nabídky. Vzhledem k tomu, že zrušením rozhodnutí zadavatele o výběru „nejvhodnějších nabídek“ se soutěž dostane do stadia vyloučení uchazeče ze soutěže, pochybení zadavatele budou odstraněna. Zadavateli také nebude nic bránit v tom, aby postupoval dle vyhlášeného bodu „VIII. Výhrada zadavatele“, bod 1., ve kterém si zadavatel vyhradil právo nevybrat žádného z přihlášených zájemců a odmítnout všechny nabídky.

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

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Masarykova nemocnice v Ústí nad Labem, příspěvková organizace, se sídlem Sociální péče 3316/12A, 401 13 Ústí nad Labem, zast. ředitelem MUDr. Jirím Madarem,
2. JUDr. Antonín Janák, advokát Advokátní kanceláře JANÁK ZEITHAML&spol., se sídlem Haštalská 27, 110 00 Praha 1,
3. spis.

