

Č. j.: 2R 86/04 – Hr

V Brně dne 26. listopadu 2004

Ve věci projednání návrhu na obnovu řízení podaného dne 19.10.2004 a doplněném dne 22.11.2004 společností SDS EXMOST spol. s r. o., se sídlem Lipová 28, 602 00 Brno, zast. jednatelem Ing. Pavlem Jankůjem, ve správní řízení zast. na základě plné moci ze dne 18.10.2004 advokátem JUDr. Václavem Pumprou, se sídlem AK Příkop 4, 604 17 Brno, proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. 2R 36/04 – Hr ze dne 13.9.2004 a rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S29/04-152/1968/04-Der ze dne 30.4.2004 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4 – Nusle, zast. generálním ředitelem Ing. Petrem Laušmanem, učiněných při zadání veřejné zakázky „I/8 Bořislav – Teplice – oprava mostů“ 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., uveřejněním dne 24.9.2003 v Obchodním věstníku č. 38/03 pod zn. 179742-38/03, a současně ve věci návrhu na vydání předběžného opatření zadavateli nepokračovat v zadání předmětné veřejné zakázky, který společnost SDS EXMOST spol. s r. o., Brno, podává současně s návrhem na obnovu řízení jak uvedeno výše, jsem podle ustanovení § 63 odst. 1 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:

Návrh společnosti SDS EXMOST spol. s r. o., se sídlem Lipová 28, 602 00 Brno, na obnovu řízení a současně návrh na vydání předběžného opatření, ze dne 19.10.2004 s doplněním ze dne 22.11.2004

z a m í t á m .

O d ů v o d n ě n í

Ve správním řízení o přezkoumání úkonů Ředitelství silnic a dálnic ČR, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4 – Nusle, zast. generálním ředitelem Ing. Petrem Laušmanem (dále jen „zadavatel“), učiněných při zadání veřejné zakázky „I/8 Bořislav – Teplice – oprava mostů“ 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“), uveřejněním dne 24.9.2003 v Obchodním věstníku č. 38/03 pod zn. 179742-38/03, vydal Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) dne 30.4.2004 rozhodnutí č. j. VZ/S29/04-152/1968/04-Der, kterým v postupu zadavatele konstatoval porušení ustanovení § 34 odst. 4 zákona, že při posuzování nabídek z hlediska obsahového splnění podmínek soutěže zadavatel nevyločil uchazeče SDS EXMOST spol. s r. o., se sídlem Lipová 28, 602 00 Brno, zast. jednatelem Ing. Pavlem Jankůjem, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 18.10.2004 advokátem JUDr. Václavem Pumprou, se sídlem AK Příkop 4, 604 17 Brno (dále jen „navrhovatel“), přestože jeho nabídka neobsahovala údaje, jejichž předložení zadavatel požadoval v podmínkách soutěže. Na základě uvedeného porušení zákona Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 15.1.2004 o výběru nejvhodnější nabídky a uložil zadavateli provést nové posouzení a hodnocení nabídek.

Proti uvedenému rozhodnutí podal navrhovatel dne 31.5.2004 rozklad, který předseda Úřadu po jeho přezkoumání dne 13.9.2004 rozhodnutím č. j. 2R 36/04 – Hr zamítl a napadené rozhodnutí Úřadu potvrdil. Toto rozhodnutí předsedy Úřadu nabylo právní moci dne 6.10.2004.

V odůvodnění rozhodnutí předsedy Úřadu se uvádí, že zadavatel si v článku 2.5.4. soutěžních podmínek doslovně stanovil jako další předpoklad pro plnění veřejné zakázky, že „uchazeč musí mít přístup k úvěru a dalším finančním zdrojům adekvátním k zajištění požadovaných finančních toků během realizace zakázky. V každém případě by měl být úvěr větší než 40 mil. Kč“. Zadavatel tedy požadoval po uchazečích prokázání přístupu k úvěru v konkrétní výši minimálně 40 mil. Kč, přičemž uchazeči měli k prokázání této skutečnosti předložit reference či potvrzení o finanční situaci společnosti a výši možného úvěru (uvést maximální objem úvěru) v Kč nebo v ekvivalentu Kč. Navrhovatel tento požadavek nesplnil, když předložil pouze vyjádření banky, že „banka je připravena vstoupit s klientem do jednání o případném poskytnutí úvěru“, aniž by tímto potvrzením byla garantovaná minimální výše případného budoucího úvěru v částce 40 mil. Kč.

Dne 19.10.2004 doručil navrhovatel Úřadu návrh na obnovu řízení dle ustanovení § 62 písm. a) 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. (dále jen „správní řád“), a dále návrh na vydání předběžného opatření, ve kterém s rozhodnutím předsedy Úřadu nesouhlasí a má za to, že jsou dány podmínky pro obnovu řízení v předmětné věci, neboť vyšly najevo nové skutečnosti nebo důkazy, které mohly mít podstatný vliv na rozhodnutí a nemohly být v řízení uplatněny bez zavinění účastníka řízení, a současně je dána podmínka, že na přezkoumání rozhodnutí je obecný zájem. Navrhovatel napadá formulaci zadání veřejné zakázky, konkrétně požadavku zadavatele, podle něhož „uchazeč musí mít přístup k úvěru“ a namítá, že český právní řád nezná definici „přístup k úvěru“, a tedy nelze ze zadání veřejné zakázky

jednoznačně zjistit kdy je požadavek splněn. Dle tvrzení navrhovatele požadavek zadavatele neznamenal, aby uchazeči prokázali, že úvěr bude v konečném důsledku skutečně poskytnut, ale pouze aby měl uchazeč přístup k úvěru, což lze dle názoru navrhovatele nepochybně interpretovat i tak, že banka potvrdí, že je připravena o úvěru jednat. Z další formulace podmínek soutěže „v každém případě by měl být úvěr vyšší než 40 mil. Kč“ navrhovatel dovozuje, že „by měl být“ není totéž jako „musí být“, a tedy se opět jedná o nejasně formulované zadání. V další části svého návrhu navrhovatel zpochybňuje tu část odůvodnění napadeného rozhodnutí, týkající se posouzení splnění uvedeného požadavku zadavatele uchazečem INSKY, spol. s r. o., Ústí nad Labem. Navrhovatel se dále pozastavuje nad tvrzením napadeného rozhodnutí, že předmětný úvěr neplní v šetřené zakázce a priori funkci uhrazovací, ale především funkci zajišťovací a konstatuje, že k funkci úvěru se zadavatel v průběhu výběrového řízení nevyjádřil. Jako přílohu svého návrhu pak navrhovatel předkládá „mailovou zprávu ČNB ze dne 14.10.2004“, z níž je dle jeho názoru zřejmé, že banky jsou povinny dle platné právní úpravy při své činnosti, tj. včetně rozhodování o poskytování úvěrů a vydávání podobných dokladů, postupovat obezřetně, poskytovat úvěry způsobem, který neohrožuje bezpečnost a stabilitu banky a neuzavírat smlouvy za nápadně nevýhodných podmínek, a dále že zdroje splácení a bonita klienta by v případně obchodní veřejné soutěže byly do značné míry závislé právě na konkrétních podmínkách smlouvy se zadavatelem, která však dosud nebyla uzavřena. Z uvedeného následovně navrhovatel dovozuje, že předmětný požadavek zadavatele je nejen neurčitý a nesrozumitelný, ale i prakticky nesplnitelný, protože úvěry prakticky nelze sjednat bez uzavření smlouvy o dílo na realizaci předmětu veřejné zakázky. Potvrzení o možnosti čerpat kontokorentní úvěr navrhovatel nepovažuje za splnění podmínky zadání, protože takový úvěr je možno čerpat prakticky i na jiné akce a není jistota, že takový uchazeč bude mít v případě potřeby vůbec nějaké finanční prostředky k dispozici. Navrhovatel má za to, že vyšly najevo nové skutečnosti a důkazy, které nemohly být v řízení uplatněny bez zavinění navrhovatele, když mu nebyla známa argumentace předsedy Úřadu v odůvodnění napadeného rozhodnutí před jeho doručením, stejně jako korespondence s ČNB. Vzhledem k tomu jsou tedy dle názoru navrhovatele dány důvody pro obnovu řízení, a proto navrhovatel požaduje, aby předseda Úřadu nařídil obnovu řízení a současně žádá o vydání předběžného opatření zadavateli nepokračovat v předmětném výběrovém řízení.

Svůj návrh dne 22.11.2004 navrhovatel doplnil, přičemž citacemi z nabídek některých uchazečů dokládá, že bankovní informace či potvrzení bank v nabídkách těchto uchazečů nejsou v žádném případě jednoznačně potvrzením toho, že by byl uchazečům již poskytnut úvěr na realizaci předmětu plnění veřejné zakázky, jak požadavek zadavatele na „přístup k úvěru“ dle názoru navrhovatele interpretuje Úřad. Na základě zadavatelem „nejasně a neurčitě vyhlášených podmínek“ tak uchazeči chápali pojetí přístupu k úvěru velmi široce, přesto byly jejich nabídky posouzeny jako vyhovující a hodnoceny, zatímco nabídka navrhovatele byla vyloučena. Nedostatkem rozhodnutí předsedy Úřadu je také dle názoru navrhovatele absence jakéhokoliv obsahového vymezení pojmu „přístup k úvěru“, na druhé straně však napadené rozhodnutí obsahuje „účelové a zjednodušené konstatování“, že „požadavek zadavatele na doložení částky úvěru vyšší než 40 mil. Kč však byl formulován jednoznačně“. Navrhovatel tvrdí, že stejně jako on i uchazeči INSKY, spol. s r. o., Ústí nad Labem a Max Bögl & Josef Krýsl, kom. spol, Sušice, pouze prokázali, že banka je připravena s nimi jednat o poskytnutí úvěru, a tedy ani tyto uchazeči nedoložili, že mají zajištěn „konkrétní úvěr, v konkrétní výši, na konkrétní akci“. V této souvislosti považuje navrhovatel za nerozhodné, zda se v těchto bankovních informacích hovoří o konkrétní výši úvěru, neboť není jisté, že tento úvěr vůbec bude poskytnut, a i v případě neuvedení výše úvěru není vyloučeno, že toto potvrzení zahrnuje možnost sjednání úvěru i v požadované výši. Navrhovatel se dále zamýšlí nad charakterem zadavatelem požadovaného úvěru ve vztahu a

jeho účelu, kterým je zajišťovací funkce úvěru a dovozuje, že provozní nebo kontokorentní úvěr tuto garanční funkci rozhodně neplní na 100 %, když ji tyto typy úvěrů mohou plnit pouze tehdy, pokud je uchazeč nebude čerpat na úhradu jiných svých finančních závazků. Navrhovatel dále opakovaně s odkazem na rozsudky Vrchního soudu v Olomouci namítá, že Úřad překročil své pravomoci, když přezkoumával, zda uchazeči splnili požadavky zadavatele uvedené v zadání, neboť tuto pravomoc dává zákon pouze zadavateli. Dle názoru navrhovatele rovněž došlo k porušení ustanovení § 37 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů, když požadavek na „přístup k úvěru“ nebyl vymezen určitě a srozumitelně, a tedy je tato část zadání veřejné zakázky absolutně neplatná. Výše uvedené skutečnosti navrhovatel pokládá za důvody pro obnovu řízení dle ustanovení § 62 písm. a) i písm. e) správního řádu, tedy že se rozhodnutí opírá o důkazy, které se ukázaly nepravdivými. Pro případ, kdyby předseda Úřadu výše uvedené skutečnosti neposoudil jako důvody pro povolení obnovy řízení, navrhovatel navrhuje, aby jeho podání bylo posouzeno jako podnět k přezkoumání napadeného rozhodnutí v mimoodvolacím řízení.

Po projednání předmětného návrhu na obnovu správního řízení vedeného pod č. j. 2R 36/04 – Hr a č. j. VZ/S29/04-152 a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:

V šetřeném případě nejsou ve smyslu ustanovení § 62 odst. 1 písm. a) či písm. e) správního řádu dány důvody pro povolení obnovy řízení, neboť nevyšly najevo nové skutečnosti nebo důkazy, které mohly mít podstatný vliv na rozhodnutí a nemohly být v řízení uplatněny bez zavinění účastníka řízení, ani se napadené rozhodnutí Úřadu a předsedy Úřadu neopírá o důkazy, které se ukázaly nepravdivými.

K tomu dále uvádím následující:

Navrhovatel v rámci svého návrhu na obnovu řízení napadá srozumitelnost, určitost, splnitelnost a případně i z toho plynoucí absolutní neplatnost zadání veřejné zakázky či jeho části, přičemž rozpory nachází v několika ustanoveních podmínek obchodní veřejné soutěže, respektive zadávací dokumentace, a to především ve formulaci požadavku na prokázání „přístupu k úvěru“ většímu než 40 mil. Kč. Ve svém podání rovněž cituje z nabídek ostatních uchazečů, přičemž dovozuje, že ani tito citovaný požadavek zadavatele nesplnili. Dále jako nový důkaz předkládá navrhovatel „mailovou zprávu ČNB ze dne 14.10.2004“, kterou dotčený subjekt, tedy Česká národní banka, reaguje na předchozí mailový dotaz ze dne 11.10.2004.

Uvedené skutečnosti nelze považovat za „nové skutečnosti“ ve smyslu ustanovení § 62 odst. 1 písm. a) správního řádu, které nemohly být v původním řízení uplatněny bez zavinění navrhovatele, neboť je zřejmé, že znění zadání veřejné zakázky, a tedy jeho případné nedostatky, byly navrhovateli známy již před zahájením správního řízení, když toto znění je neměnné od vyhlášení předmětné obchodní veřejné soutěže uveřejněním dne 24.9.2003 v Obchodním věstníku č. 38/03 pod zn. 179742-38/03. Stejně tak i stanovisko České národní banky si zadavatel mohl vyžádat v době vedeného správního řízení, a proto se opět jedná o skutečnost, která měla, respektive mohla být navrhovatelem uplatněna již ve správním řízení.

Zadání veřejné zakázky stejně jako znění nabídek ostatních uchazečů o předmětnou veřejnou zakázku tvoří součást dokumentace o zadání veřejné zakázky, předložené

zadavatelem Úřadu v rámci správního řízení, a tedy skutečnosti v těchto dokumentech obsažené rovněž nelze považovat za „nové skutečnosti“, které „nemohly být v řízení uplatněny“, neboť se jimi Úřad již zabýval jako důkazy jednotlivě i v jejich vzájemné souvislosti ve smyslu ustanovení § 34 odst. 5 správního řádu v rámci vedeného správního řízení. Stejně tak odůvodnění napadeného rozhodnutí předsedy Úřadu není skutečností ve smyslu ustanovení § 62 odst. 1 písm. a) správního řádu, tedy novou skutečností, která nemohla být v předchozím řízení uplatněna. Argumentace napadeného rozhodnutí, kterým bylo potvrzeno původní rozhodnutí Úřadu a zamítnut rozklad navrhovatele, vycházela opět pouze ze skutečností, které byly navrhovateli známy již před jeho vydáním, když Úřad i předseda Úřadu vycházel při přezkoumání úkonů zadavatele z předložené zadávací dokumentace a spisového materiálu vztahujícího se k dané věci.

Ve smyslu výše uvedeného rovněž nelze souhlasit s tvrzením navrhovatele, že se napadené rozhodnutí opírá o důkazy, které se ukázaly nepravdivými ve smyslu § 62 odst. 1 písm. e) správního řádu, neboť obě napadená rozhodnutí vychází opět pouze z předložené zadávací dokumentace, nabídek všech uchazečů a jejich vyjádření obsažených ve správním spisu. Za nepravdivé důkazy ve smyslu posledně citovaného ustanovení správního řádu se považují zejména nepravdivé svědecké výpovědi, nesprávné znalecké posudky, padělané listiny, nepravdivá čestná prohlášení (k tomu srovnej JUDr. Václav Šlauf, a kol.: Správní řád – komentář, 10. aktualizované a doplněné vydání, Linde Praha, 2002, str. 110).

Vzhledem k uvedenému, když nebyla naplněna hypotéza ustanovení § 62 odst. 1 písm. a) i písm. e) správního řádu, tedy nevyšly najevo nové skutečnosti nebo důkazy, které mohly mít podstatný vliv na rozhodnutí a nemohly být v řízení uplatněny bez zavinění účastníka řízení, a současně napadené rozhodnutí se neopírá o důkazy, které se ukázaly nepravdivými, nebyly splněny zákonné předpoklady pro povolení obnovy řízení. Ze stejného důvodu rovněž nejsou dány důvody pro uložení předběžného opatření zadavateli, jak navrhovatel navrhoval.

Pro úplnost pak uvádím k pochybnostem navrhovatele ohledně splnění dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky uchazečem INSKY, spol. s r. o., Ústí nad Labem, že tento uchazeč doložil přístup k úvěru a dalším finančním zdrojům adekvátním k zajištění požadovaných finančních toků během realizace zakázky v částce větší než 40 mil. Kč dvěma doklady. Prvním z nich je na straně 129 nabídky uchazeče potvrzení České spořitelny, a. s., Ústí nad Labem, ze dne 30.10.2003 o tom, že „jsme připraveni jednat s firmou INSKY spol. s r. o., ... o poskytnutí úvěru ve výši 40 000 000,- Kč (slovy Čtyřicetmilionůkorunčeských) za účelem profinancování veřejné zakázky ‚T/8 Božislav – Teplice – oprava mostů‘“. Dále pak tento uchazeč na straně 127 a 128 své nabídky předložil „Bankovní informaci na klienta“, vystavenou tímtež bankovním ústavem dne 27.10.2003, ve které se mimo jiné uvádí, že u účtu klienta se jedná o „...účet s kontokorentním úvěrem s povoleným rámcem s osmiciferným zůstatkem při střední hranici...“. Z kombinace obou těchto listinných důkazů vyplývá, že uchazeč INSKY, spol. s r. o., Ústí nad Labem, prokázal svůj přístup k úvěru a dalším finančním zdrojům v částce „větší než“ 40 mil. Kč.

Uchazeč Max Bögl & Josef Krýsl, kom. spol, Sušice, ve své nabídce na straně 24 zase předložil potvrzení HVB Bank Czech Republic a. s., pobočka Plzeň, ve kterém se uvádí, že „v případě vzniku přechodné potřeby finančních prostředků je banka připravena zahájit s klientem v rámci standardního úvěrového procesu jednání o poskytnutí úvěru, řádově ve výši 500 mil. Kč“. Proto i on prokázal přístup k úvěru a dalším finančním zdrojům v částce „větší než“ 40 mil. Kč.

Navrhovatel ve své nabídce na straně 43 předložil pouze prohlášení banky o tom, že „je připravena vstoupit s klientem do jednání o případném poskytnutí úvěru“, aniž by zde byl uveden jakýkoliv bližší údaj o výši tohoto případného budoucího úvěru, a tedy navrhovatel neprokázal, že bude „větší než“ zadavatelem požadovaných 40 mil. Kč. V této souvislosti nelze souhlasit s tvrzením navrhovatele, že je „naprosto nerozhodné“, zda se v těchto bankovních informacích „hovoří o konkrétní výši úvěru“, neboť „není vyloučeno, že toto potvrzení zahrnuje možnost sjednání úvěru i v požadované výši“. Zadavatel požaduje „úvěr větší než 40 mil. Kč“, tedy zcela jednoznačně požaduje uvedení konkrétního číselného údaje, a proto navrhovatel nesplnil zadání veřejné zakázky, když požadovanou výši případného budoucího úvěru neprokázal.

V této souvislosti navrhovatel namítá, že Úřad překročil své pravomoci, když přezkoumával splnění finančních předpokladů jednotlivými uchazeči. S tvrzením navrhovatele opět nelze souhlasit. Úřad v rámci správního řízení v souladu mimo jiné i s rozsudkem Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2A 1/99 ze dne 17.6.1999 toliko výkonem dohledu vytvářel prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů na soutěži kontrolou rámce, v němž se výběr nejvhodnější nabídky odehrává. Do zajištění fair podmínek pro účast v soutěži zcela jistě spadá i kontrola toho, aby objektivní skutečnosti, jako například uvedení či neuvedení konkrétní požadované výše případného budoucího úvěru, byly zadavatelem objektivně přezkoumány a zohledněny. Úřadu naopak nepřísluší vyslovit definici požadavku „přístup k úvěru“, jak ve svém návrhu požaduje navrhovatel, neboť pak by již nepřipustně vstupoval do myšlenkového procesu zadavatele. Tuto otázku musí zodpovědět a náležitým způsobem transparentně a přezkoumatelně zdůvodnit až zadavatel v rámci nově provedeného posouzení a hodnocení nabídek, jak mu uložilo napadené rozhodnutí Úřadu, potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu, když uložení nového výběru nejvhodnější nabídky se průběh zadávání veřejné zakázky dostal do stádia po otevírání obálek s nabídkami a zadavatel musí postupovat v souladu s ustanovením zákona (§ 34 a následující), tedy i nově posoudit předložené nabídky z hlediska jejich obsahového splnění podmínek soutěže.

Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro povolení obnovy řízení ani uložení předběžného opatření, 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. JUDr. Václav Pumprla, se sídlem AK Příkop 4, 604 17 Brno,
2. spis.

Na vědomí:

3. Ředitelství silnic a dálnic ČR, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4 – Nusle, zast. Ing. Petrem Laušmanem,
4. INSKY spol. s r. o., se sídlem Nový svět 100, 400 07 Ústí nad Labem, zast. Lubomírem Červinským,
5. SDS EXMOST spol. s s. r., se sídlem Lipová 28, 602 00 Brno, zast. Ing. Pavlem Jankůjem,
6. MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL, stavební firma, výroba prefabrikátů a kamenolomy Plzeň- Dobřany, kom. spol., se sídlem lom Hamr, 340 01 Sušice, zast. Josefem Krýslem.