

Č. j.: VZ/S 202/02-152/155/03-jl

V Brně dne 6. ledna 2003

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 1.11.2002 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., 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. a zákona č. 424/2002 Sb., v návaznosti na § 18 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 ze dne 31.10.2002 uchazeče Johnson and Johnson, spol. s r. o., Na Radosti 399, 155 25 Praha 5, za niž jedná Ing. Jiří Pavlíček, jednatel společnosti, ve správním řízení právně zastoupené na základě plné moci ze dne 25.10.2002 Mgr. Radkem Pokorným, advokátem, Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & spol., Krocínova 1, 110 00 Praha 1, na přezkoumání rozhodnutí Bařovy nemocnice Zlín, Havlíčkovo nábřeží 600, 762 75 Zlín, zastoupené MUDr. Jaroslavem Přehnaelem, CSc., ředitelem, ze dne 24.10.2002, o námitkách ze dne 15.10.2002 proti jeho rozhodnutí ze dne 7.10.2002 o vyloučení jmenovaného uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži „Vysokotlaké PTCA katétrů (postdilatační balony) a stentgraftů“ – zakázka č. 02 630, skupina 1 – vyhlášené v Obchodním věstníku č. 35/2002 dne 28.8.2002 pod zn. 156861-35/02 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., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb. a zákona č. 320/2002 Sb., rozhodl **takto:**

Zadavatel – Bařova nemocnice Zlín – vyloučením uchazeče Johnson and Johnson, spol. s r. o., Na Radosti 399, 155 25 Praha 5 neporušil zákon 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. a zákona č. 320/2002 Sb., a proto se návrh jmenovaného uchazeče 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., 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., zamítá.

O d ů v o d n ě n í

Bařova nemocnice Zlín, Havlíčkovo nábřeží 600, 762 75 Zlín, zastoupená MUDr. Jaroslavem Přehnaelem, CSc., ředitelem (dále jen „zadavatel“), vyhlásila 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., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb. a zákona č. 320/2002 Sb. (dále jen „zákon“), obchodní veřejnou soutěž „Vysokotlaké PTCA katétry (postdilatační balony) a stentgrafty“ – zakázka č. 02 630, skupina 1 (dále jen „soutěž“).

Z „protokolu o otevírání obálek s nabídkami“ ze dne 4.10.2002 vyplývá, že zadavatel do konce soutěžní lhůty obdržel celkem čtyři nabídky a že žádná z nich nebyla komisí pro otevírání obálek navržena k vyřazení z dalšího posuzování a hodnocení.

Při následném posuzování nabídek zadavatel zjistil, že nabídka uchazeče Johnson and Johnson, spol. s r. o., Na Radosti 399, 155 25 Praha 5, za niž jedná Ing. Jiří Pavlíček, jednatel společnosti, ve správním řízení právně zastoupené na základě plné moci ze dne 25.10.2002 Mgr. Radkem Pokorným, advokátem, Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & spol., Krocínova 1, 110 00 Praha 1 (dále jen „uchazeč“), nebyla z hlediska podmínek soutěže úplná, a proto zadavatel svým rozhodnutím ze dne 7.10.2002 uchazeče vyloučil z další účasti v soutěži.

Proti rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení ze soutěže podal jmenovaný uchazeč dopisem ze dne 15.10.2002 námitky, které zadavatel obdržel dne 16.10.2002 a kterým po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl, což uchazeči oznámil podle § 56 odst. 2 zákona rozhodnutím ze dne 24.10.2002, které uchazeč obdržel podle doručení dne 29.10.2002. Vzhledem k tomu, že uchazeč nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za správné, podal dopisem ze dne 31.10.2002 návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) obdržel výše uvedený návrh dne 1.11.2002 a tímto dnem bylo podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání rozhodnutí zadavatele o námitkách. Zadavatel obdržel vyhotovení návrhu rovněž dne 1.11.2002. Příslušný správní poplatek uchazeč uhradil dne 27.11.2002 [v této souvislosti orgán dohledu poznamenává, že podle § 6 odst. 4 zákona č. 368/1992 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, lhůty pro vydání rozhodnutí stanovené zvláštními předpisy (tedy v daném případě správním řádem) neběží v době od zaslání platebního výměru k zaplacení správního poplatku až do prokázání jeho zaplacení].

Účastníky tohoto správního řízení jsou podle § 58 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zadavatel a uchazeč.

Zahájení řízení oznámil orgán dohledu jeho účastníkům dopisem č. j. VZ/S 202/02-152/5628/02-jl ze dne 20.11.2002 a stanovil lhůtu, ve které se účastníci řízení mohli vyjádřit ke skutečnostem, které budou podkladem pro rozhodnutí. K podkladům pro rozhodnutí se zadavatel ani uchazeč ve stanovené lhůtě ani později nevyjádřili.

Ve svém návrhu uchazeč uvádí, že byl zadavatelem vyloučen z důvodu nesplnění podmínky bodu 12.2. podmínek obchodní veřejné soutěže a bodu III. odst. 2 Pokynů po zpracování nabídky, v souvislosti s bodem 3.5. Všeobecných nákupních podmínek BN 2002/2 (dále jen „VNP BN 2002/2“), a to z důvodu že nepředložil jako součást nabídky kopii osvědčení o shodě vlastností předmětu plnění s technickými požadavky podle příslušných směrnic EU, které vydala příslušná autorizovaná osoba – tzv. CE certifikát.

Předložení CE certifikátu

Uchazeč ustanovení bodu 3.5 VNP BN 2002/2 „*Je-li předmětem plnění dodávka zdravotnických prostředků ve smyslu z.č. 123/2000 Sb. a příslušného prováděcího nařízení vlády (č. 181/2001 Sb., č. 191/2001 Sb., č. 286/2001 Sb.), musí být součástí nabídky uchazeče kopie osvědčení o shodě vlastností předmětu plnění s technickými požadavky podle příslušných směrnic EU, které bude vydáno příslušnou autorizovanou osobou (CE certifikát)*“ považuje za neurčité, poněvadž jeho obsah připouští dvojí výklad způsobený užitím některých výrazů, které mohly způsobit dojem, že zadavatel měl ve vyhlášených podmínkách soutěže na mysli předložení úplně jiného dokladu o shodě vlastností předmětu plnění, než takový dokument, jehož absenci v nabídce uchazeče považoval zadavatel za důvod pro jeho vyloučení.

Dle uchazeče výraz „autorizovaná osoba“, užitý ve sporném ustanovení bodu 3.5. VNP BN 2002/2 je dle platných právních předpisů ČR taková osoba, která je oprávněná a pověřená výkonem činnosti, spočívající v posuzování shody výrobků s požadavky technických předpisů České republiky, k tomu příslušnou institucí, tj. Úřadem pro technickou normalizaci, metrologii a státní zkušebnictví s tím, že rozsah této činnosti je v konkrétních případech vymezen konkrétním rozhodnutím o autorizaci. Tato osoba pověřená ÚNMZ však není oprávněna vydávat tzv. CE certifikáty. Dle názoru uchazeče je citované ustanovení VNP BN 2002/2 v tomto požadavku natolik zavádějící, že jeho znění navozuje dojem, že se jednoznačně jedná o českou „autorizovanou osobu“, která ovšem není oprávněna vydávat tzv. CE certifikáty.

V bodu 3.5. VNP BN 2002/2 je tedy podle uchazeče možné najít „zřejmý nelogický protimluv“, který způsobuje, že tato podmínka je neurčitá s možností několikeré interpretace. Jedním ze způsobů interpretace této podmínky může být i výklad zvolený zadavatelem při posuzování obsahu příloh nabídky uchazeče, na jehož základě byl uchazeč vyloučen, kdy zadavatel shledal, že nebyly doloženy CE certifikáty k nabízeným výrobkům uchazeče.

Na druhé straně uchazeč v návrhu uvádí i jiný možný výklad sporného ustanovení bodu 3.5. VNP BN 2002/2, a to že certifikát o posouzení shody má být certifikátem vydaným českou autorizovanou osobou, který byl v kopii obsažen v nabídce uchazeče a byl registrován v seznamu dokladů přikládáných k nabídce uchazeče pod bodem č. 10.

Uchazeč vychází z předpokladu, že náš právní řád operuje s pojmem „autorizovaná osoba“ (vydávající certifikáty) pouze ve smyslu takovéto české autorizované osoby, která vydává příslušné certifikáty o posouzení shody výrobků, avšak není oprávněna vydávat CE certifikáty ve smyslu definice tohoto pojmu uvedené shora, nemůže totiž substituovat činnost příslušných orgánů působících v jednotlivých členských státech EU, které jediné mají oprávnění posuzovat shodu vlastností výrobků s technickými požadavky příslušných technických norem EU (nikoliv však dle Směrnic EU – viz dále – jak je dle názoru uchazeče opět zavádějícím způsobem stanoveno v neurčitém ustanovení bodu 3.5. VNP BN 2002/2).

Pokud bychom vykládali neurčité znění bodu 3.5. VNP BN 2002/2 pomocí výkladu zřejmě použitého zadavatelem, měla by dle tohoto výkladu zadavatele příslušná oprávněná osoba (ať už jí nazýváme autorizovanou osobou či jinak) možnost posoudit vlastnosti výrobků nabízených v soutěži v tom smyslu, zda splňují kritéria stanovená Směrnicemi EU. Takový úkon osoby oprávněné k posuzování shody výrobků, která by mohla po posouzení shody vydávat CE certifikáty, je vyloučen, neboť příslušná osoba může posuzovat shodu výrobků pouze s technickými normami, které byly, na podkladě příslušných Směrnic EU a inspirovány

cíli těchto Směrnic, inkorporovány do právních řádů jednotlivých členských států EU. Nemůže tedy shodu výrobků posuzovat podle Směrnic EU, ale pouze podle technických norem zpracovaných v souladu s cíli dotčených Směrnic EU.

V další části svého návrhu uchazeč rozvádí pojem autorizovaná osoba s jeho možným významem v českém právu a právu EU. Rovněž zpochybňuje oprávnění zadavatele požadovat předložení CE certifikátů v nabídkách uchazečů a uvádí, že požadavek (podmínka) nebyl vymezen jednoznačně a srozumitelně.

Uchazeč se domnívá, že právě shora uvedené požadavky na určitost a srozumitelnost nebyly v příslušném ustanovení 3.5. VNP BN 2002/2 splněny, když citované ustanovení umožňuje zřetelný dvojí výklad, a to výklad, kdy zadavatel:

1. buď požadoval tzv. CE certifikáty, vydané příslušným orgánem Evropského společenství, o posouzení shody výrobků s technickými normami EU (nikoliv Směrnic EU, jak chybně uvádí zadání bodu 3.5. VNP BN 2002/2) a pokud tyto nebyly předloženy, vyloučil uchazeče z další účasti v Soutěži. V tomto případě je určujícím pro důvody užití takového výkladu pouze označení příslušných certifikátů o posouzení shody jako „CE certifikátů“, kterýžto pojem náš právní řád nezná, a z žádných dalších indicií nelze usuzovat, že zadavatel měl na mysli právě dotčený CE certifikát, neboť všechny ostatní indicie ukazují na správnost výkladu užitého ve vztahu ke spornému ustanovení bodu 3.5. VNP BN 2002/2 uchazečem, anebo
2. jak se domníval uchazeč, že jím měl být předložen certifikát (doklad) o posouzení shody s technickými normami, které inkorporují některé cíle Směrnic EU (s ohledem na harmonizaci práva ČR s právem EU lze objektivně za takové normy považovat právě české technické normy), vyhotovený „autorizovanou osobou“, jak požaduje zadání bodu 3.5. VNP BN 2002/2 (tedy českou autorizovanou osobou, neboť orgány posuzující shodu v členských zemích EU se nazývají odlišným termínem), což také uchazeč učinil a takový dokument v požadované kopii zadavateli předložil.

Uchazeč krom toho uvedl, že pro účely řádného splnění podmínek soutěže se v otázce výkladu dotčeného ustanovení bodu 3.5. VNP BN 2002/2 obrátil na zadavatele s dotazem, jaký doklad má zadavatel tímto ustanovením na mysli a že zadavatel uchazeči telefonicky sdělil, že postačuje certifikát vydaný českou autorizovanou osobou o posouzení shody výrobků.

Uchazeč se domnívá, že svým jednáním vyhověl podmínkám soutěže. Kdyby zadavatel tento svůj požadavek v podmínkách soutěže uvedl konkrétně a určitě, uchazeč by požadované „CE certifikáty“, vydané příslušným orgánem členského státu EU k nabídce připojil, neboť je má k dispozici. Dále uvádí, že neurčitost podmínek zadání soutěže nemůže být v neprospěch uchazeče.

Vzhledem k tomu, že požadavek na doložení CE certifikátů nevyplývá ze zákona ani z vyhlášených podmínek soutěže, považuje své vyloučení ze soutěže za nedůvodné.

Uchazeč dále uvádí, že v bodu 3.5 VNP BN 2002/2 spatřuje porušení zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť toto ustanovení je svým charakterem diskriminační vůči potencionálním uchazečům o veřejnou zakázku. K tomu uchazeč vysvětluje, že aby mohl uchazeč v soutěži uvést na trh v ČR výrobky, jež jsou předmětem plnění veřejné zakázky BN Zlín, musí k těmto výrobkům disponovat především certifikátem české autorizované osoby

opravňujícím jej k označování dotčených výrobků českou značkou shody CCZ. Pro plnění veřejné zakázky dle podmínek bodu 3.5. VNP BN 2002/2 tedy není CE certifikát, v žádném případě potřebný.

Tím, že zadavatel stanovil v podmínkách soutěže podmínku předložení CE certifikátu, kterým mnozí zájemci nedisponují, aniž by tento požadavek byl odůvodnitelný, zvláště v situaci, kdy zadavatel dotčené výrobky bude užívat a spotřebovávat na českém trhu a zjevně nehodlá uvedené produkty používat mimo tento trh, zadavatel omezil takto stanovenou podmínkou soutěže, bez jakéhokoli ekonomického důvodu, možnost některých uchazečů účastnit se předmětné soutěže.

Nesprávný postup při vyloučení uchazeče

Dle názoru uchazeče zadavatel při jeho vyloučení ze soutěže nepostupoval řádně v souladu se zákonem, když jej vyloučil teprve ve stádiu posuzování a hodnocení nabídek. Při otevírání obálek s nabídkami, kterého zúčastnil i zástupce uchazeče, nebyla zjištěna neúplnost nabídky a komise pro otevírání obálek postoupila nabídku uchazeče k dalšímu posuzování a hodnocení. Teprve komise pro posouzení a hodnocení nabídek tedy objevila údajnou neúplnost nabídky (neúplnost nabídky je označena za důvod i v rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče ze soutěže), ačkoliv jí přísluší posuzovat nabídky po obsahové stránce, tedy po stránce faktické náplně nabídky uchazeče, a zadavatel pak uchazeče vyloučil. Takový postup je zjevně v rozporu se zákonem, když posouzení úplnosti nabídek přísluší do kompetence komise pro otevírání obálek, která má následně postupovat dle § 29 odst. 4 zákona. Tato komise však neúplnost nabídky uchazeče nenamítala. Uchazeč dále zpochybňuje aktivní legitimaci osoby (ekonomická náměstkyně), která podepsala rozhodnutí o vyloučení uchazeče.

Rozpor s obchodním zákoníkem

Uchazeč dále v návrhu namítá rozpor s obchodním zákoníkem, kdy za porušení dobrých mravů a obchodních zvyklostí, považuje podmínku modulace nabídkové ceny, která dle Pokynů pro zpracování nabídky musí být součástí návrhu smlouvy předkládaného uchazečem do soutěže pod sankcí jeho vyloučení, a dále pokud zadavatel provede úhradu dodaného zboží do 50ti dnů, nejedná se o prodlení zadavatele. Rovněž zpochybňuje bod 6. téhož článku Pokynů pro zpracování nabídky, které uvádí, že uchazeč je povinen stanovit v návrhu smlouvy lhůtu v hodinách pro dodávky předmětu plnění v tzv. akutních případech (toto je kritérium č. 4 pro hodnocení nabídek uchazečů s váhou 15 %) s tím, že za akutní případy jsou považovány ty, které tak zadavatel označí bez dalšího. Uchazeč rovněž nesouhlasí s bodem 8.3 VNP BN 2002/2, jehož obsahem je právo zadavatele ukončit platnost smlouvy písemným oznámením zaslaným vybranému uchazeči v případě organizačních změn nebo při prodeji podniku nebo jeho části, jejímž prostřednictvím byla veřejná zakázka realizována.

Závěrem svého návrhu uchazeč uvádí, že nebyly naplněny důvody pro vyloučení uchazeče z další účasti v předmětné soutěži, když uchazeč ve své nabídce postupoval v souladu se zákonem a vyhlášenými podmínkami soutěže, podmínky soutěže jsou diskriminující a omezující účast potencionálních zájemců o veřejnou zakázku, podmínky soutěže jsou v některých částech neurčité, nejasné a nejednoznačné a jsou v rozporu s obecně závaznými právními předpisy, dobrými mravy a obchodními zvyklostmi a navozují právní nejistotu uchazečů v soutěži.

S ohledem na výše uvedené se uchazeč domnívá, že zadavatel v rámci předmětné soutěže zvýhodnil některé uchazeče (§ 11 odst. 1 zákona), a že komise pro otevírání obálek a komise pro posouzení a hodnocení nabídek nepostupovaly při své činnosti v souladu se zákonem (§§ 29 a 34 zákona).

Uchazeč navrhuje, aby orgán zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v předmětné soutěži nebo aby soutěž zrušil.

Zadavatel se ve svém stanovisku ze dne 5.11.2002 vyjadřuje takto:

Předložení CE certifikátu

Požadavek na předložení CE certifikátu byl formulován dostatečně jasně a určitě a nemohl vést k závěru, že není jasné, co vlastně zadavatel požaduje ani k závěru prezentovanému uchazečem, že byl požadován certifikát autorizované osoby, která se podílela na posuzování shody podle zákona č. 22/1997 Sb. a vl. nař. č. 181/2001 Sb. Zadavatel dále uvádí, že jestliže by při rozhodování o námitkách měl akceptovat tvrzení uchazeče, že údajnou nejasnost zadání veřejné zakázky si ověřil neprokazatelným telefonickým dotazem u zadavatele a na základě nepřesné informace předložil nabídku, která byla následně shledána jako neúplná, vedlo by to ve svých důsledcích k tomu, že zadání jakékoliv veřejné zakázky by mohlo být tímto způsobem zpochybněno. Kterýkoliv uchazeč by totiž u každé veřejné zakázky, u níž nesplnil podmínky soutěže, mohl tvrdit, že se na údajnou nejasnost zadání telefonicky informoval u zadavatele a že od kompetentního pracovníka zadavatele obdržel nepřesnou informaci, na jejímž základě předložil nabídku neodpovídající zadání veřejné zakázky. Dále zadavatel poukazuje na to, že identický text zadání v předchozích výběrových řízeních na jiné veřejné zakázky nevyvolal v uchazeči žádné pochybnosti a úvahy o nejasnosti a neurčitosti požadavku zadavatele. V těchto případech uchazeč nepovažoval za nutné vznést dotaz či požadavek na upřesňující informace, těchto výběrových řízení se účastnil a CE certifikát předložil. Podle názoru zadavatele je text zadání veřejné zakázky i text bodu 3.5. VNP BN 2002/2 dostatečně jasný a určitý a objektivně nemohl uchazeče vést k závěru, že zadavatel míní CE certifikátem certifikát autorizované osoby, která se podílela na posuzování shody podle zákona č. 22/1997 Sb., jak tvrdí uchazeč. Tvrzení uchazeče v tomto směru považuje zadavatel z výše uvedených důvodů za účelová a jeho odkaz na telefonický dotaz a informaci poskytnutou odpovědnou pracovníci zadavatele za neprokazatelný a vzhledem k zavedené praxi zadavatele spočívající v zásadně písemné formě styku mezi zadavatelem a uchazeči za nevěrohodný.

Podle názoru zadavatele je požadavek na předložení CE certifikátu plně odůvodněn potřebami zadavatele a nemohou jím být diskriminováni ani uchazečem opakovaně zmiňovaní „mnozí potenciální uchazeči o veřejnou zakázku, kteří CE certifikátem nedisponují“ (kteří však podle názoru zadavatele prakticky neexistují). Požadavek na CE certifikát se vztahuje přímo k předmětu plnění veřejné zakázky a určuje jeho další nezbytnou vlastnost požadovanou zadavatelem, a sice způsobilost k jeho používání v zemích EU a tím i reálnou dostupnost poznatků a zkušeností s praktickým používáním předmětu plnění při poskytování zdravotní péče na jiných pracovištích.

Nesprávný postup při vyloučení uchazeče

Dále se zadavatel vyjadřuje ke zpochybnění svého postupu, když neúplnost nabídky uchazeče byla zjištěna až po skončení otevírání obálek. K tomuto zadavatel uvedl, že komise pro otevírání obálek může posuzovat nabídky z hlediska spíše formálního (chybějící doklady

v nabídce) a komise pro posouzení a hodnocení nabídek spíše hlediska obsahového (nevyhovující či chybějící obsah nabídky a jednotlivých dokladů). Tento výklad však nelze vykládat ad absurdum a tvrdit, že skončením otevírání obálek při němž nebyla zjištěna neúplnost nabídky z formálního hlediska (chybějící doklad), by tato vada nabídky měla být zhojena a zadavatel by nemohl takovou nabídku vyřadit.

Ke zpochybnění aktivní legitimace osoby, která v době nepřítomnosti ředitele státní příspěvkové organizace je oprávněna jednat za organizaci zadavatel uvádí, že tato osoba není zástupcem ředitele státní organizace jako fyzické osoby ani zástupcem organizace, ale tato osoba jedná jako statutární orgán organizace, tzn. její jednání je jednáním organizace.

Rozpor s obchodním zákoníkem

K údajnému diskriminačnímu ustanovení bodu 6.2. soutěžních podmínek a navazujících ustanovení pokynů pro zpracování nabídky o snížení jednotkových cen na úroveň cen, za které bude uchazeč dodávat předmět plnění jiným zdravotnickým zařízením zadavatel uvádí, že z hlediska dosavadních zkušeností zadavatele z oblastí cenové politiky dodavatelů zdravotnických prostředků pro intervenční a invazivní kardiologii se uvedené ustanovení naopak jeví jako nezbytný požadavek každého zadavatele veřejné zakázky v tomto oboru. U zrušené obchodní veřejné soutěže na tentýž předmět plnění jeden z uchazečů ve zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uvedl, že ceny produktů pro invazivní a intervenční kardiologii na českém trhu k 31.12.2001 byly 1,5 – 2,5 krát vyšší než evropské ceny stejných produktů. V průběhu prvního čtvrtletí tak tento uchazeč postupně snižoval ceny těchto výrobků dodávaných zadavateli v řádu několika desítek procent. Zadavatel proto při zadání nové soutěže musí přihlédnout i k těmto poznatkům a brát v úvahu i eventualitu, že v průběhu platnosti smlouvy může i vybraný uchazeč přistoupit k podobnému opatření a plošně výrazně snížit prodejní cenu svých výrobků. Při zadání veřejné zakázky s předmětem plnění, u něhož lze po dobu plnění zakázky očekávat snížení prodejních cen, nemůže zadavatel požadovat bez dalšího pouze pevné jednotkové ceny, protože by se očekávané či možné snížení ceny dodavatele na něho nevztahovalo. Požadavek na snížení ceny je tedy uplatněn při srovnatelných dodacích a platebních podmínkách a nemůže být považován za diskriminační či v rozporu s dobrými mravy.

K údajnému rozporu ustanovení bodu 7.4. a 7.5. VNP BN 2002/2 s dobrými mravy a obchodním zákoníkem o platebních podmínkách zadavatel uvedl, že podle VNP BN 2002/2 prodlení do 50 dnů není považováno za prodlení. V obou zmíněných ustanoveních se výslovně hovoří o prodlení do 50 dnů, tudíž toto ustanovení není v rozporu s kogentním § 365 obchodního zákoníku. Obchodní zákoník umožňuje smluvním stranám pro případ prodlení s úhradou peněžitého závazku sjednat výši úroku z prodlení dohodou, přičemž konkrétní způsob, výši či limity neurčuje, stanovuje pouze úrok z prodlení pro případ, že není sjednán ve smlouvě. Takové ujednání o výši úroku z prodlení při plnění peněžitého závazku není v rozporu s kogentními ustanoveními obchodního zákoníku a podle názoru zadavatele ani v rozporu s dobrými mravy. Jestliže uchazeči dohoda o nulové výši úroku z prodlení po počáteční dobu prodlení připadá v rozporu s dobrými mravy, považuje zřejmě za určující hledisko pro posouzení souladu s dobrými mravy výši úroku z prodlení. Z pohledu souladu s dobrými mravy by potom byl diskutabilní i návrh uchazeče v nabídce na roční úrok z prodlení ve výši 0,01 % diskontní sazby ČNB, což v současné době představuje řádově desetitisíciny promile dlužné částky denně, tudíž výši, která se prakticky blíží nulovému úroku z prodlení (aniž by k tomu byl nucen požadavkem zadavatele). Protože v průběhu doby dochází v úhradě plateb za zdravotní péči ze strany zdravotních pojišťoven k výrazným výkyvům, je tím ovlivňována i schopnost uchazeče hradit své peněžité závazky a zadavatel

s touto skutečností musí počítat i při stanovení platebních podmínek, zejména za dlouhodobé dodávky.

Dále se zadavatel vyslovuje k ustanovení soutěžních podmínek zadávací dokumentace, které uchazeč považuje za neplatné pro rozpor s dobrými mravy, a sice čl. IV odst. 3 ve spojení s odst. 6 pokynů pro zpracování nabídky, podle něhož za akutní případy dodávek jsou považovány ty, které tak označí zadavatel. Tvrzení uchazeče, že zadavatel může označit všechny dodávky za akutní a uchazeč potom bude nucen plnit všechny dodávky jako akutní pod hrozbou výrazných sankcí, neodpovídá soutěžním podmínkám. Dodávky jsou realizovány prostřednictvím konsignačního skladu, který uchazeč zřídí u zadavatele, přičemž v nabídce uchazeč uvádí také podmínky provozování tohoto skladu, které tvoří jedno z kritérií hodnocení nabídek. Mezi podmínkami provozování konsignačního skladu každý uchazeč uvádí také finanční objem zboží na skladě a způsob a periodicitu doplňování konsignačního skladu. Je tedy věcí uchazeče, zda navrhne takový objem zboží v konsignačním skladu a takový způsob a periodicitu doplňování zboží vydaného z konsignačního skladu, který zadavateli zajistí, aby v konsignačním skladu byly průběžně k dispozici výrobky v potřebném sortimentu. Zadavatel objednává samostatně pouze zboží, které se v konsignačním skladu nenachází a je tedy vyloučeno, aby všechny dodávky byly realizovány jako akutní. Zadavatel v zadání neuvedl výslovně, že jako akutní budou označovány jen případy, kdy akutní potřeba bude medicínsky indikována, protože toto pravidlo považuje za samozřejmé. Zadavatel přitom nemůže uchazeči prokazovat v případě konkrétního pacienta medicínskou indikaci akutní dodávky, protože by tím porušil povinnou mlčenlivost zdravotnických pracovníků.

Zadavatel se vyjádřil rovněž k bodu 8.3. VNP BN 2002/2, v němž je upraveno oprávnění zadavatele ukončit platnost smlouvy písemným oznámením zaslaným vybranému uchazeči v případě organizačních změn nebo při prodeji podniku nebo jeho části, jejímž prostřednictvím byla veřejná zakázka realizována. Prodá-li dle zadavatele uchazeč (renomovaný distributor zdravotnických prostředků) část podniku nabyvateli, který v oboru dosud nepůsobil, může to mít na postavení zadavatele a plnění veřejné zakázky výrazný negativní dopad. Nabyvatel může být subjektem, nacházejícím se ve stadiu bezprostředně před úpadkem, nabyvatel dosud nepůsobící v oboru nemusí mít stejné obchodní vazby na zahraničního výrobce, které by mu umožnily zajistit plynulost dodávek či získávat potřebné informace v oboru a zajišťovat případný poprodejní servis apod. Jestliže se prodejem části podniku postavení zadavatele může zhoršit, je logické, že si zadavatel pro případ, že se tak stane, vyhrazuje možnost ukončit platnost smlouvy. Podle názoru zadavatele není toto ustanovení v rozporu s obchodními zvyklostmi a neznamena ani snahu zadavatele svévolně se vyvázat ze závazkového vztahu. Možnost uchazeče prodat část podniku není platnými právními předpisy co do okruhu možných kupujících nijak omezena, předpokládá se pouze, že kupující bude mít potřebné živnostenské oprávnění, které podle živnostenského zákona prodejem části podniku nepřechází. Podle stanoviska legislativního odboru MZ ČR a MMR ČR, které má zadavatel k dispozici, postačuje pro distribuci zdravotnických prostředků volná obchodní živnost (koupě zboží za účelem jeho dalšího prodeje a prodej, velkoobchod apod.). Podle povědomí zadavatele takovým podnikatelským oprávněním disponuje naprostá většina podnikatelských subjektů v ČR od renomovaných firem v oboru distribuce zdravotnických prostředků až po firmy zabývající se zcela jinou činností, takže prodávající může prodat část podniku, jejímž prostřednictvím je zakázka realizována, prakticky komukoliv. Ze skutečnosti, že na kupujícího přechází ze zákona osobní i věcné složky části podniku a stává se právním nástupcem prodávajícího, nelze rozhodně dovozovat, že by postavení zadavatele nebylo v žádném případě ohroženo.

V závěru stanoviska k návrhu ze dne 5.11.2002 se zadavatel vyjádřil v tom smyslu, že všechna tvrzení o údajném rozporu jednotlivých soutěžních podmínek či ustanovení VNP BN

2002/2 s dobrými mravy, jejich neplatnosti, diskriminačním charakteru apod. měl uchazeč možnost u zadavatele uplatnit v průběhu letošního roku několikrát, vždy když nákupní podmínky zadavatele podepisoval. Uchazeč podepsal předchozí nákupní podmínky zadavatele s prakticky identickým textem příslušných ustanovení při podání nabídky na předchozí výběrová řízení. Ani v jednom z těchto případů uchazeč neupozornil zadavatele na to, že tyto podmínky dodávek považuje za diskriminační, v rozporu s dobrými mravy a tudíž neplatné a nezmínil se ani o nutnosti řešit dilema, zda dodržovat platné předpisy nebo akceptovat soutěžní podmínky a nákupní podmínky zadavatele. Jestliže se uchazeč skutečně domníval, že některé soutěžní podmínky a požadavky zadavatele jsou diskriminační, měl možnost obrátit se před podáním nabídky také na orgán dohledu. Uchazeč žádnou z těchto možností nevyužil. Podle názoru zadavatele jsou soutěžní podmínky v souladu s platnými předpisy i dobrými mravy a nejsou vůči žádnému uchazeči či zájemci o veřejnou zakázku diskriminační. Postup zadavatele při vyloučení uchazeče byl v souladu se zákonem a navrhuje proto, aby návrh uchazeče na přezkoumání rozhodnutí zamítnut.

Orgán dohledu po přezkoumání a zhodnocení všech podkladů, zjistil tyto rozhodné skutečnosti a dospěl k následujícím závěrům.

Předložení certifikátu CE

Ve svém návrhu uchazeč uvádí, že byl zadavatelem vyloučen z důvodu nesplnění podmínky bodu 12.2. podmínek obchodní veřejné soutěže a bodu III. odst. 2 Pokynů pro zpracování nabídky, v souvislosti s bodem 3.5. Všeobecných nákupních podmínek BN 2002/2, tedy že nepředložil jako součást nabídky kopii osvědčení o shodě vlastností předmětu plnění s technickými požadavky podle příslušných směrnic EU, které vydala příslušná autorizovaná osoba – tzv. CE certifikát. Podle výkladu bodu 3.5 VNP BN 2002/2 uchazečem bylo možné doložit buď „CE certifikát“ nebo „certifikát o posouzení shody s technickými normami, které inkorporují některé směrnice EU vyhotovený českou autorizovanou osobou“.

Orgán dohledu se neztotožňuje s názorem uchazeče, že podmínka uvedená v bodu 3.5 VNP BN 2002/2 „...musí být součástí nabídky uchazeče kopie osvědčení o shodě vlastností předmětu plnění s technickými požadavky podle příslušných směrnic EU, které bude vydáno příslušnou autorizovanou osobou (CE certifikát)“ je neurčitá, nejednoznačná či umožňuje dvojí výklad. Jelikož v bodu 3.5 VNP BN 2002/2 je uváděn pojem „příslušná autorizovaná osoba“ je zřejmé, že požaduje-li zadavatel dle uvedeného bodu osvědčení o shodě vlastností předmětu plnění s technickými požadavky podle příslušných směrnic EU, které bude vydáno příslušnou autorizovanou osobou (CE certifikát), jsou tím míněna osvědčení vydávaná subjekty, které takové certifikáty vydat mohou, tedy zahraničními autorizovanými osobami. V předmětné věci orgán dohledu dále uvádí, že část 9 nabídky uchazeče obsahuje VNP BN 2002/2 v jejichž závěru je mj. uvedeno, že uchazeč se podrobně seznámil s textem VNP BN 2002/2 a souhlasí s tím, že jejich podpisem se stávají nedílnou součástí všech obchodních smluv. Svým podpisem dne 18.9.2002 tedy uchazeč stvrzoval skutečnost, že je s VNP BN 2002/2 obeznámen a musel tak nepochybně vědět, co je v případě bodu 3.5 VNP BN 2002/2 nutné v nabídce doložit.

V případě nejasností mohl uchazeč využít svého práva a dle ust. § 2a odst. 3 zákona na zadavatele požadovat upřesňující informace k prokazování dalších předpokladů, tj. v tomto případě k výkladu bodu 3.5 VNP BN 2002/2, což sice podle svého tvrzení učinil, ale pouze telefonickým dotazem na zadavatele jaký doklad má tímto ustanovením – bodem 3.5 VNP BN 2002/2 na mysli. Uchazeč sice tvrdí, že oprávněnou pracovnící zadavatele mu bylo sděleno, že postačujícím je dokument (certifikát) vydaný českou autorizovanou osobou o

posouzení shody výrobků), avšak pro své tvrzení nepředložil a ani nemohl předložit žádný důkaz, neboť dotaz na zadavatele neučinil v písemné formě jak stanovuje § 68 odst. 1 a 3 zákona (veškeré úkony zadavatelů a uchazečů... musí mít písemnou formu; pokud je úkon učiněn zadavatelem nebo uchazečem telefonicky, případně faxem nebo dálkopisem, musí být do tří dnů potvrzen písemně).

Dle názoru orgánu dohledu je podmínka bodu 3.5 VNP BN 2002/2 (předložení CE certifikátů) plně akceptovatelná z hlediska předmětu plnění veřejné zakázky. Orgán dohledu se rovněž přiklání k názoru zadavatele, že text zadání veřejné zakázky i text bodu 3.5. VNP BN 2002/2 je dostatečně jasný a určitý a objektivně nemohl uchazeče vést k závěru, že zadavatel míní CE certifikátem certifikát autorizované osoby, která se podílela na posuzování shody podle zákona č. 22/1997 Sb. Jak z dokumentace o zadání veřejné zakázky vyplývá, je požadavek na předložení CE certifikátu plně odůvodněn potřebami zadavatele, a tudíž se v této souvislosti nejedná o diskriminační podmínku. Požadavek na CE certifikát se vztahuje přímo k předmětu plnění veřejné zakázky a souvisí s potřebou zadavatele získávat další poznatky a zkušenosti s praktickým používáním předmětu plnění při poskytování zdravotní péče na jiných pracovištích, a to i v zemích EU.

Pro úplnost orgán dohledu poznamenává, že uchazeč mohl v nabídce doložit CE certifikát, neboť jak vyplývá z jeho námitek ze dne 15.10.2002 a návrhu ze dne 31.10.2002, CE certifikátem disponuje. Poněvadž tak neučinil, jde z jeho strany pravděpodobně o opomenutí, neboť jak vyplývá ze stanoviska zadavatele, identický text v předchozích výběrových řízeních na jiné veřejné zakázky, kterých se uchazeč zúčastnil, v něm nevyvolal pochybnosti a CE certifikát předložil.

Nesprávný postup zadavatele při vyloučení uchazeče

Uchazeč uvádí, že z důvodu neúplnosti nabídky mohl být vyloučen pouze ve fázi otevírání obálek (§ 29 zákona) a zpochybňuje právo zadavatele vyloučit uchazeče z účasti na veřejné zakázce z důvodu neúplnosti nabídky při posuzování nabídek podle § 34 odst. 4 zákona.

V šetřeném případě však k posuzování a hodnocení nabídek komisí pro posouzení a hodnocení dosud nedošlo.

K postupu zadavatele při vyloučení uchazeče orgán dohledu uvádí, že jak komise pro otevírání obálek s nabídkami, tak i komise pro posouzení a hodnocení nabídek jsou poradními orgány zadavatele, které nemají pravomoc činit za zadavatele žádné právně závazné akty, tedy např. ani vylučovat uchazeče z účasti na veřejné zakázce. Obě komise mohou (pokud se jedná o problematiku vylučování uchazečů) pouze navrhnout zadavateli vyřazení nabídek, zjistí-li, že nabídka není úplná z hlediska podmínek soutěže (§ 29 odst. 4 zákona), a když zjistí, že nabídka nevyhověla podmínkám soutěže z hlediska jejich obsahového splnění (§ 34 odst. 4 zákona). Rozhodnutí o vyloučení ze soutěže je však vždy výhradně věcí zadavatele veřejné zakázky, přičemž není rozhodující, jestli je učiněno zadavatelem po ukončení otevírání obálek komisí pro otevírání obálek s nabídkami a ještě před zahájením činnosti komise pro posouzení a hodnocení nabídek.

Posuzování nabídek z hlediska obsahového splnění podmínek soutěže komisí pro posouzení a hodnocení nabídek je širším pojmem než posuzování úplnosti nabídek komisí pro otevírání obálek a zahrnuje i kontrolu úplnosti nabídky z hlediska požadavků uplatněných zadavatelem a jejího souladu s vyhlášenými podmínkami soutěže. V této souvislosti je nutno

zdůraznit, že zákon nestanoví žádné požadavky na odbornost členů komise pro otevírání obálek s nabídkami; pouze v § 29 odst. 1 zákona je stanoveno, že se musí jednat nejméně o tříčlennou komisi. Oproti tomu požadavky na členy komise pro posouzení a hodnocení nabídek jsou z hlediska jejich odbornosti i nestrannosti daleko vyšší, což je významné i z hlediska toho, že závěry komise o posouzení a hodnocení nabídek jsou zapracovány do zprávy pořízené komisí pro posouzení a hodnocení nabídek, která je podkladem pro další právně závazné akty zadavatele (rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, rozhodnutí o vyloučení). Rozhodující postavení však má v tomto směru zadavatel, který je povinen zabezpečit zákonnost postupu při zadávání veřejné zakázky, a tudíž je i oprávněn v kterékoli fázi procesu zadávání veřejné zakázky napravovat eventuelní zjištěné chyby komisí jako svých poradních orgánů.

Komise pro otevírání obálek s nabídkami postupovala při jejich otevírání v souladu s § 29 odst. 2 zákona, což vyplývá i z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 4.10.2002, podle kterého mj. komise kontrolovala „...zda nabídky obsahují jednotlivé číslované doklady uvedené v seznamu dokladů dle bodu IX, odst. 4 pokynů“, tedy i přítomnost zadavatelem požadovaných certifikátů, ale nikoliv už to, o jaké druhy certifikátů se jedná a zda se vztahují k předmětu plnění veřejné zakázky. Takto provedenou kontrolou nabídek naplnila požadavek zákona na kontrolu úplnosti nabídek z hlediska požadavků uplatněných zadavatelem ve vyhlášených podmínkách soutěže, jejíž konkrétní provedení ani její hloubku zákon blíže nespécifikuje. Další kontrolu úplnosti nabídek (tedy vlastně činnosti komise pro otevírání obálek s nabídkami) a současně i obsahové náplně předložených certifikátů provedl přímo zadavatel, který na základě absence požadovaných certifikátů vyloučil uchazeče v mezidobí mezi ukončením činnosti komise pro otevírání obálek s nabídkami a zahájením činnosti komise pro posuzování a hodnocení nabídek. Zákon sice úkony zadavatele v uvedeném mezidobí konkrétně neupravuje, avšak vzhledem k tomu, že zadavatel, který je odpovědný za činnost obou komisí, zjistil, že komise pro otevírání obálek s nabídkami, neposoudila správně nabídky z hlediska jejich úplnosti, napravil její postup a rozhodl o vyloučení uchazeče ze soutěže.

Orgán dohledu nesouhlasí s argumentem uchazeče, že z důvodu neúplnosti nabídky lze uchazeče vylučovat pouze v rámci otevírání obálek. Mohlo by totiž dojít k absurdní situaci, že pokud by zadavatel zjistil neúplnost nabídky až v další fázi soutěže (při posuzování a hodnocení nabídek), musel by hodnotit neúplné nabídky, což by bylo v rozporu s požadavkem na objektivní hodnocení nabídek. Objektivně lze hodnotit pouze srovnatelné nabídky, tedy takové, které jsou zpracovány v souladu s podmínkami soutěže.

K uchazečem zpochybňované aktivní legitimaci osoby (ekonomická náměstkyně), která podepsala rozhodnutí o vyloučení (i rozhodnutí o námitkách), orgán dohledu konstatuje, že tento zástupce ředitele byl oprávněn příslušná rozhodnutí podepsat (podle organizačního řádu nemocnice schváleného zřizovatelem zastupuje ředitele v době jeho nepřítomnosti ekonomický náměstek). Pokud by právní úkony mohl činit pouze ředitel nemocnice a v jeho nepřítomnosti by jej nemohl nikdo zastupovat, byl by fakticky chod nemocnice ochromen.

Rozpor s obchodním zákoníkem

Uchazeč v návrhu poukazuje na rozpor mezi podmínkami soutěže a obchodním zákoníkem, kdy porušení dobrých mravů spatřuje v tzv. modulaci nabídkové ceny, která dle pokynů pro zpracování nabídky musela být součástí návrhu smlouvy předkládaného uchazečem. Modulace nabídkové ceny spočívala v tom, že v návrhu smlouvy muselo být uvedeno, že pokud uchazeč bude v průběhu platnosti smlouvy dodávat výrobky (předmět

plnění) jiným zdravotnickým zařízením za ceny nižší, a pokud zadavatel tuto skutečnost prokáže, snižují se nabídkové ceny výrobků na úroveň cen, za něž bude uchazeč dodávat výrobky jiným zdravotnickým zařízením. Zadavatel ve svém stanovisku uvedl, že jeden z renomovaných distributorů v roce 2002 snížil ceny stejného předmětu plnění veřejné zakázky o desítky procent. Dále zadavatel uvedl, že nemohl požadovat bez dalšího pouze pevné jednotkové ceny, protože by se očekávané či možné snížení ceny na něho nevztahovalo.

Orgán dohledu k výše uvedenému dodává, že postup zadávání veřejné zakázky je upraven zákonem o zadávání veřejných zakázek, avšak již v rámci podmínek soutěže zadavatel stanovil požadavky na obsah smlouvy o plnění veřejné zakázky jako soukromoprávního vztahu mezi zadavatelem a vybraným uchazečem. Jedním z cílů, proč jsou veřejné zakázky zadávány postupem stanoveným v zákoně o zadávání veřejných zakázek, je snaha o úsporu finančních prostředků a uvedené ustanovení ve smlouvě nepochybně k takovému cíli vede.

Dále uchazeč napadá požadavek zadavatele stanovit ve smlouvě, že minimálně 50 dní prodlení zadavatele s úhradou faktury se nepovažuje za prodlení a uchazeč (dodavatel) není oprávněn za tuto dobu prodlení uplatnit nárok na úroky z prodlení a rovněž má ve smlouvě vyloučit svůj nárok na náhradu škody za toto prodlení.

Orgán dohledu k výše uvedenému znovu dodává, že postup při zadání veřejné zakázky je upraven zákonem o zadávání veřejných zakázek, ale samotná smlouva na plnění veřejné zakázky je soukromoprávním vztahem mezi zadavatelem a vybraným uchazečem. Platební podmínky stanoví zadavatel, uchazeči jsou povinni je akceptovat, přičemž jsou oprávněni nabídnout platební podmínky lepší a v daném případě jsou platební podmínky dokonce prvním kritériem hodnocení.

Dále je namítáno, že uchazeč byl povinen stanovit v návrhu smlouvy lhůtu v hodinách pro dodávku předmětu plnění v tzv. akutních případech, s tím že za akutní budou považovány ty, které tak zadavatel označí bez dalšího. Uchazeč se domnívá, že toto ustanovení je až příliš jednostranně zaměřeno ve prospěch zadavatele. Zadavatel ve svém stanovisku k uvedenému tvrdí, že dodávky budou realizovány prostřednictvím konsignačního skladu, který uchazeč zřídí u zadavatele a dále, že mezi podmínkami provozování konsignačního skladu je také finanční objem zboží na skladě, způsob a periodicita, doplňování konsignačního skladu. Uchazeč měl ve své nabídce navrhnout takový způsob, který zadavateli zajistí, aby v konsignačním skladu byly průběžně dispozici výrobky v potřebném sortimentu.

Orgán dohledu k uvedenému dodává, že je na vůli zadavatele stanovit podmínky zadání, pokud nejsou v rozporu se zákonem o zadávání veřejných zakázek; daná podmínka (označení akutních případů) zákonu neodporuje.

K oprávnění zadavatele ukončit platnost smlouvy písemným oznámením zaslaným vybranému uchazeči v případě organizačních změn nebo při prodeji podniku nebo jeho části, jejímž prostřednictvím byla veřejná zakázka realizována, orgán dohledu uvádí, že orgán dohledu má oprávnění přezkoumávat postup zadavatelů podle zákona o zadávání veřejných zakázek a z hlediska tohoto zákona se uvedený požadavek nejvíce jeví jako diskriminační.

Orgán dohledu konstatuje, že podmínky zadání veřejné zakázky byly předem známy a byly stejné pro všechny uchazeče. Uchazeč mohl ještě před uplynutím soutěžní lhůty zpochybnit podmínky zadání u zadavatele nebo orgánu dohledu (v této souvislosti lze odkázat

např. na rozhodnutí ÚOHS č.j. S 107-R/00-VP/140/An z 12.5.2000 – viz www.compet.cz). Uchazeč však nabídku v soutěžní lhůtě předložil, podepsal návrh smlouvy i Všeobecné nákupní podmínky BN 2002/2, a tudíž akceptoval jejich obsah – je tedy otázkou proč tak učinil, když nyní rozporuje jejich obsah. Toto rozporování se jeví jako účelové z toho důvodu, že k němu dochází až po vyloučení uchazeče ze soutěže (a toto vyloučení bylo učiněno z jiného důvodu – nepředložení certifikátu CE).

Orgán dohledu shledal, že vyloučení uchazeče ze soutěže bylo oprávněné a v souladu se zákonem, neboť uchazeč nepředložil doklad (CE certifikát) požadovaný zadavatelem v podmínkách soutěže, a tudíž orgán dohledu rozhodl o zamítnutí návrhu uchazeče, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí.

Pro úplnost orgán dohledu poznamenává, že v rámci přezkoumávání dosavadního postupu zadavatele zjistil, že zadavatel v bodě 12.7. podmínek soutěže stanovil podmínku „Nabídka včetně všech součástí a příloh musí být podána v českém jazyce“, která sice není podmínkou stanovenou v rozporu se zákonem, avšak pokud si ji zadavatel stanovil, bylo jeho povinností posuzovat, zda nabídky všech uchazečů byly předloženy v souladu s touto podmínkou. Nabídky obou uchazečů, kteří nebyli z účasti na veřejné zakázce vyloučeni však obsahovaly některé součásti a přílohy v jiném než českém jazyce. Zjištěné skutečnosti nemohly být předmětem šetření v rámci předmětného správního řízení, neboť jeho účastníky nejsou v daném případě s ohledem na § 58 zákona uchazeči, kteří nebyli zadavatelem vyloučeni z účasti na veřejné zakázce, a tudíž v rámci toho správního řízení nemůže být jednáno a rozhodováno o skutečnostech, které by se mohly dotknout práv jiných subjektů (nevyloučených uchazečů), než účastníků řízení. Vzhledem ke zjištěným a výše uvedeným skutečnostem bylo zahájeno správní řízení z úřední povinnosti, jeho účastníky jsou zadavatel a oba uchazeči, jejichž nabídky obsahovaly některé součásti a přílohy v jiném než českém jazyce.

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 - odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Miroslav Šumbera
vrchní ředitel

Obdrží:

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

Mgr. Radek Pokorný, advokát, Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & spol., Krocínova 1, 110 00 Praha 1

Na vědomí:

Johnson and Johnson, spol. s r. o., Na Radosti 399, 155 25 Praha 5, zast. Ing. Jiřím Pavlíčkem