

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE
601 56 Brno, Joštova 8

ROZHODNUTÍ

Č.j.: S 536-R/04-461/140/VŠ

V Praze dne 13.9.2004

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 22.7.2004 ve smyslu ustanovení § 57 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., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb., na základě návrhu uchazeče Johnson & Johnson, s.r.o., se sídlem Na Radosti 399, 155 25 Praha, jednajícího jednatelem a generálním ředitelem ing. Jirím Pavlíčkem, právně zastoupeného JUDr. Richardem Wagnerem, advokátem Advokátní kanceláře Pokorný, Wagner & spol., se sídlem Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha 1, na přezkoumání rozhodnutí zadavatele Fakultní nemocnice Na Bulovce, se sídlem Budínova 2, 180 01 Praha 8, jednajícího ředitelem MUDr. Pavlem Horákem, CSc., MBA, o vyloučení uvedeného uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži na „Dodávku implantátů“, vyhlášené zadavatelem uveřejněním v Obchodním věstníku č. 17/04 pod zn. 191810-17/04 dne 28.4.2004, zadané podle ustanovení § 4 a násl. 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., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb.,

rozhodl takto:

rozhodnutím ze dne 9.6.2004 zadavatele Fakultní nemocnice Na Bulovce, se sídlem Budínova 2, 180 01 Praha 8, jednajícího ředitelem MUDr. Pavlem Horákem, CSc., MBA, o vyloučení uvedeného uchazeče Johnson & Johnson, s.r.o., se sídlem Na Radosti 399, 155 25 Praha, z další účasti ve shora uvedené obchodní veřejné soutěži nedošlo k porušení 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., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb., a proto se na základě ustanovení § 60 písm. a) téhož zákona návrh uvedeného uchazeče na přezkoumání zmíněného rozhodnutí zadavatele **zamítá**.

Odůvodnění

Uveřejněním v Obchodním věstníku č. 17/04 pod zn. 191810-17/04 vyhlásil dne 28.4.2004 zadavatel Fakultní nemocnice Na Bulovce, se sídlem Budínova 2, 180 01 Praha 8, jednající ředitelem MUDr. Pavlem Horákem, CSc., MBA, (dále jen „zadavatel“) na základě ustanovení § 4 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., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon“) obchodní veřejnou soutěž na „Dodavatele implantátů“.

Do konce soutěžní lhůty stanovené podmínkami zadání obchodní veřejné soutěže doručilo svoje nabídky sedm uchazečů, jedním z nichž byl uchazeč Johnson & Johnson, s.r.o., se sídlem Na Radosti 399, 155 25 Praha, jednající jednatel a generálním ředitelem ing. Jiřím Pavlíčkem, právně zastoupený JUDr. Richardem Wagnerem, advokátem Advokátní kanceláře Pokorný, Wagner & spol., se sídlem Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha 1 (dále jen „uchazeč“).

Na základě protokolu komise pro otevírání obálek s nabídkami ze dne 9.6.2004 rozhodl zadavatel téhož dne s odvoláním na ustanovení § 29 odst. 4 zákona o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži. V rozhodnutí, které bylo uchazeči doručeno dne 11.6.2004, zadavatel citoval znění bodu X. Požadavek na poskytnutí jistoty včetně její výše podmínek zadání obchodní veřejné soutěže, v jehož rámci zadavatel mimo jiné stanovil, že „Bankovní záruka musí být v písemné formě předložena zadavateli nejpozději do konce soutěžní lhůty. Doklad o bankovní záruce uchazeči vloží do obálky s nabídkou“. K tomu zadavatel v rozhodnutí konstatuje, že „Po otevření obálky s nabídkou bylo zjištěno, že nabídka uchazeče obsahuje pouze kopii bankovní záruky. Uchazeč nesplnil podmínky obchodní veřejné soutěže. Na základě této skutečnosti zadavatel vylučuje uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži“.

S datem 21.6.2004 vznesl uchazeč proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži námitky, které byly zadavateli doručeny téhož dne.

Statutární orgán zadavatele dne 28.6.2004 oprávněnost uchazečem vznesených námitek přezkoumal a s odůvodněním jim nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách bylo uchazeči doručeno dne 13.7.2004.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel dne 22.7.2004, zadavatel již dne 20.7.2004, návrh uchazeče na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži; prvně uvedeným dnem bylo zahájeno správní řízení u orgánu dohledu ve smyslu ustanovení § 57 odst. 1 zákona.

Uchazeč ve svém návrhu uvádí, že úprava poskytnutí jistoty v podmínkách soutěže a zadávací dokumentaci, resp. Pokynech pro zpracování nabídky, které tvoří součást zadávacích podmínek, je nejasná, nesrozumitelná a vzájemně protichůdná. V bodu X. podmínek soutěže se mimo jiné stanoví, že „Bankovní záruka musí být v písemné formě předložena zadavateli nejpozději do konce soutěžní lhůty“, v Pokynech pro zpracování nabídky a to konkrétně v článku II bod 1 však zadavatel nicméně uvádí: „Závazné pořadí, ve kterém bude nabídka řazena – 1. Kopie dokladu o poskytnutí jistoty ve výši požadované v podmínkách soutěže a složené v souladu se zákonem“, a dále v článku II bod 1 písm. b) stanoví: „Bankovní záruka musí být v písemné formě předložena zadavateli nejpozději do konce soutěžní lhůty“. Zadávací dokumentace ani podmínky soutěže přitom nikterak neupravují otázku, jak mají uchazeči postupovat v případě rozporu podmínek soutěže a zadávací dokumentace.

Uchazeč dále uvádí, že zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách „vysvětlil“ výše uvedený rozpor mezi podmínkami soutěže a Pokyny pro zpracování nabídky tím, že „Kopie

dokladu o poskytnutí jistoty doplňuje úplnost nabídky uchazeče po vrácení jistoty podle § 25 zákona“. Na základě této „upřesňující“ interpretace by tak bylo možno dovodit, že originál záruční listiny měl být pravděpodobně vložen samostatně do obálky s nabídkou a vedle toho měla být kopie záruční listiny zařazena přímo do nabídky. Daná interpretace však v žádném případě nevyplývá z podmínek soutěže a Pokynů pro zpracování nabídky a není ji tak možno zohlednit při posuzování jasnosti a srozumitelnosti podmínek soutěže a Pokynů pro zpracování nabídky.

Pokud by zadavatel měl zájem o předložení záruční listiny v originále, uvádí uchazeč, musel by být daný požadavek formulován jasně, srozumitelně a určitě tak, aby byl vyloučen dvojitý či vícetý výklad tohoto požadavku. Nesplňují-li zadavatelem stanovené podmínky tyto vyjmenované základní požadavky, neměl by tento nedostatek podmínek soutěže být v žádném případě interpretován k tíži uchazeče.

V souladu s výše uvedeným tak uchazeč interpretoval povinnost ve věci předložení dokladu o poskytnutí bankovní záruky jako povinnost předložit bankovní záruku v kopii. Považuje v souvislosti s tím za nezbytné poukázat na ustanovení čl. II bod 7.2., 7.3. aj. Pokynů pro zpracování nabídky, která výslovně stanoví povinnost uchazeče tam uvedené dokumenty předložit v originále nebo ve stejnopise s ověřením jeho pravosti. Logickým výkladem a contrario tak lze nesporně dovodit, že pokud by doklad o poskytnutí bankovní záruky měl být předložen v originále (resp. v jeho úředně ověřené kopii), bylo by tak výslovně stanoveno v příslušném ustanovení Pokynů pro zpracování nabídky.

Dále uchazeč uvádí, že samotný zákon v souvislosti s poskytováním jistoty formou bankovní záruky stanoví, že „bankovní záruka musí být v písemné formě předložena zadavateli nejpozději do konce soutěžní lhůty“ (stejnou formulaci obsahuje i text podmínek soutěže ve svém článku X a článek II bod 1 písm. b) Pokynů pro zpracování nabídky). Zákon tedy nikterak neupravuje, zda ke splnění této zákonné povinnosti stačí předložit písemnou kopii dokladu o poskytnutí bankovní záruky, nebo zda je nezbytné předložení písemného originálu tohoto dokladu. Pokud by bylo možné uvedenou zákonnou povinnost interpretovat jako povinnost uchazeče předložit doklad o poskytnutí bankovní záruky v originále, není možno na základě této skutečnosti vyloučit uchazeče z této soutěže, neboť zákon ve svém ustanovení § 2h odst. 1 stanoví, že „za úplnost a správnost údajů obsažených v zadávací dokumentaci odpovídá zadavatel“ a Pokyny pro zpracování nabídky (jako součást zadávací dokumentace) výslovně stanovují povinnost uchazeče předložit „kopii dokladu o poskytnutí jistoty“. Případný rozpor mezi zákonem a zadávací dokumentací (resp. mezi jednotlivými částmi podmínek soutěže a Pokynů pro zpracování nabídky) tak nemůže být v žádném případě interpretován k tíži uchazeče.

V návrhu uchazeč rovněž upozorňuje na „nestandardní postup“ zadavatele při opakovaně prováděných změnách zadávací dokumentace nedlouho před uplynutím soutěžní lhůty, které podle jeho názoru nelze považovat za konformní s úpravou obsaženou v ustanovení § 4 odst. 1 zákona.

Na závěr svého návrhu uchazeč uvádí, že z výše uvedených skutečností jednoznačně vyplývá, že zadavatel svým postupem porušil především ustanovení § 2h odst. 1, § 29 odst. 4 a § 34 odst. 4 zákona. Z tohoto důvodu se uchazeč domáhá, aby Úřad rozhodl, že rozhodnutím o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži byl porušen zákon, aby toto rozhodnutí zrušil, na základě čehož bude uchazeč zařazen zpět mezi uchazeče o veřejnou zakázku.

Spolu s dokumentací o zadání veřejné zakázky obdržel Úřad dne 27.7.2004 i stanovisko zadavatele, datované téhož dne.

Zadavatel ve svém stanovisku uvádí, že jeho statutární orgán v rozhodnutí o námitkách konstatoval, že komise pro otevírání obálek s nabídkami postupovala v souladu se zákonem, neboť postupně podle pořadového čísla otevírala obálky s nabídkami a kontrolovala úplnost nabídek z hlediska požadavků uplatněných zadavatelem ve vyhlášených podmínkách soutěže. V jejich části X. Požadavek na poskytnutí jistoty včetně její výše v závěru zadavatel požadoval: „Bankovní záruka musí být v písemné formě předložena zadavateli nejpozději do konce soutěžní lhůty. Doklad o bankovní záruce uchazeči vloží do obálky s nabídkou. Při poskytnutí jistoty formou bankovní záruky nesmí být platnost bankovní záruky kratší než zadávací lhůta prodloužená o devadesát kalendářních dnů“. Pokud zadavatel v soutěžních podmínkách uvedl, že „doklad o bankovní záruce uchazeči vloží do obálky s nabídkou, pak jednoznačně vymezil, a to zcela v souladu s ustanovením § 24 odst. 2 zákona, povinnost uchazečům předložit zadavateli bankovní záruku v písemné formě do konce soutěžní lhůty, a to tím že uchazeči vloží tuto bankovní záruku do obálky s nabídkou. Uchazeč nepředložil zadavateli bankovní záruku v písemné formě nejpozději do konce soutěžní lhůty.

Podle ustanovení § 313 zák. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů „Bankovní záruka vzniká písemným prohlášením banky v záruční listině, že uspokojí věřitele do výše určité peněžní částky podle obsahu záruční listiny, jestliže určitá třetí osoba (dlužník) nesplní určitý závazek nebo budou splněny jiné podmínky stanovené v záruční listině“, uvádí dále zadavatel. Mezi beneficentem (oprávněným – zadavatelem) z bankovní záruky a bankou, která vystavuje bankovní záruku, nevznikne právní vztah dříve, než je záruční listina doručena beneficentovi (zadavateli). Tím, že uchazeč nedoručil (nepředložil) bankovní záruku ve lhůtě stanovené zákonem, tj. do konce soutěžní lhůty, nevznikl právní vztah z této bankovní záruky. Uchazeč neposkytl jistotu k zajištění splnění svých povinností vyplývajících z účasti v obchodní veřejné soutěži dle ustanovení § 23 odst. 1 zákona a zadavatel tak nemůže uplatnit výkon práva ve smyslu ustanovení § 26 zákona.

Zadavatel je toho názoru, že výkon práva dle § 26 zákona nelze uplatnit z „prosté kopie“ dokladu o poskytnuté jistotě (bankovní záruky).

Názor uchazeče na kopii dokladu o poskytnutí jistoty ve vztahu k Závaznému pořadí, ve kterém má být nabídka řazena (čl. II bod 1 Pokynů pro zpracování nabídky) je patrně veden snahou upozornit na rozpor mezi soutěžními podmínkami a zadávací dokumentací, takový rozpor však není. V uvedeném článku Pokynů pro zpracování nabídky zadavatel upřesnil pořadí, ve kterém bude nabídka řazena. V souladu s ustanovením § 25 zákona je zadavatel povinen uvolnit poskytnutou jistotu. Kopie dokladu o poskytnutí doplňuje úplnost nabídky uchazeče po vrácení jistoty podle § 25 zákona, uvádí zadavatel.

Zadavatel tedy jasně, srozumitelně a určitě vymezil požadavek na poskytnutí jistoty jako takové a způsob jejího doložení ve smyslu § 23 a násl. zákona, a to v části X zveřejněných soutěžních podmínek a dále stanovil v Pokynech pro zpracování nabídky, kam uchazeč zařadí kopii dokladu o poskytnuté jistotě.

Uchazeč nesplnil svoji povinnost poskytnout zadavateli jistotu v požadované výši nejpozději do konce soutěžní lhůty.

Na závěr svého stanoviska zadavatel uvádí, že na základě výše uvedených důvodů považuje návrh uchazeče za neodůvodněný. Uchazeč neposkytl jistotu k zajištění splnění svých povinností vyplývajících z účasti v obchodní veřejné soutěži. Tuto jistotu uchazeč doložil ke dni podání návrhu na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži.

Podle ustanovení § 58 zákona jsou účastníky řízení:

- a) zadavatel,
- b) uchazeč.

Úřad dopisem Č.j.: S 536-O/04-461/140/VŠ ze dne 29.7.2004 oznámil uvedeným účastníkům řízení zahájení správního řízení.

Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 57 a násl. zákona napadené rozhodnutí zadavatele ze dne 9.6.2004 o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži. Ve správním řízení Úřad provedl podle ustanovení § 32 a § 34 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů s odvoláním na ustanovení § 61 zákona zjišťování a dokazování obsahem dokumentace o zadání veřejné zakázky, obsahem návrhu na přezkoumání rozhodnutí a obsahem stanoviska zadavatele, přičemž dospěl k závěru, že zadavatel zákon neporušil.

V čl. X. Požadavek na poskytnutí jistoty včetně její výše podmínek zadání obchodní veřejné soutěže zadavatel v závěru stanovil, že „Bankovní záruka musí být v písemné formě předložena zadavateli nejpozději do konce soutěžní lhůty. Doklad o bankovní záruce uchazeči vloží do obálky s nabídkou. Při poskytnutí jistoty formou bankovní záruky nesmí být platnost bankovní záruky kratší než zadávací lhůta prodloužená o devadesát kalendářních dnů“. Tento požadavek zadavatele je bezesporu jasně, určitě a srozumitelně formulovaným samostatným požadavkem, jehož uvedený charakter není v rozporu, není zpochybněn jiným, rovněž bezesporu jasně, určitě a srozumitelně formulovaným samostatným požadavkem, stanoveným v čl. II bod 1 Pokynů pro zpracování nabídky (dále jen „Pokyny“), které tvoří součást zadávací dokumentace – (v čl. II. Závazné pořadí, ve kterém bude nabídka řazena těchto Pokynů je jako první v pořadí uvedeno:

„1. Kopie dokladu o poskytnutí jistoty

Kopie dokladu o poskytnutí jistoty ve výši požadované v podmínkách soutěže a složené v souladu se zákonem“).

Stanovil-li zadavatel v citovaném čl. X podmínek zadání obchodní veřejné soutěže, že „Doklad o bankovní záruce uchazeči vloží do obálky s nabídkou“, jednoznačně určil způsob, resp. místo, jak, resp. kam mají uchazeči bankovní záruku, resp. doklad o bankovní záruce, tedy písemnou záruční listinu vložit. Uvedené určení je v plném souladu s ustanovením § 24 odst. 2 věta druhá zákona. Pro posouzení, zda takto stanovený požadavek zadavatele, resp. podmínka uvedená v ustanovení § 24 odst. 2 věta druhá zákona byla v daném případě splněna není rozhodná uchazečem uváděná údajná kolize, rozpor mezi citovaným zněním čl. X podmínek zadání obchodní veřejné soutěže a citovaným zněním čl. II bod 1 Pokynů, tj., zda se jedná o originál dokladu o poskytnutí bankovní záruky nebo jeho kopii a jak, resp. kam s nimi, rozhodná je skutečnost, že uchazeč do obálky s nabídkou nevložit ani originál dokladu o poskytnutí bankovní záruky, ani jeho kopii, čímž nesplnil výše uvedený požadavek zadavatele, resp. podmínku uvedenou v ustanovení § 24 odst. 2 věta druhá zákona, neboť bankovní záruku v písemné formě nepředložil zadavateli nejpozději do konce soutěžní lhůty, a byl proto na základě ustanovení § 29 odst. 4 zákona vyloučen z další účasti v obchodní

veřejné soutěži právem. K tomu je nezbytné zároveň zdůraznit, že bankovní záruka je listina, kterou se banka zavazuje k výše uvedenému plnění, přičemž touto listinou se rozumí sama listina, tedy její vlastní originál, který z podstaty věci nelze nahradit kopií, opisem, stejnopisem, byť s ověřením pravosti, jako je tomu například u prokázání kvalifikačních předpokladů podle ustanovení § 2c zákona.

Uchazeč tím, že na straně 2 svojí nabídky předložil fotokopii dokladu o poskytnutí bankovní záruky splnil pouze jasně, určitě a srozumitelně formulovaný požadavek zadavatele stanovený v čl. II bod 1 Pokynů, není to však, ani to nelze považovat za splnění výše uvedeného požadavku zadavatele stanoveného v čl. X podmíněk zadání obchodní veřejné soutěže, resp. podmínky uvedené v ustanovení § 24 odst. 2 zákona.

Pokud jde o uchazečem namítaný způsob a čas zadavatelem prováděných změn zadávací dokumentace, Úřad neshledává, že způsob prováděných změn se řídí ustanovením § 4 odst. 1 zákona, rovněž pak neshledává, že čas, ve kterých ke změnám došlo znemožnil uchazeči předložení řádné nabídky do konce soutěžní lhůty.

S ohledem na všechny shora uvedené skutečnosti, které ve správním řízení prokázaly, že rozhodnutím zadavatele ze dne 9.6.2004 o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži nedošlo k porušení zákona, Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku.

Poučení o opravném prostředku:

Proti tomuto rozhodnutí je možno podat do 15 dnů od jeho doručení rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, Joštova 8, 601 56 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Miroslav Šumbera
vrchní ředitel

Rozhodnutí obdrží:

1. Fakultní nemocnice Na Bulovce, se sídlem Budínova 2, 180 01 Praha 8, jednajícího ředitelem MUDr. Pavlem Horákem, CSc., MBA
2. Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & spol., JUDr. Richard Wagner, advokát, Karolína Světlé 301/8, 110 00 Praha 1