

Č.j.: S 94/02-151/3060/02-če

V Brně dne 27. června 2002

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 15.5.2002 podle § 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. a zákona č. 142/2001 Sb., na návrh uchazeče obchodní společnosti PHOENIX lékárenský velkoobchod, a. s., K pérovně 945/7, 102 00 Praha 10 – Hostivař, za niž jedná Jiří Houser, předseda představenstva, ze dne 14.5.2002 na přezkoumání rozhodnutí zadavatele – Baťova nemocnice Zlín, příspěvková organizace, Havlíčkovo nábřeží 600, 762 75 Zlín, zastoupená MUDr. Jaroslavem Přehnalem, CSc., ředitelem nemocnice, ze dne 6.5.2002 o námitkách, podaných společností PHOENIX lékárenský velkoobchod, a. s., Praha, dopisem ze dne 29.4.2002, proti rozhodnutí zadavatele ze dne 23.4.2002 o vyloučení jmenovaného uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži na „dodávky léčivých přípravků“, vyhlášené podle části druhé citovaného zákona o zadávání veřejných zakázek v Obchodním věstníku č. 9/02 ze dne 27.2.2002 pod zn. 143552-09/02, rozhodl takto:

Rozhodnutím zadavatele Baťova nemocnice Zlín ze dne 23.4.2002 o vyloučení uchazeče společnosti PHOENIX lékárenský velkoobchod, a. s., Praha, z další účasti v obchodní veřejné soutěži na „dodávky léčivých přípravků“, **nedošlo k porušení zákona** o zadávání veřejných zakázek. Návrh uchazeče společnosti PHOENIX lékárenský velkoobchod, a. s., Praha, ze dne 14.5.2002 na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách se proto podle § 60 písm. a) 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., **zamítá**.

O d ů v o d n ě n í

Zadavatel – Baťova nemocnice Zlín, příspěvková organizace, Havlíčkovo nábřeží 600, 762 75 Zlín, zastoupená MUDr. Jaroslavem Přehnalem, CSc., ředitelem nemocnice (dále jen „zadavatel“), vyhlásil podle části druhé 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“), zveřejněním v Obchodním věstníku č. 9/02 ze dne 27.2.2002 pod zn. 143552-09/02 obchodní veřejnou soutěž na „dodávky léčivých přípravků“ (dále jen „soutěž“). Zadavatel podmínky soutěže změnil zveřejněním změny podmínek soutěže v Obchodním věstníku č. 14/02 ze dne 3.4.2002 pod zn. 145511-14/02 (prodloužil soutěžní lhůtu a upřesnil předmět plnění veřejné zakázky zasláním opraveného formuláře cenové nabídky, ve kterém byly vypuštěny položky, které se nevyrábí, resp. jim byla ukončena registrace, a to dopisem ze dne 25.3.2002, který podle doručky obdrželi oba uchazeči o veřejnou zakázku).

V podmínkách soutěže byl stanoven následující způsob hodnocení nabídek:

Nabídky budou hodnoceny podle ekonomické vhodnosti s využitím následujících kritérií:

1. Nabídková cena (váha kritéria 35 %).
2. Platební podmínky (váha kritéria 25 %).
3. Další smluvní podmínky (váha kritéria 15 %).
4. Doba závaznosti nabídkových cen (váha kritéria 12 %).
5. Operativnost dodávek (váha kritéria 8 %).
6. Reference uchazeče a jeho zkušenosti s dodávkami léčiv lůžkovým zdravotnickým zařízením (váha kritéria 5 %).

Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 17.4.2002 vyplývá, že zadavatel v soutěžní lhůtě obdržel dvě nabídky. Po posouzení úplnosti nabídek z hlediska podmínek soutěže zadavatel rozhodnutím ze dne 23.4.2002 vyloučil uchazeče obchodní společnost PHOENIX lékárenský velkoobchod, a. s. (dále jen „PHOENIX“), z další účasti v soutěži z důvodu „neprokázání kvalifikačních předpokladů a neúplnosti nabídky (předložený výpis z obchodního rejstříku není v souladu s podnikatelským oprávněním k realizaci celé veřejné zakázky, resp. uchazeč nepředložil doklad o zahájení řízení u rejstříkového soudu ve věci zápisu tohoto oprávnění, a předložený návrh rámcové smlouvy neobsahuje ustanovení výslovně požadované v zadávací dokumentaci, tj. závazek, že před skončením platnosti povolení k zacházení s návykovými látkami, uchazeč zadavateli předloží nové povolení, jehož platnost neskončí dříve než 31.12.2003)“.

Rozhodnutí zadavatele uchazeč obdržel podle doručky dne 25.4.2002. Proti svému vyloučení podal uchazeč PHOENIX dopisem ze dne 29.4.2002 námítky, které zadavatel převzal proti podpisu dne 3.5.2002. Po přezkoumání oprávněnosti podaných námitek se zadavatel rozhodl námítkám nevyhovět, což uchazeči oznámil dopisem ze dne 6.5.2002, který uchazeč podle doručky obdržel dne 13.5.2002. Uchazeč PHOENIX následně zaslal Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) návrh ze dne 14.5.2002 na přezkoumání rozhodnutí zadavatele orgánem dohledu. Orgán dohledu obdržel uvedený návrh dne 15.5.2002, přičemž jedno vyhotovení návrhu převzal proti podpisu dne 17.5.2002 i zadavatel. Doklad o složení jistoty formou složení peněžní částky na účet zadavatele (potvrzení tuzemské platby HVB Bank Czech republic a. s. ze dne 15.5.2002) je součástí dokumentace o zadání veřejné zakázky (dále jen „dokumentace“).

Uchazeč PHOENIX v návrhu ze dne 14.5.2002 uvedl (zkráceno):

Prvním důvodem pro vyloučení uchazeče bylo neprokázání kvalifikačních předpokladů. Uchazeč se však domnívá, že požadavky uvedené v § 2c odst. 1 zákona splnil.

Předmětem plnění veřejné zakázky jsou dodávky výhradně léčivých přípravků, ve smyslu zákona č. 79/1997 Sb., o léčivech a o změnách a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o léčivech“), a nikoliv dodávky návykových látek podle zákona č. 167/1998 Sb., o návykových látkách a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o návykových látkách“). Uchazeč připouští, že pro zacházení s některými léčivými přípravky, které obsahují návykové látky, uchazeč povolení Ministerstva zdravotnictví ČR (dále jen „MZ ČR“) potřebuje a proto je také zadavateli v nabídce předložil. Uchazeč se domnívá, že údaj, který má u předmětu podnikání uveden, tj. distribuce léčiv, v sobě zahrnuje obchodní činnost vztahující se na veškerá léčiva, tzn. i na ty, které obsahují návykové látky.

Uchazeč poukazuje na skutečnost, že žádný z významnějších distributorů léčiv v ČR v obchodním rejstříku předmět podnikání distribuci návykových látek nemá, včetně druhého uchazeče společnosti Alliance UniChem CZ, s. r. o., Praha (dále jen „Alliance“), kterého zadavatel nevyločil. Pokud tento uchazeč doložil doklad o zahájení řízení týkajícího se zápisu příslušného oprávnění k podnikání do obchodního rejstříku, uchazeč žádá o prověření, zda tomuto podání předcházelo řádné rozhodnutí valné hromady o změně společenské smlouvy, které je v případě rozšíření předmětu podnikání nezbytné.

Druhým důvodem vyloučení uchazeče byla neúplnost jeho nabídky, kdy návrh rámcové smlouvy neobsahoval ustanovení požadované v zadávací dokumentaci o závazku uchazeče, že před skončením platnosti povolení k zacházení s návykovými látkami uchazeč zadavateli předloží nové oprávnění, jehož platnost neskončí dříve než 31.12.2003. Toto ustanovení se týká rozhodnutí MZ ČR ze dne 1.6.2001, jehož platnost končí dne 13.6.2003. Uchazeč se domnívá, že neuvedení tohoto ustanovení ve smlouvě nemá pro smluvní strany téměř žádný praktický význam, neboť touto formulací jsou pouze upřesňovány obecné povinnosti uchazeče formulované v § 2d zákona (uchazeč je povinen hlásit do 14 dnů zadavateli změny, které nastaly po podání jeho nabídky a které se dotýkají údajů požadovaných zadavatelem při prokazování kvalifikace). Pokud by uchazeč pokračoval v dodávání léčiv, která obsahují návykové látky i po skončení platnosti příslušného povolení, porušil by závažným způsobem vedle § 2d zákona i zákon o návykových látkách. Je proto absurdní domnívat se, že by uchazeč včas MZ ČR o povolení k zacházení s návykovými látkami a přípravky nepožádal.

V rámci otevírání obálek se uchazeč PHOENIX dozvěděl, že je jeho nabídka cenově výhodnější než nabídka druhého uchazeče. Uchazeči se proto „jeví jeho vyloučení (z pohledu uchazeče z ryze formálních důvodů) jako nepřijatelné, ačkoliv požadavkům zákona vyhověl a přitom byla zcela pomínuta výhodnost jeho nabídky“. Uchazeč navrhuje, aby orgán dohledu jeho návrhu na přezkoumání rozhodnutí zadavatele vyhověl a rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče zrušil.

Zadavatel dopisem ze dne 20.5.2002 zaslal orgánu dohledu dokumentaci a své stanovisko k návrhu, ve kterém uvedl (zkráceno):

Zadavatel nesouhlasí s tvrzením uchazeče PHOENIX, že předmětem plnění veřejné zakázky jsou pouze dodávky léčiv a nikoliv návykových látek, a že tedy postačuje oprávnění k „distribuci léčiv“ vč. těch, která obsahují návykové látky. Působnost zákona o návykových látkách je vymezena v § 1 písm. a) tohoto zákona tak, že se vztahuje mj. i na zacházení s přípravky obsahujícími návykové látky, mezi něž patří též léčivé přípravky obsahující

návykové látky (část předmětu plnění). Podle § 3 tohoto zákona zahrnuje pojem zacházení rovněž právní vztahy při tom vznikající. Zákon se tedy vztahuje též na nákup a prodej (distribuci) léčivých přípravků, spadajících pod jeho režim, tzn., že k distribuci je nutné povolení k nakládání s návykovými látkami a nelze ji provádět jen na základě oprávnění k distribuci léčiv. Podle § 41 zákona o návykových látkách zůstávají nedotčena ustanovení zvláštních právních předpisů týkajících se návykových látek a přípravků, mezi něž je v poznámce pod čarou zařazen též zákon o léčivech. Léčiva obsahující návykové látky tedy spadají pod režim zákona o návykových látkách a jejich distribuci lze provádět jen na základě povolení MZ ČR.

Oprávnění k zacházení s návykovými látkami podle zákona o návykových látkách je samostatným oprávněním k podnikání a není totožné s oprávněním k distribuci léčiv podle zákona o léčivech. Jako samostatné podnikatelské činnosti uvádí distribuci léčiv a zacházení s návykovými látkami též živnostenský zákon v negativním výčtu podnikatelských činností, které nejsou živnostmi. Za oprávnění k podnikání ve smyslu § 2b odst. 1 písm. a) zákona považuje zadavatel každé oprávnění k podnikatelské činnosti, bez něhož nelze realizovat celý předmět veřejné zakázky. Každé oprávnění k podnikání by podle obchodního zákoníku mělo být zapsáno v obchodním rejstříku jako předmět podnikání. Zákon o návykových látkách zavedl pro léčiva obsahující návykové látky podstatně přísnější režim a výslovně upravuje případy, kdy pro léčiva obsahující návykové látky platí pouze režim zákona o léčivech. Oprávnění k zacházení s návykovými látkami je proto samostatným podnikatelským oprávněním.

Zadavatel při výkladu § 2c odst. 1 zákona vycházel z rozhodnutí ÚOHS čj. 2R 3/2001-Ju ze dne 29.1.2001, podle něhož je kvalifikační předpoklad oprávnění k podnikání prokázán jen v případě, že příslušné oprávnění k podnikání je uvedeno i ve výpisu z obchodního rejstříku, přičemž nedostatek zápisu v obchodním rejstříku lze zhojit předložením dokladu o zahájení příslušného řízení u rejstříkového soudu. Druhý uchazeč společnost Alliance předložil v nabídce povolení Státního ústavu pro kontrolu léčiv (dále jen „SÚKL“) k distribuci léčiv a povolení MZ ČR k zacházení s návykovými látkami. Dále předložil výpis z obchodního rejstříku a kopii návrhu rejstříkovému soudu na změnu zápisu v obchodním rejstříku.

K druhému důvodu vyloučení uchazeč PHOENIX v návrhu neuvádí, v čem vlastně porušení zákona zadavatelem spatřuje. Podle názoru zadavatele je irelevantní, zda jasně formulovaný a logický požadavek zadavatele na obsah smlouvy podle názoru uchazeče „nemá prakticky žádný význam“. Stanovení podmínek soutěže je plně v pravomoci zadavatele. Podmínky soutěže byly stanoveny v souladu se zákonem a bylo povinností uchazeče se těmito podmínkami řídit. Nabídka uchazeče PHOENIX je neúplná a zadavatel vyloučením uchazeče postupoval podle zákona. Pokud zadavatel posoudí nabídku uchazeče jako neúplnou nebo uchazeč neprokáže kvalifikační předpoklady, nemá podle zákona možnost tyto skutečnosti pominout a nabídku hodnotit, byť by byla podle jednoho či více kritérií výhodnější, než nabídky uchazečů, kteří vyloučení nebyli. Z výše uvedených důvodů zadavatel navrhuje, aby návrh uchazeče PHOENIX ze dne 14.5.2002 orgánem dohledu zamítl.

Dnem 15.5.2002, kdy orgán dohledu návrh uchazeče PHOENIX obdržel, bylo podle § 57 odst. 1 zákona v návaznosti na § 18 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb. a zákona č. 227/2000 Sb., zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání rozhodnutí zadavatele o námitkách orgánem dohledu.

Podle položky 62 písm. b) sazebníku správních poplatků, který tvoří přílohu k zákonu č. 368/1992 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, odeslal orgán dohledu podle § 6 odst. 2 zákona o správních poplatcích uchazeči PHOENIX rozhodnutím ze dne 24.5.2002 platební výměr na částku 2 500,- Kč, kterou jmenovaný uhradil dne 29.5.2002 převodem na účet ÚOHS.

Účastníky řízení podle § 58 zákona jsou:

1. Zadavatel – Bařova nemocnice Zlín, příspěvková organizace, Havlíčkovo nábřeží 600, 762 75 Zlín, zastoupená MUDr. Jaroslavem Přehnalem, CSc., ředitelem nemocnice,
2. uchazeč – obchodní společnost PHOENIX lékárenský velkoobchod, a. s., K pérovně 945/7, 102 00 Praha 10 – Hostivař, za niž jedná Jiří Houser, předseda představenstva.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu jeho účastníkům dopisem ze dne 24.5.2002, ve kterém jim poskytl lhůtu vyjádřit se ke skutečnostem, které budou podkladem pro rozhodnutí, jakož i ke způsobu jejich zjištění, popřípadě k návrhu na doplnění šetření. K oznámení o zahájení správního řízení se ve stanovené lhůtě ani později žádný z účastníků řízení nevyjádřil.

Na základě posouzení spisových materiálů včetně dokumentace (kterou orgán dohledu od zadavatele obdržel dne 23.5.2002) a vyjádření účastníků řízení, uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

1. K prokazování kvalifikačních předpokladů.

Předmětem plnění veřejné zakázky, jak je výslovně stanoveno v bodě 1. podmínek soutěže, jsou „pravidelné dodávky léčivých přípravků v rozsahu dle potřeb zadavatele podle bližší specifikace předmětu plnění uvedené v seznamu léčivých přípravků (formulář cenové nabídky), který je součástí zadávací dokumentace“.

Podle § 2 odst. 1 zákona č. 79/1997 Sb., o léčivech a o změnách a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, se léčivy rozumějí léčivé látky nebo jejich směsi, anebo léčivé přípravky. Distribucí se podle § 3 odst. 5 zákona o léčivech rozumí mj. jejich nákup, skladování, přeprava a zásobování. Podle § 41 písm. c) zákona o léčivech jsou léčiva oprávněny distribuovat osoby, kterým byla distribuční činnost povolena Státním ústavem pro kontrolu léčiv (jde-li o humánní léčiva). Státní ústav pro kontrolu léčiv vydává podle § 9 odst. 1 písm. a) bod 2. zákona o léčivech povolení k činnosti, rozhoduje o jeho změně nebo zrušení.

Návykovými látkami se podle § 2 písm. a) zákona č. 167/1998 Sb., o návykových látkách a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů, pro účely tohoto zákona rozumí omamné a psychotropní látky uvedené v přílohách č. 1 až 7 zákona o návykových látkách. Zacházením s návykovými látkami se podle § 3 odst. 1 písm. a) zákona o návykových látkách rozumí mj. i jejich odběr, skladování a dodávání, ke kterému je podle § 4 zákona o návykových látkách třeba povolení k zacházení (nestanoví-li tento zákon jinak), které vydává podle § 8 zákona o návykových látkách Ministerstvo zdravotnictví ČR.

Povolení k zacházení opravňuje pouze k činnostem v něm uvedeným a vydává se na dobu 2 let.

Oprávněním k podnikání je ve smyslu § 2 odst. 2 písm. b) a c) zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, buď živnostenské oprávnění, případně jiné oprávnění podle zvláštních předpisů. Podle § 3 odst. 3 zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), ve znění pozdějších předpisů, živností není:

- písm. j) cit. ust. živnostenského zákona výzkum, výroba a distribuce léčiv, podle zákona o léčivech
- písm. k) cit. ust. živnostenského zákona zacházení s návykovými látkami, přípravky je obsahujícími..., podle zákona o návykových látkách.

Uvedené činnosti jsou na základě negativního výčtu vyloučeny z působnosti živnostenského zákona, přičemž zvláštním předpisem, jež tyto činnosti upravuje je, jak je uvedeno výše, v případě léčiv zákon o léčivech (povolení k činnosti vystavuje SÚKL), v případě návykových látek zákon o návykových látkách (povolení k činnosti vystavuje MZ ČR). Tyto dvě činnosti mají odlišný charakter, přičemž jedno oprávnění nenahrazuje druhé.

Předmětem plnění šetřené veřejné zakázky jsou jednak dodávky léčiv, kdy oprávnění k podnikání prokazuje uchazeč povolením SÚKL k distribuční činnosti, jednak jsou v zadávací dokumentaci uvedeny i návykové látky omamné a psychotropní, uvedené v přílohách č. 1 až 7 zákona o návykových látkách, a to konkrétně např. pol. č. 837 formuláře cenové nabídky – Fentanyl, uvedený v příloze č. 1 zákona o návykových látkách, pol.č. 618 až 620 formuláře – Diazepam, uvedený v příloze č. 7 zákona o návykových látkách, z čehož vyplývá, že uchazeč o předmětnou veřejnou zakázku musí předložit i povolení k zacházení s látkami a přípravky podléhajícími režimu zákona o návykových látkách, vydané MZ ČR.

Podle § 2c odst. 1 zákona prokazuje uchazeč splnění kvalifikačních předpokladů uvedených v § 2b odst. 1 písm. a) zákona dokladem o oprávnění k podnikání, včetně výpisu z obchodního rejstříku. Kontrolou nabídky uchazeče PHOENIX orgán dohledu zjistil, že uchazeč požadovaná oprávnění k podnikání ve své nabídce doložil (Rozhodnutí o povolení distribuce léčiv vydané SÚKL dne 1.8.2000, Rozhodnutí MZ ČR – povolení pro zacházení s látkami a přípravky, které podléhají režimu zákona o návykových látkách ze dne 1.6.2001). Ve výpisu z obchodního rejstříku ze dne 28.3.2002 však má uchazeč PHOENIX zapsánu, v rámci předmětu podnikání (činnosti), pouze „distribuci léčiv a prostředků zdravotnické techniky“, nikoliv však „zacházení s látkami a přípravky, které podléhají režimu zákona o návykových látkách“, jak by přesně odpovídalo názvu povolení vydanému uchazeči MZ ČR.

Uchazeč tak sice předložil oprávnění k podnikání, které se vztahuje na celý předmět plnění veřejné zakázky, ale kvalifikační předpoklad uvedený v § 2b odst. 1 písm. a) zákona je prokázán pouze předložením dokladu o oprávnění k podnikání, který je v souladu s výpisem z obchodního rejstříku (viz § 2c odst. 1 zákona). Z uvedeného důvodu uchazeč PHOENIX neprokázal kvalifikační předpoklad způsobem uvedeným v § 2c odst. 1 zákona, neboť příslušné oprávnění k podnikání (povolení pro zacházení s látkami a přípravky, které podléhají režimu zákona o návykových látkách) není ve výpisu z Obchodního rejstříku, doloženém v nabídce uchazeče, uvedeno (zapsáno). Uvedený nedostatek kvalifikace mohl uchazeč zhojit doložením dokladu o zahájení řízení ve věci zápisu předmětného oprávnění k podnikání u příslušného rejstříkového soudu ve své nabídce, což ale uchazeč neučinil.

Důsledkem uvedených skutečností bylo (v souladu se zákonem) vyloučení uchazeče PHOENIX zadavatelem ve smyslu § 2e zákona z účasti v dalším jednání o veřejné zakázce.

V názoru, týkajícího se souladu dokladu o oprávnění k podnikání se zápisem v Obchodním rejstříku, orgán dohledu vychází z rozhodnutí předsedy ÚOHS č.j. 2R3/2001-Ju ze dne 29.1.2001, zveřejněného na internetových stránkách úřadu viz www.compet.cz, jímž se při posuzování nabídek uchazečů řídil rovněž i zadavatel, jak uvádí ve svém stanovisku k návrhu.

2. K neúplnosti nabídky.

Zadavatel v zadávací dokumentaci (na kterou je odkazováno pod body 10. a 12. podmínek soutěže a kterou na základě písemného potvrzení převzali oba uchazeči) v pokynech pro zpracování nabídky, v oddílu IV. Náležitosti kupní smlouvy, pod bodem 5.8. výslovně uvedl: „Uchazeč, který předloží v nabídce jako součást dokladů prokazujících splnění kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 1 písm. a) zákona doklad o oprávnění podnikání (povolení MZ ČR nebo SUKL), jehož platnost skončí v průběhu platnosti smlouvy (tj. do 31.12.2003), je povinen zařadit do smlouvy následující ustanovení: Prodávající je povinen před skončením platnosti jeho podnikatelského oprávnění k dodávkám předmětu plnění předložit kupujícímu nový doklad o podnikatelském oprávnění, jehož platnost neskončí dříve než 31.12.2003. Nesplní-li prodávající tuto povinnost, je kupující oprávněn jednostranně ukončit platnost smlouvy písemným oznámením prodávajícímu, které bude zasláno doporučeně poštou nebo osobně předáno zástupci prodávajícího. Platnost smlouvy končí dnem doručení nebo předání písemného oznámení prodávajícímu“.

Kontrolou nabídky uchazeče PHOENIX orgán dohledu zjistil, že jmenovaný uchazeč citované ustanovení do návrhu smlouvy nezařadil, ačkoliv povolení pro zacházení s látkami a přípravky, které podléhají režimu zákona o návykových látkách, vydané jmenovanému uchazeči MZ ČR pod čj. 44/2001 má platnost pouze 2 roky od nabytí právní moci, tj. do 13.6.2003 (uvedené rozhodnutí nabylo právní moci dne 13.6.2001). Z hlediska požadavků stanovených zadavatelem v podmínkách soutěže tak je nabídka uchazeče PHOENIX neúplná a zadavatel byl povinen ve smyslu § 29 odst. 4 zákona vyloučit bezodkladně příslušného uchazeče z další účasti v soutěži.

Nelze uznat námitku uchazeče PHOENIX, že by bylo „absurdní domnívat se, že by MZ ČR o povolení k zacházení s návykovými látkami včas nepožádal“. Zadavatel v zadávací dokumentaci přesně formuloval povinnost uchazeče zavázat se do stanoveného data předložit nový doklad o oprávnění k podnikání, což je plně odůvodněno snahou zadavatele zajistit legálnost dodávek léčiv po celou dobu plnění veřejné zakázky. Zadavatel na včasné předložení nového oprávnění váže také možnost jednostranného ukončení platnosti smlouvy. Pokud uchazeč takovou možnost ve své nabídce (návrhu smlouvy) neuvádí, předkládá z hlediska zadavatele méně výhodné smluvní podmínky. Jestliže by s takovým uchazečem došlo k uzavření smlouvy, byl by tento uchazeč zvýhodněn oproti ostatním uchazečům, kteří požadavky zadavatele na obsah nabídky plně akceptovali.

K argumentaci uchazeče PHOENIX použité v souvislosti s neúplností jeho nabídky a odkazem na § 2d zákona orgán dohledu uvádí, že podle ust. § 1 odst. 1 písm. a) zákona, zákon upravuje závazný postup zadavatelů veřejných zakázek směřující k uzavření smluv k jejich provedení. Jedná se tedy o ucelený proces od vyhlášení podmínek zadání veřejné

zakázky až po uzavření smlouvy. Je na zadavateli, aby smluvní vztah řešil takovým způsobem, aby se v případě neplnění smluvních podmínek ze strany zhotovitele díla (vybraného uchazeče) domohl svého práva, např. právě povinným zařazením vhodného ustanovení do smlouvy. Tuto etapu vztahů však již zákon neupravuje a tudíž se na ni nemůže vztahovat ust. § 2d zákona (změny v kvalifikaci), jak se domnívá uchazeč.

Důsledkem skutečností uvedených pod body 1. a 2. odůvodnění bylo, v souladu s ustanovením § 2e, resp. § 29 odst. 4 zákona, vyloučení uchazeče PHOENIX z další účasti v soutěži. Pokud by tak zadavatel neučinil, jednal by v rozporu (mimo citovaná ust. zákona) i s ustanovením § 11 odst. 1 zákona, protože žádný z uchazečů o veřejnou zakázku nesmí být zvýhodněn proti ostatním s výjimkami uvedenými v § 11 odst. 2 a 3 zákona, k čemuž by hodnocením neúplné nabídky uchazeče PHOENIX nepochybně došlo. Zásada rovného a transparentního přístupu ke všem uchazečům je jedním z hlavních principů, který musí zadavatel aplikovat v procesu zadávání veřejných zakázek. Princip rovného přístupu k uchazečům, který zákonodárce zakotvil v § 11 zákona je rovněž obsažen v rozsudcích Evropského soudního dvora (viz např. čj. C – 87/94 ze dne 25.4.1996).

K obsahu návrhu uchazeče PHOENIX a stanoviska zadavatele k návrhu orgán dohledu dále doplňuje:

Uchazeč žádá o prověření, pokud uchazeč Alliance doložil doklad o zahájení řízení týkajícího se zápisu příslušného oprávnění k podnikání do obchodního rejstříku, zda tomuto podání předcházelo řádné rozhodnutí valné hromady o změně společenské smlouvy, které je v případě rozšíření předmětu podnikání nezbytné. Orgán dohledu kontrolou nabídky uchazeče Alliance zjistil, že příslušná oprávnění k podnikání jsou v souladu s předmětem podnikání zapsaným ve výpisu z obchodního rejstříku (distribuce léčiv), resp. s návrhem na zápis změn podaným uchazečem u místně příslušného soudu (zacházení s návykovými látkami), doloženými v nabídce uchazeče. Orgán dohledu však není věcně příslušný k posuzování (kontrola) postupu uchazeče – právnické osoby při rozhodování jejího nejvyššího orgánu o změně společenské smlouvy, tj. rozšíření předmětu činnosti. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže vykonává podle § 51 zákona dohled nad dodržováním zákona při zadávání veřejných zakázek a z uvedeného důvodu je nepřijatelné, aby vydával stanoviska a názory na jiné právní normy.

K domnělé výhodnosti nabídky uchazeče PHOENIX orgán dohledu uvádí, že nabídková cena nebyla jediným kritériem hodnocení. Výhodnost nabídky pro zadavatele obecně vyplyne až na základě sumarizace celkového hodnocení obsahu nabídek v rámci stanovených kritérií hodnocení (viz ust. § 35 odst. 1 zákona).

Orgán dohledu konstatuje, že v postupu zadavatele při vyloučení uchazeče PHOENIX z další účasti v soutěži neshledal porušení zákona, a proto návrh uchazeče na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách zamítl jako nedůvodný a rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení potvrdil, neboť bylo učiněno v souladu se zákonem.

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže - odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Petr Hanák
ředitel odboru

Obdrží účastníci řízení:

Baťova nemocnice Zlín, Havlíčkovo nábřeží 600, 762 75 Zlín, zast. MUDr. Jaroslavem Přehnalem, CSc.

PHOENIX lékárenský velkoobchod, a. s., K pérovně 945/7, 102 00 Praha 10 – Hostivař, zast. Jiřím Houserem