

Č. j.: 2R 74/03 – Hr

V Brně dne 15. prosince 2003

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 28.11.2003 společností REKOM spol. s r. o., se sídlem Velflíkova 6, 160 00 Praha 6, zast. jednatelem Janem Švejchou, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 5.11.2003 č. j. VZ/S 131/03-151/4930/03-IŠ, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Metropolitní kapituly u sv. Václava v Olomouci, se sídlem Biskupské nám. 2, 779 00 Olomouc, zast. děkanem Metropolitní kapituly Mons. Josefem Hrdličkou, učiněných při zadání veřejné zakázky „Generální oprava vnějšího pláště katedrály sv. Václava v Olomouci – II. etapa“ formou obchodní veřejné soutěže 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., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb., dne 6.5.2003 uveřejněním v Obchodním věstníku č. 18/03 pod. zn. 170340-18/03, jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu zvláštní komise, ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S 131/03-151/4930/03-IŠ ze dne 5.11.2003

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

Odůvodnění

Metropolitní kapitula u sv. Václava v Olomouci, se sídlem Biskupské nám. 2, 779 00 Olomouc, zast. děkanem Metropolitní kapituly Mons. Josefem Hrdličkou (dále jen „zadavatel“), vyhlásil dne 6.5.2003 uveřejněním v Obchodním věstníku č. 18/03 pod zn. 170340-18/03 formou obchodní veřejné soutěže 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., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon“), veřejnou zakázku „Generální oprava vnějšího pláště katedrály sv. Václava v Olomouci – II. etapa“.

Zadavatel obdržel v soutěžní lhůtě celkem pět nabídek, přičemž na základě zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 26.6.2003 zadavatel dne 30.6.2003 rozhodl o vyloučení čtyř uchazečů z další účasti v soutěži pro nesplnění podmínek stanovených v zadávací dokumentaci k veřejné zakázce, mezi nimi i o vyloučení uchazeče REKOM spol. s r. o., se sídlem Velflíkova 6, 160 00 Praha 6, zast. jednatelem Janem Švejchou (dále jen „navrhovatel“). Navrhovatel podal proti rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení námitky ze dne 15.7.2003, kterým zadavatel po jejich přezkoumání dne 22.7.2003 nevyhověl a současně navrhovatele poučil o možnosti podat proti tomuto rozhodnutí návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Navrhovatel svého práva využil a návrh dne 1.8.2003 k Úřadu podal. Tímto dnem bylo zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad jako účastníky správního řízení označil zadavatele a navrhovatele.

Navrhovatel ve svém návrhu nesouhlasí s jednotlivými skutečnostmi, které zadavatel uvedl jako důvody vyloučení a uvádí, že v citaci čestného prohlášení ke kvalifikačním předpokladům dle § 2b odst. 1 písm. b) zaměnil slovo „vyrovnací“ za „vyrovnávací“, čímž ale dle svého názoru nemění smysl a význam čestného prohlášení o splnění příslušného kvalifikačního předpokladu a jedná se pouze o nesprávný přepis pojmu. Stejně tak údaje o národních kulturních památkách jsou v nabídce uvedeny v plném rozsahu dle požadavků zadávací dokumentace, přičemž navrhovatel se domnívá, že „formulace zadávacích podmínek na doložení prací na národních kulturních památkách je účelová, protože zadavateli bylo zřejmě známo, kdo tento další předpoklad může splnit“. Navrhovateli také není zřejmý důvod, proč zadavatel v zadání požadoval platnost nabídkové ceny do 31.12.2005, když přitom v podmínkách obchodní veřejné soutěže požadoval termín dokončení jako limitní do konce října 2004, a dále si vyhradil právo na úpravu termínů nejen zahájení, ale i dokončení. Důvodem, proč navrhovatel v předkládaném návrhu smlouvy o dílo uvedl odlišné podmínky fakturace, než zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci, byla snaha navrhovatele vytvořit si prostor pro absorpci požadavků ze strany zadavatele, neboť si zadavatel v uvedené dokumentaci vyhradil právo o smlouvě dále jednat a zároveň toto právo odepřel uchazečům ustanovením bodu 14.2 zadávací dokumentace. Dále podle názoru navrhovatele doklad o poskytnutí jistoty splňuje požadavek zákona, protože zákon nestanoví, po jakou dobu musí být jistota složená. Uchazeč zpochybňuje zadavatelem stanovený požadavek na délku platnosti případné bankovní záruky, tj. minimálně po dobu „zadávací a prodloužené zadávací lhůty (§ 8 v návaznosti na § 40 a § 41 zákona)“, s poukazem na skutečnost, že zadávací lhůta, resp. lhůta po kterou jsou uchazeči svými nabídkami vázáni, se stejně prodlužuje až do vyřízení námitek. Právě z uvedeného důvodu pokládá skutečnost, že zadavatel uvádí dobu min. 180 dní jako argumentaci k rozhodnutí o vyloučení uchazeče za „nepřípustnou

manipulaci s daty“. Dále navrhovatel namítá porušení zákona v obsahu samotné zadávací dokumentace.

K návrhu se dne 8.8.2003 vyjádřil zadavatel a uvádí, že bez ohledu na to, zda se jedná o přepis nebo o neznalost zákona, navrhovatel nesplnil požadavek na prokázání kvalifikačních předpokladů podle zákona, když v rozporu s dikcí zákona č. 328/1991 Sb., o konkurzu a vyrovnání, ve znění pozdějších předpisů, uvedl v čestném prohlášení nesprávný pojem „vyrovnávací řízení“. Z navrhovatelem uvedených referenčních zakázek splňuje podmínku, že zakázka byla realizovaná na objektu národní kulturní památky s datem zkolaudování v roce 2001 – 2002, pouze jedna, namísto minimálně požadovaných dvou zakázek, a ani u ní však není naplněn zadavatelem požadovaný objem restaurátorských prací minimálně 18 mil. Kč. Z celkového počtu uvedených referencí pak bylo na objektech národních kulturních památek realizováno pouze 5 namísto minimálního požadovaného počtu 6 zakázek od roku 1995. Zadavatel konstatuje, že navrhovatel navíc jako jediný uchazeč nedodržel požadované členění referencí. Požadavek na platnost nabídkové ceny do 31.12.2005 zadavatel definoval v textu soutěžních podmínek, přitom uchazeči dle názoru zadavatele nepřísluší hodnotit důvody, proč tak zadavatel učinil. Zadavatel dále vymezil v podmínkách zadání platební podmínky shodně pro všechny uchazeče s přesným stanovením, kdy bude uhrazen zbytek ceny díla. Tím, že navrhovatel definoval ve svém návrhu požadavek na včasější uvolnění „zádržného“, nesplnil podmínky stanovené zadavatelem. Konečně navrhovatelem předložený doklad o poskytnutí jistoty dle názoru zadavatele neodpovídá podmínkám zadání, když zadavatel stanovil, že lhůta platnosti bankovní záruky nesmí být kratší než zadávací lhůta a prodloužená zadávací lhůta. Zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh zamítl, neboť nedošlo k porušení zákona.

V oznámení o zahájení správního řízení ze dne 18.8.2003 Úřad mimo jiné vyzval navrhovatele, aby se vyjádřil, proč námitky směřující proti obsahu podmínek soutěže neuplatnil ihned po podání nabídky, ale až po výběru nejvhodnější nabídky.

K tomu se navrhovatel vyjádřil dne 26.8.2003 a uvádí, že v námitkách proti rozhodnutí o vyloučení se „domáhal zpětného zařazení do soutěže, respektive zrušení soutěže a vypsání nové, spravedlivější soutěže, protože by vzhledem k navrženému hodnotícímu kritériu – nabídková cena – neztvrděla nejvhodnější nabídka, ale nabídka, která splnila podmínky soutěže, které byly vypsány nepřehledně“ a zmatečně. Dále navrhovatel upozorňuje na skutečnost, že zadavatel uvedl ve své odpovědi na písemnou žádost o upřesnění informací, kdy jeden dotaz zněl „jak je možné požadovat doplňující informace po otevření nabídek, jedná-li se o jednostupňovou soutěž?“, že zadavatel může požadovat doplňující informace v souladu se zákonem.

Dopisem ze dne 7.10.2003 a ze dne 20.10.2003 Úřad mimo jiné vyzval zadavatele ke zdůvodnění jím zvoleného vymezení referencí jako dalšího předpokladu pro plnění veřejné zakázky podle § 2f zákona. Dále jej požádal o objasnění, jakým způsobem měl být splněn požadavek, aby byl jako zhotovitel uveden pouze zaměstnanec, který podepisuje návrh smlouvy obsažený v nabídce, když měl text definice smluvních stran obsahovat informace o zastupování ostatních účastníků společné nabídky. Úřad také požadoval vysvětlení důvodů začlenění ustanovení, že nabídková cena musí být stanovena jako cena platná nejméně do 31.12.2005, a to bez ohledu na termín dokončení navržený uchazečem.

Ve svých následných vyjádřeních zadavatel mimo jiné uvádí, že požadavek na dvě stavby zkolaudované v letech 2001 – 2002 stanovil proto, aby bylo u vybraného uchazeče zaručeno, že se v poslední době věnoval restaurování obdobných děl, jako je předmět šetřené

veřejné zakázky. Objem minimálně 18 mil. Kč byl zvolen jako 1/3 předpokládaného objemu prací na šetřené veřejné zakázce, přičemž tento objem byl zadavatelem považován za dostatečnou míru prokázání zkušenosti s pracemi obdobného rozsahu. Požadavkem na reference k šesti objektům národních kulturních památek od roku 1995 zadavatel sledoval, aby uchazeč v oboru restaurování působil plynule i v delším období, což by mělo zaručit „zdatnost a solidnost“ uchazeče. Formulací požadovaného stanovení nabídkové ceny v nabídce chtěl zadavatel zajistit, aby cena stanovená ve smlouvě s vybraným uchazečem zůstala neměnná i v případě, že by financování opravy bylo prodlouženo, a bylo tak zabráněno případnému navyšování ceny vlivem vývoje cen „v národním hospodářství“. Uvedená podmínka byla dle zadavatelova vyjádření navíc požadavkem Ministerstva kultury České republiky pro udělení souhlasu se zahájením realizace předmětné akce.

Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 5.11.2003 rozhodnutí č. j. VZ/S131/03-151/4930/03-IŠ, kterým návrh zamítl a rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele potvrdil s konstatováním, že bylo učiněno v souladu se zákonem.

V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že v otázce prokazování kvalifikačních předpokladů formou čestného prohlášení ustanovení § 2b odst. 1 zákona neuvádí formu, ani žádné bližší požadavky na obsahové údaje čestného prohlášení, a tedy navrhovatel splnil předpoklad požadovaný v ustanovení § 2b odst. 1 písm. c) zákona tím, že ve svém čestném prohlášení výslovně odkázal na ustanovení zákona, byť se při jeho formulaci dopustil písařské chyby. K otázce referencí Úřad uvedl, že stanovení dalších podmínek, jakož i formulace jejich obsahu, závisí na úvaze, přičemž navrhovatel požadavky zadavatele v tomto směru nesplnil, když v jím předloženém seznamu restaurátorských prací provedených od roku 1995 pouze pět staveb splňovalo podmínku objektu národní kulturní památky a rovněž tak v letech 2001 – 2002 provedl navrhovatel práce pouze na jednom objektu národní kulturní památky, přičemž uváděný rozsah prací byl 4,4 mil. Kč. U stanovení nabídkové ceny Úřad zjistil, že navrhovatel ve svém návrhu smlouvy neuvedl zadavatelem výslovně stanovený požadavek na platnost ceny do 31.12.2005 a tím nesplnil podmínky stanovené v zadávací dokumentaci. V otázce platebních podmínek se pak navrhovatel prokazatelně odchýlil od podmínek stanovených zadavatelem. Rovněž tak při stanovení délky poskytnuté jistoty navrhovatel nedodržel zadavatelem přesně stanovenou délku. Úřad se vyjádřil rovněž k možnosti požadovat „zpodrobnující podklady nebo jiné informace“ a na jejich základě „vyžadovat upřesnění nabídek“, které si zadavatel zakotvil v podmínkách soutěže a konstatoval, že vzhledem k tomu, že nebyly učiněny žádné úkony, které by svědčily o naplnění této podmínky, není její existence důvodem pro zrušení zadání veřejné zakázky.

Proti uvedenému rozhodnutí podal navrhovatel dne 28.11.2003 rozklad, ve kterém nepředkládá nové argumenty a pouze uvádí, že formulace požadavku zadavatele na doložení referencí stanoveného v podmínkách soutěže jako další kvalifikační předpoklad uchazeče je účelová a „zřejmě“ má zajistit eliminaci „nepohodlných uchazečů, kteří se zadavateli nehodí“. Navrhovatel je názoru, že zadavateli bylo zřejmě známo, kdo tento další předpoklad může splnit a dále navrhovatel rozvíjí úvahy nad okolnostmi, které vedly zadavatele ke stanovení konkrétních parametrů požadovaných referencí. Uvádí dále, že tvrzení zadavatele o nutnosti garantovat cenu uvedenou v nabídce do 31.12.2005 (v rozkladu chybně uvedeno 31.12.2003) „nebylo prokázáno, protože je neoprávněné“. Stejně jako ve svém návrhu i v rozkladu navrhovatel také namítá, že zadavatel uvedl uchazeče v omyl tím, že si vyhradil právo na úpravu termínů nejen zahájení, ale i dokončení. Platební podmínky stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci nemusely být dle názoru navrhovatele nutně v nabídce bezpodmínečně akceptovány s ohledem na skutečnost, že zadavatel si vyhradil právo o

podmínkách smlouvy dále jednat. Stejně tak navrhovatel vyjadřuje svůj názor, že jím v nabídce předložený doklad o poskytnutí jistoty je v souladu se zákonem a svou argumentací dovozuje, že zadavatelem stanovené požadavky na dobu poskytnutí jistoty formou bankovní záruky jsou nepřipustné. Navrhovatel dále opakuje své pochybnosti o zákonnosti toho ustanovení zadávací dokumentace, ve kterém si zadavatel vyhradil právo jednat po otevření obálek s jednotlivými uchazeči za účelem získání doplňujících informací, právo následně předložit uchazečům zpodobňující podklady a právo na jejich základě vyžadovat upřesnění nabídek, kterou Úřad neuznal za důvod pro zrušení zadání veřejné zakázky s odůvodněním, že dosud nedošlo k jejímu naplnění. Navrhovatel vyslovuje domněnku, že tato podmínka ani nemohla být naplněna, „protože v soutěži zůstal pouze jeden uchazeč, který je se zadavatelem v kontaktu, a proto není potřeba předkládat žádné dotazy na upřesnění jeho nabídky“.

K podanému rozkladu se dne 4.12.2003 vyjádřil zadavatel a konstatuje, že navrhovatel neuvádí v rozkladu žádné nové skutečnosti. Námitky navrhovatele, kterými se tento domáhá zrušení obchodní veřejné soutěže, považuje zadavatel za neoprávněné a požaduje, aby o podaném rozkladu bylo rozhodnuto v souladu s platnými právními předpisy.

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:

Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S 131/03-151/4930/03-IŠ ze dne 5.11.2003 návrh zamítl a rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele potvrdil, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí se plně ztotožňuji.

K argumentaci navrhovatele uvádím následující:

V souladu s ustanovením § 2a odst. 1 zákona, v návaznosti na ustanovení § 2a odst. 3 zákona, může zadavatel požadovat splnění dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky, přičemž tyto požadavky vymezí v zadání, nebo v kvalifikační dokumentaci včetně požadovaného způsobu jejich splnění.

Podle ustanovení § 5 odst. 2 zákona pak může zadavatel rovněž vymezit další podmínky soutěže a tyto další podmínky je povinen vyhlásit společně s podmínkami soutěže dle ustanovení § 5 odst. 1 zákona, jež zákon předepisuje obligatorně.

Zákon v žádném z výše citovaných ustanovení přesně nedefinuje, jaké tyto další předpoklady pro plnění veřejné zakázky a další podmínky soutěže mají mít znění a poskytuje v obou případech pouze demonstrativní výčet. Je tedy zřejmé, že zadavatel si může zvolit i jiné než v zákoně vyjmenované předpoklady či podmínky, a to v souladu se svými potřebami a záměry. Při jejich formulaci je tak zadavatel omezen pouze ostatními ustanoveními zákona při respektování zásady transparentnosti zadání veřejné zakázky a rovného přístupu ke všem uchazečům.

Pokud zadavatel využije zákonné možnosti a vyhlásí v zadání veřejné zakázky i další předpoklady pro plnění veřejné zakázky a další podmínky soutěže, pak jsou zájemci o veřejnou zakázku i těmito dalšími požadavky či podmínkami vázáni, a tedy musí ve svých nabídkách prokázat jejich splnění. Stejně tak je těmito dalšími požadavky a podmínkami vázán i zadavatel, který jejich splnění musí po uchazečích o veřejnou zakázku důsledně

vyžadovat a v případě, že některá z podaných nabídek další předpoklady či podmínky nespĺňuje, vyloučit příslušného uchazeče z další účasti v soutěži v souladu s ustanovením § 29 odst. 4 zákona, nebo ustanovením § 34 odst. 4 zákona.

Vzhledem k výše uvedenému, pokud tedy zadavatel stanovil v bodě 4 písm. A) jako další předpoklad pro plnění veřejné zakázky předložení referencí přesně vymezeného charakteru, rozsahu a počtu, či jako podmínky soutěže stanovil v bodě 6 požadavky na jednotný způsob zpracování nabídkové ceny, v bodě 6.1 jednotné platební podmínky a v bodě 11. přesně formulovaný požadavek na poskytnutí jistoty, pak uchazeči o veřejnou zakázku byli povinni těmto požadavkům zadavatele vyhovět při vypracování své nabídky, a to bez ohledu na svůj subjektivní názor, že předmětné požadavky zadavatele jsou „neoprávněné“, „nepřijatelné“, že mají „zřejmě zajistit eliminování nepohodlných uchazečů“, či že o některých požadavcích se ještě bude „dále jednat“. Zadavatel proto postupoval v souladu se zákonem, když vyloučil navrhovatele, který požadavky a podmínky zadavatele objektivně nespĺnil.

V této souvislosti dále uvádím, že byt' předmětné správní řízení bylo zahájeno na návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele a tento může směřovat pouze proti důvodům vyloučení navrhovatele, a nikoliv proti správnosti, resp. zákonnosti zadání veřejné zakázky, přesto jsem přezkoumal zadání veřejné zakázky, konkrétně bodu 4 písm. A) podmínek soutěže, v souvislosti s podezřením navrhovatele na jeho účelovost s cílem zajistit „eliminování nepohodlných uchazečů“, a konstatuji, že požadavek zadavatele na prokázání minimálně šest zakázek na objektech národních kulturních památek od roku 1995, z toho dvou v letech 2001 – 2002 a v objemu minimálně 18 mil. Kč, lze z objektivního hlediska považovat za adekvátní vzhledem k objemu prací na předmětné veřejné zakázce a současně vzhledem k vysoké specializaci a náročnosti na odbornost předmětu veřejné zakázky.

K námitce na nezákonnost zadání veřejné zakázky, když si zadavatel v bodě 14.3 textové části zadávací dokumentace vyhradil právo jednat o obsahu smlouvy uvádím, že Úřad dospěl ke správnému právnímu názoru, když neshledal toto ustanovení zadávací dokumentace za důvod pro zrušení zadání veřejné zakázky. V šetřeném případě k porušení zákona nedošlo. Zákon by byl porušen pouze tehdy, pokud by zadavatel předmětné ustanovení zadávací dokumentace aplikoval a např. uzavřel s vítězným uchazečem smlouvu odlišnou od návrhu smlouvy předloženého v jeho nabídce, což neučinil.

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

P o u č e n í

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

Ing. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. REKOM spol. s r. o., se sídlem Velflíkova 6, 160 00 Praha 6, zast. Janem Švejchou,
2. Metropolitní kapitula u sv. Václava v Olomouci, se sídlem Biskupské nám. 2, 779 00 Olomouc, zast. Mons. Josefem Hrdličkou,
3. spis.