Č.j.: 3R 20/01-Ku V Brně dne 10.8.2001

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 6.6.2001 podaném Ministerstvem obrany ČR, se sídlem Tychonova 1, 160 00 Praha 6, zast. ministrem obrany, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 44-R/01-VP/140/Ná ze dne 18.5.2001, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Česká republika – Ministerstvo obrany ČR, se sídlem Tychonova 1, 160 00 Praha 6, zast. ministrem obrany, zast. ředitelem Akvizičního úřadu, se sídlem nám. Svobody 47, 160 01 Praha 6, v obchodní veřejné soutěži „o nejvhodnější nabídku k uzavření smlouvy na zajištění silniční nepravidelné přepravy osob ve prospěch Armády České republiky (dále jen „AČR“) v letech 2001 – 2002“ vyhlášené dne 22.11.2000 v Obchodním věstníku č. 47/00 pod zn. 110551-47/00 podle 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. a zákona č. 256/2000 Sb.,

m ě n í m

podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb. a zákona č. 227/2000 Sb., na základě návrhu zvláštní komise ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona, napadené rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 44-R/01-VP/140/Ná ze dne 18.5.2001 takto:

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo obrany ČR, se sídlem Tychonova 1, 160 00 Praha 6, zast. ředitelem Akvizičního úřadu, se sídlem nám. Svobody 47, 160 01 Praha 6, v obchodní veřejné soutěži „o nejvhodnější nabídku k uzavření smlouvy na zajištění silniční nepravidelné přepravy osob ve prospěch Armády České republiky (dále jen „AČR“) v letech 2001 – 2002“ vyhlášené dne 22.11.2000 v Obchodním věstníku č. 47/00 pod zn. 110551-47/00 podle 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. a zákona č. 256/2000 Sb., porušil ustanovení § 2a odst. 1, § 2c odst. 1, § 5 odst. 1 písm. a) a c) a § 23 odst. 2 téhož zákona.
2. Podle § 60 písm. b) 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., se zadání veřejné zakázky „o nejvhodnější nabídku k uzavření smlouvy na zajištění silniční nepravidelné přepravy osob ve prospěch Armády České republiky (dále jen „AČR“) v letech 2001 –

2002“ vyhlášené dne 22.11.2000 v Obchodním věstníku č. 47/00 pod zn. 110551-47/00, **r u š í.**

O d ů v o d n ě n í

Česká republika – Ministerstvo obrany ČR, se sídlem Tychonova 1, 160 00 Praha 6, zast. ministrem obrany, zast. ředitelem Akvizičního úřadu, se sídlem nám. Svobody 47, 160 01 Praha 6 (dále jen „zadavatel“) vyhlásil dne 22.11.2000 v Obchodním věstníku č. 47/00 pod zn. 110551-47/00 obchodní veřejnou soutěž „o nejvhodnější nabídku k uzavření smlouvy na zajištění silniční nepravidelné přepravy osob ve prospěch Armády České republiky (dále jen „AČR“) v letech 2001 – 2002“ (dále jen „soutěž“) podle 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. a zákona č. 256/2000 Sb. (dále jen „zákon“).

Do konce soutěžní lhůty zadavatel obdržel devět nabídek. Komise pro otevírání obálek s nabídkami, která zasedala dne 4.1.2001 vyřadila z dalšího posuzování a hodnocení dvě nabídky. Komise pro posouzení hodnocení nabídek (dále jen „komise“), která zasedala dne 16.1.2001 pak navrhla zadavateli vyřadit ze soutěže další čtyři nabídky pro nesplnění podmínek soutěže, mezi nimi i nabídku společnosti DT EXPRES, spol. s r.o., se sídlem Papírnická 8, 301 53 Plzeň, zast. jednatelem Jiřím Novákem (dále jen „uchazeč“). Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 21.1.2001 pod č.j. 276/29-31-27/2001-8082 uchazeče vyloučil ze soutěže s odvoláním na ustanovení § 2e zákona.

Proti tomuto rozhodnutí podal uchazeč dne 30.1.2001 námitky, kterým zadavatel svým rozhodnutím č.j. 5418/2/2001-8764 ze dne 6.2.2001 nevyhověl. Zároveň uchazeče poučil o možnosti podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání rozhodnutí zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“). Uchazeč tohoto práva využil. ÚOHS obdržel výše uvedený návrh dne 19.2.2001 a tímto dnem bylo podle § 57 odst. 1 zákona správní řízení, v němž jako účastníky řízení ÚOHS označil zadavatele a uchazeče. Vzhledem k tomu, že uvedený návrh nebyl podán v souladu s § 57 odst. 2 zákona, ÚOHS návrh dle citovaného ustanovení zamítl. V postupu zadavatele však ÚOHS shledal porušení zákona a zahájil dne 23.3.2001 pod č.j. S 44/01-VP/140/Ná správní řízení z vlastního podnětu, v němž jako účastníka řízení označil zadavatele. Zároveň ÚOHS vydal dne 23.3.2001 pod č.j. S 44-PO/01-VP/140/Ná rozhodnutí o předběžném opatření.

ÚOHS po přezkoumání veškerého spisového materiálu vydal dne 18.5.2001 pod č.j. S 44-R/01-VP/140/Ná rozhodnutí, kterým pro porušení ustanovení § 2a odst. 1, § 2b odst. 1 písm. e), § 2c odst. 1 a § 5 odst. 1 písm. c) zákona zadavatelem, zadání soutěže podle § 60 písm. b) zákona, zrušil.

Své rozhodnutí ÚOHS odůvodnil zejména tím, že ve vyhlášení soutěže v bodě 3. „Požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů“ a rovněž v zadávací dokumentaci v bodě 7. Zadavatel uvedl: „Uchazeč musí prokázat kvalifikační předpoklady podle § 2b s výjimkou odst. 1 písm. e) způsobem podle § 2c zákona…“ Ustanovení § 2a odst. 1, § 2b odst. 1 písm. e), § 2c odst. 1 a § 5 odst. 1 písm. c) zákona neumožňují zadavateli ve

vyhlášených podmínkách obchodní veřejné soutěže vyloučit prokázání splnění kvalifikačního předpokladu uvedeného v ustanovení § 2b odst. 1 písm. e) zákona, proto učinil-li tak zadavatel, citovaná ustanovení zákona porušil.

Proti tomuto rozhodnutí podal zadavatel v zákonné lhůtě rozklad, v němž zejména namítá, že s argumentací ÚOHS uvedené ve výroku a odůvodnění rozhodnutí nesouhlasí a svůj postup odůvodňuje takto: „ustanovení § 2a odst. 1 zákona ukládá uchazeči povinnost v nabídkách prokázat kvalifikační předpoklady (§2b) k plnění veřejné zakázky. V zadání může požadovat zadavatel splnění dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky (§2f). Ze znění tohoto ustanovení zákona nevyplývá žádná povinnost, kterou by zadavatel při prokazování kvalifikačních předpokladů mohl porušit. Povinnost je uložena uchazeči.

Ustanovení § 2b odst. 1 písm. e) zákona říká, že kvalifikační předpoklady pro plnění veřejné zakázky splňuje uchazeč, který nebyl v posledních třech letech disciplinárně potrestán podle zvláštních předpisů upravujících výkon odborné činnosti, pokud tato činnost souvisí s předmětem veřejné zakázky. Zadavatel si proto zcela logicky vykládá toto ustanovení zákona tak, že pokud není možno uchazeče pro výkon odborné činnosti disciplinárně potrestat (neboť předmět veřejné zakázky s výkonem odborné činnosti nesouvisí), neumožňuje mu to ani požadovat prokázání shora uvedeného kvalifikačního předpokladu. Pokud by jej požadoval, již s požadavkem v zadání obchodní veřejné soutěže by věděl, že uchazeči mu poskytnou nepravdivou informaci, kterou nemohou prokázat. Ti uchazeči, kteří však v nabídce pravdivě uvedou, že tento požadavek zadavatele nemohou splnit, musí být zadavatelem pro nesplnění kvalifikačních předpokladů vyloučeni z další účasti v obchodní veřejné soutěži. Ze shora uvedených důvodů zadavatel nesouhlasí ani s tvrzením orgánu dohledu, že shora uvedené ustanovení zákona neumožňuje zadavateli ve vyhlášených podmínkách obchodní veřejné soutěže vyloučit prokázání splnění tohoto kvalifikačního předpokladu.

Zákon ve svém ustanovení § 2c odst. 1 ukládá uchazečům, jak mají prokázat splnění kvalifikačních předpokladů. Tudíž opět zavazuje k plnění uchazeče, nikoliv zadavatele. Prokázání kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 2b odst. 1 písm. e) zákona, pokud předmět veřejné zakázky souvisí s výkonem odborné činnosti, prokazuje uchazeč čestným prohlášením, jak je v tomto ustanovení zákona uvedeno“.

Závěrem rozkladu zadavatel navrhuje, aby předseda ÚOHS napadené rozhodnutí zrušil se závěrem, že k porušení ustanovení § 2a odst. 1, § 2b odst. 1 písm. e), § 2c odst. 1 a ustanovení § 5 odst. 1 písm. c) zákona zadavatelem nedošlo.

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 napadeným rozhodnutím zrušil podle § 60 písm. b) zákona zadání soutěže s tím, že zadavatel porušil ustanovení §§ 2a odst. 1, 2b odst. 1 písm. e), 2c odst. 1 a 5 odst. 1 písm. c) zákona rozhodl věcně správně, ale ve výroku nepřesně uvedl porušení, kterých se zadavatel při zadávání soutěže dopustil.

K samotnému rozkladu uvádím, že po přezkoumání předloženého spisového materiálu jsem zjistil, že z vyhlášení soutěže, bodu „3. Požadavky na prokázání kvalifikačních

předpokladů“ nepochybně vyplývá, že zadavatel požadoval prokázání „kvalifikačních předpokladů podle § 2b s výjimkou odst. 1 písm. e) způsobem podle § 2c zákona.“.

K tomu vysvětluji, že zadavatel nemůže vyloučit prokázání splnění kvalifikačního předpokladu ve výše uvedených ustanoveních. Výklad zadavatele, že ustanovení § 2b odst. 1 písm. e) zákona, (pokud není možno uchazeče disciplinárně potrestat), neumožňuje zadavateli na uchazeči požadovat ani prokázání tohoto kvalifikačního předpokladu, je v rozporu se zákonem i vzhledem k tomu, že zadavatel nemůže dopředu vědět, jací uchazeči podají v soutěži své nabídky. Prohlášení uchazeče, kterého není možno disciplinárně potrestat, že nebyl v posledních třech letech disciplinárně potrestán podle zvláštních předpisů upravujících výkon odborné činnosti, nečiní z jeho prohlášení nepravdivou informaci, jak tvrdí zadavatel.

S námitkami rozkladu, že ze znění zákona nevyplývá žádná povinnost, kterou by zadavatel při prokazování kvalifikačních předpokladů mohl porušit vzhledem k tomu, že „povinnost je uložena uchazeči“, nemohu souhlasit. Soutěž nevyhlašují uchazeči, ale zadavatel, který musí v průběhu zadávání soutěže vycházet z kogentních ustanovení zákona. Veškeré další argumenty zadavatele v této věci jsou tedy irelevantní.

Po přezkoumání veškerého spisového materiálu jsem však zjistil, že zadavatel se dopustil závažnějšího porušení zákona. Z bodů „11. Požadavek na poskytnutí jistoty“ a „15. Práva zadavatele“ vyplývá, že zadavatel porušil i ustanovení § 23 odst. 2 zákona a § 5 odst. 1 písm. a) zákona.

V bodě 11. Požadavek na poskytnutí jistoty zadavatel uvedl, že „V případě, že uchazeč podá nabídku na více dílčích plnění, poskytne jistotu pouze ve výši 150 000,- Kč.“. Tímto požadavkem zadavatel porušil ustanovení § 23 odst. 1 zákona, podle kterého požadavek na poskytnutí jistoty musí zadavatel uplatnit shodně vůči všem uchazečům. Výši jistoty v absolutní částce stanoví zadavatel v rozmezí 0,5% až 3% budoucího peněžitého závazku. Tímto postupem zadavatel porušil i ustanovení § 11 odst. 1 zákona, podle něhož nesmí být žádný z uchazečů v obchodní veřejné soutěži zvýhodněn proti ostatním účastníkům soutěže s výjimkami uvedenými v odst. 2 a 3, které se ovšem na daný případ nevztahují.

Po bodem „15. Práva zadavatele“ si zadavatel vyhradil mimo jiné právo upravit návrh smlouvy a upřesnit rozsah plnění veřejné zakázky ve smlouvě v závislosti na výši nabídkové ceny a objemu přidělených finančních prostředků. K tomu poukazuji na znění § 5 odst. 1 písm. a) zákona, podle kterého musí podmínky soutěže obsahovat vymezení plnění veřejné zakázky. Zadavatel nemůže sám upravovat návrh smlouvy, příp. upřesňovat rozsah plnění veřejné zakázky v závislosti na nabídkové ceně. Nabídková cena je cena, kterou uchazeč navrhuje zadavateli za splnění veřejné zakázky ve své nabídce (§ 2 písm. h) a zadavatel může pouze ve stadiu vyhlášení soutěže uvést podmínky, při jejichž splnění je možno překročit výši nabídkové ceny (§ 5 odst. 1 písm. l).

Pro úplnost upozorňuji na ustanovení § 70 zákona, kdy smlouva na veřejnou zakázku uzavřená v rozporu se zákonem je neplatná a změny ve smlouvě v rozporu s podmínkami soutěže jsou neplatné.

Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí změnit a výrok napadeného rozhodnutí upřesnit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Česká republika – Ministerstvo obrany ČR, se sídlem Tychonova 1, 160 00 Praha 6, zast. ministrem obrany,
2. spis.