

Potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. 2R 82/05-Hr ze dne 30.1.2006.

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 7.2.2006

Č. j. VZ/S29/04-154/4490/05-Der

V Brně dne 29. září 2005

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 13.2.2004 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., zákona č. 424/2002 Sb., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb., na základě návrhu ze dne 11.2.2004 uchazeče INSKY spol. s r. o., Nový svět 100, 400 07 Ústí nad Labem, za niž jedná Lubomír Červinský, jednatel, ve věci přezkoumávání rozhodnutí zadavatele Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4 – Nusle, zast. Ing. Petrem Laušmanem, generálním ředitelem, o námitkách ze dne 23.1.2004 proti jeho rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 15.1.2004 v obchodní veřejné soutěži „I/8 Bořislav – Teplice – oprava mostů“, vyhlášené dne 24.9.2003 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. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. v Obchodním věstníku č. 38/03 pod zn. 179742-38/03, **rozhodl takto:**

Podle § 59 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., 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., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb., **se návrh** uchazeče INSKY spol. s r. o., Nový svět 100, 400 07 Ústí nad Labem, ze dne 11.2.2004 **zamítá a rozhodnutí** zadavatele Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4, o námitkách ze dne 23.1.2004 proti jeho rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 15.1.2004 v obchodní veřejné soutěži „I/8 Bořislav – Teplice – oprava mostů“ **se potvrzuje**, neboť v postupu

zadavatele při výběru nejvhodnější nabídky nebylo shledáno porušení zákona o zadávání veřejných zakázek.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, který vykonává dohled nad zadáváním veřejných zakázek (dále jen „orgán dohledu“), obdržel dne 13.2.2004 návrh uchazeče INSKY spol. s r. o., Nový svět 100, 400 07 Ústí nad Labem, za niž jedná Lubomír Červinský, jednatel (dále jen „INSKY spol. s r. o.“), na přezkoumání postupu zadavatele Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4 – Nusle, zast. Ing. Petrem Laušmanem, generálním ředitelem (dále jen „zadavatel“), při zadávání veřejné zakázky „I/8 Bořislav – Teplice – oprava mostů“, vyhlášené dne 24.9.2003 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. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon“), v Obchodním věstníku č. 38/03 pod zn. 179742-38/03.

Na základě obdrženého návrhu na přezkoumání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele bylo zahájeno správní řízení, jehož účastníky podle § 58 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., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb. (dále jen „zákon ve znění pozdějších předpisů“) jsou:

1. zadavatel,
2. SDS EXMOST spol. s r. o., Lipová 28, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Pavel Jankůj, jednatel, jejíž nabídka byla vybrána jako nejvhodnější (dále jen „SDS EXMOST spol. s r. o.“),
3. INSKY spol. s r. o., jejíž nabídka se umístila jako druhá v pořadí,
4. MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL, stavební firma, výroba prefabrikátů a kamenolomy Plzeň-Dobřany, kom. spol., lom Hamr, 340 01 Sušice, za niž jedná Josef Krýsl, jednatel komplementáře.

Po přezkoumání obdržené dokumentace o zadání veřejné zakázky dospěl orgán dohledu k závěru, že zadavatel porušil § 34 odst. 4 zákona tím, že při posuzování nabídek z hlediska obsahového splnění podmínek soutěže nevyloučil uchazeč SDS EXMOST spol. s r. o., přestože jeho nabídka neobsahovala údaje, jejichž předložení zadavatel požadoval v podmínkách soutěže. V návaznosti na citované porušení zákona orgán dohledu podle § 59 písm. a) zákona ve znění pozdějších předpisů svým rozhodnutím č. j.: VZ/S29/04-152/1968/04-Der ze dne 30.4.2004 zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uložil zadavateli povinnost provést nový výběr na podkladě nového posouzení a hodnocení nabídek.

Proti citovanému rozhodnutí podal uchazeč SDS EXMOST spol. s r. o. rozklad, který byl rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j.:2R 36/04-Hr ze dne

13.9.2004 zamítnut a rozhodnutí orgánu I. stupně bylo potvrzeno. Rozhodnutí orgánu druhého stupně nabylo právní moci dne 6.10.2004.

Následně uchazeč SDS EXMOST spol. s r. o. podal dne 29.11.2004 žalobu ke Krajskému soudu v Brně, kterou se domáhal zrušení obou výše citovaných rozhodnutí. Krajský soud v Brně svým rozsudkem č. j. 31 Ca 118/2004 ze dne 31.5.2005 vyhověl žalobci (uchazeči SDS EXMOST spol. s r. o.), zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j.: 2R 36/04-Hr ze dne 13.9.2004 i rozhodnutí orgánu dohledu č. j. VZ/S29/04-152/1968/04-Der ze dne 30.4.2004 a věc vrátil k dalšímu řízení. Krajský soud ve výše uvedeném rozhodnutí dospěl k závěru, že orgán dohledu (a následně orgán II. stupně) nevzal v úvahu, že zadavatel v předmětné veřejné zakázce porušil ust. § 5 zákona, když finanční předpoklad uvedený v čl. 2.5.4. podmínek soutěže vymezil nejednoznačně, neurčitě, nepřesně a nesrozumitelně.

Ve smyslu citovaného rozhodnutí Krajského soudu v Brně zaslal orgán dohledu všem účastníkům řízení oznámení č. j.: VZ/S29/04-154/4114/05-Der ze dne 7.9.2005 o pokračování správního řízení. V oznámení poskytl orgán dohledu všem účastníkům řízení možnost vyjádřit se ke všem skutečnostem, které budou podkladem pro rozhodnutí, přičemž v příloze zaslal účastníkům kopii výše citovaného rozhodnutí Krajského soudu v Brně.

Dne 12.9.2005 obdržel orgán dohledu vyjádření uchazeče SDS EXMOST spol. s r. o., v němž jmenovaný uchazeč rekapituluje dosavadní průběh správního řízení a poukazuje na skutečnost, že rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 31.5.2005 potvrdilo rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče SDS EXMOST spol. s r. o., avšak současně dosud nebylo orgánem dohledu zrušeno rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče SDS EXMOST spol. s r. o., které zadavatel vydal v návaznosti na původní rozhodnutí orgánu dohledu, nyní zrušené Krajským soudem v Brně. Jmenovaný uchazeč zdůrazňuje, že v dalším rozhodování je orgán dohledu vázán právním názorem soudu, a žádá o vydání příslušného rozhodnutí bez dalších průtahů s odkazem na předmět veřejné zakázky, kterým je rekonstrukce silnice I. třídy, na níž dochází k častým dopravním nehodám.

Dne 19.9.2005 obdržel orgán dohledu stanovisko navrhovatele (uchazeče INSKY spol. s r. o., který odkazuje na odůvodnění příslušného rozsudku Krajského soudu v Brně, v němž se uvádí, že orgán dohledu a rovněž orgán II. stupně měly ve svých rozhodnutích vycházet z finančního výkazu dílu prvního části čtvrté zadávací dokumentace (formulář 4.4), přičemž tento listinný důkaz nebyl obsahem spisového materiálu. Uchazeč SDS EXMOST spol. s r. o. předložil tento listinný důkaz až v rámci soudního řízení. Z bodu 4.4.6 předloženého finančního výkazu vyplývá, že uchazeč SDS EXMOST spol. s r. o. má potvrzenou finanční situaci a předpokládaný úvěr ve výši 40 000 000,- Kč. Na základě těchto skutečností vyjadřuje uchazeč INSKY spol. s r. o. pochybnosti, zda byl formulář uchazečem SDS EXMOST spol. s r. o. v průběhu soutěže doložen, a navrhuje, aby orgán dohledu tuto pochybnost před vydáním rozhodnutí řádně objasnil. V této souvislosti odkazuje uchazeč INSKY spol. s r. o. na soudní řízení před Krajským soudem v Brně, kde podle vyjádření žalovaného nedoložil uchazeč SDS EXMOST spol. s r. o. konkrétní výši možného úvěru tak, jak bylo požadováno v zadávacích podmínkách. Uchazeč INSKY spol. s r. o. se plně ztotožňuje s vyjádřením orgánu dohledu, že byly přezkoumávány pouze skutečnosti objektivně zjiřitelné a hodnotitelné. Jmenovaný uchazeč se neztotožňuje se závěry Krajského soudu v Brně, že finanční předpoklady v předmětné veřejné zakázce byly vymezeny nejednoznačně a nesrozumitelně, a prohlašuje, že nadále trvá na svém návrhu.

Dne 27.9.2005 obdržel orgán dohledu doplnění vyjádření uchazeče SDS EXMOST spol. s r. o., v němž k vymezenému požadavku na prokázání finančních předpokladů v zadávacích podmínkách uvádí, že z obsahu podaných nabídek je zřejmé, že předmětný požadavek nebyl uchazečům o veřejnou zakázku zcela jasný a srozumitelný, neboť v nabídkách byly doloženy např. potvrzení o kontokorentním či provozním úvěru. Podle názoru uchazeče SDS EXMOST spol. s r. o. nebyla tato podmínka zcela jasná ani zadavateli, když jmenovaného uchazeče nejprve vyloučil z další účasti v soutěži pro nesplnění finančních předpokladů a na základě podaných námitek nabídku tohoto uchazeče do soutěže opětovně zařadil. V této souvislosti poukazuje uchazeč SDS EXMOST spol. s r. o. na rozhodnutí orgánu dohledu č. j. VZ/S14/03-151/1694/03-Va ze dne 18.4.2003, v němž orgán dohledu při zjištění nejednoznačného vymezení požadavků zadavatele na prokázání dalších předpokladů sice konstatoval porušení zákona, avšak s odkazem na § 57 odst. 5 zákona nezrušil zadání veřejné zakázky, poněvadž měl zadavatel k dispozici vzájemně srovnatelné nabídky.

Uchazeč SDS EXMOST spol. s r. o. dále uvádí rozhodnutí orgánu dohledu č. j. VZ/S19/04-151/1015/04-če ze dne 9.3.2004, v němž orgán dohledu odkazuje na ust. § 266 odst. 4 obchodního zákoníku, podle kterého projev vůle, který obsahuje výraz připouštějící různý výklad, je třeba v pochybnostech vykládat k tíži strany, která jako první v jednání tohoto výrazu použila. Uchazeč SDS EXMOST spol. s r. o. zdůrazňuje, že výrazu „přístup k úvěru“ použil v posuzovaném případě jako první zadavatel, a to při formulaci finančního předpokladu pro plnění veřejné zakázky.

Podle názoru uchazeče SDS EXMOST spol. s r. o. lze na vztah mezi ust. § 5 odst. 2 písm. e) a ust. § 11 odst. 1 zákona analogicky použít závěry vyslovené předsedou Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v rozhodnutí č. j. 2R 70/04-Hr ze dne 22.10.2004, podle něhož lze zásadu „lex posterior derogat priori“ vztáhnout také na řazení jednotlivých právních norem v textu zákona. Uchazeč SDS EXMOST spol. s r. o. tedy odvozuje, že zadavatel při posuzování dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky nesmí žádného z uchazečů zvýhodňovat.

Orgán dohledu přezkoumal na základě § 57 a následujících ustanovení zákona ve znění pozdějších předpisů případ ve všech souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, včetně vydaného rozhodnutí Krajského soudu v Brně v dané věci, konstatuje, že zadavatel při stanovení finančních předpokladů v článku 2.5.4 soutěžních podmínek porušil § 5 zákona, neboť zadání této podmínky je nejednoznačné, neurčité, nepřesné a nesrozumitelné, což znamená, že podmínku je možné vykládat různým způsobem. Porušení zákona ve vymezení soutěžních podmínek však zadavatel sám napravil v rámci posouzení a hodnocení nabídek, kdy k takto vymezené podmínce nepřihlížel, a proto samotný výběr nejvhodnější nabídky proběhl v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

Ve smyslu ust. § 5 odst. 2 písm. e) zákona může zadavatel jako další podmínky soutěže vymežit požadavky na prokazování dalších předpokladů podle § 2f zákona. Současně podle ust. § 2h odst. 1 zákona odpovídá zadavatel za úplnost a správnost údajů v zadávací dokumentaci.

Jak vyplývá z článku 2.5.4 soutěžních podmínek, zadavatel požadoval od uchazečů o veřejnou zakázku přístup k úvěru k zajištění požadovaných finančních toků v průběhu realizace zakázky s finančním objemem vyšším než 40 mil. Kč. Svůj požadavek

konkretizoval zadavatel v textové části zadávací dokumentace, nazvané „Pokyny pro uchazeče“, v člancích 4.1 a 4.2, z nichž vyplývá, že finanční předpoklady prokáže uchazeč vyplněním formuláře č. 4.4 „Finanční výkazy“, který je přílohou zadávací dokumentace. V uvedeném formuláři je v bodu 4.4.5 formulován požadavek zadavatele textem (citace): „Připojte reference/potvrzení o finanční situaci společnosti a výši možného úvěru (uvést maximální objem úvěru)..... v Kč nebo v ekvivalentu Kč“ (konec citace).

Jak vyplývá z odůvodnění rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 31 Ca 118/2004 ze dne 31.5.2005, posoudil soud zadavatelem vymezený finanční předpoklad pro plnění veřejné zakázky jako nejednoznačný, neurčitý, nepřesný a nesrozumitelný, přičemž konstatoval, že takovéto vymezení nevytváří rovné podmínky pro všechny uchazeče a je v rozporu s ust. § 5 zákona. Podle závěru Krajského soudu v Brně musí být podmínky obchodní veřejné soutěže zadány takovým způsobem, aby si je jednotliví uchazeči nemohli vykládat různým způsobem a aby se zabránilo vytváření jiných podmínek pro každého uchazeče.

S odkazem na výše uváděná ustanovení zákona a citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně, jehož závěry jsou pro orgán dohledu závazné, orgán dohledu konstatoval, že finanční předpoklady pro plnění veřejné zakázky, které zadavatel vymezil v čl. 2.5.4 soutěžních podmínek, nejsou dostatečně jednoznačné a srozumitelné pro každého z uchazečů o veřejnou zakázku a připouští rozdílný výklad, který může způsobit předložení vzájemně nesrovnatelných nabídek, a tím zmaření původního záměru stanovení takového předpokladu zadavatelem.

Další předpoklady pro plnění veřejné zakázky musí být v soutěžních podmínkách stanoveny jednoznačně a srozumitelně, tzn. tak, aby na jejich vymezení mohli uchazeči reagovat ve svých nabídkách předložením příslušných listin prokazujících splnění těchto podmínek, aby předložené nabídky byly vzájemně srovnatelné a zadavatel je mohl objektivně posoudit. Zadavatel musí bezpodmínečně klást důraz na důkladně připravenou a zpracovanou zadávací dokumentaci, neboť základ transparentně zadané veřejné zakázky spočívá především v přípravné fázi zadávacího procesu. Nevymezí-li zadavatel řádně a úplně své požadavky v zadání veřejné zakázky, nemohou jednotliví uchazeči ve svých nabídkách požadavky splnit.

Orgán dohledu poukazuje na skutečnost, že je vázán právním názorem Krajského soudu v Brně, který se v odůvodnění ztotožňuje s názorem zadavatele, že jeho požadavek na přístup k úvěru není jasně formulován, neboť je neurčitý a nesrozumitelný, a proto jej nelze přezkoumat z hlediska toho, zda byl splněn. Z uvedeného důvodu orgán dohledu v rámci tohoto rozhodnutí pouze konstatoval, že finanční předpoklad byl v soutěžních podmínkách vymezen nejednoznačně a nesrozumitelně, přičemž již opakovaně nepřezkoumával, jakým způsobem (v jaké formě, v jaké výši, jakým typem úvěru) byla podmínka ze strany jednotlivých uchazečů o veřejnou zakázku splněna. V této souvislosti je rovněž bezpředmětné zabývat se návrhem uchazeče INSKY spol. s r. o. na objasnění pochybností o doložení finančního výkazu uchazečem SDS EXMOST spol. s r. o. v průběhu soutěže, a pouze pro úplnost orgán dohledu uvádí, že předmětný finanční výkaz je nedílnou součástí nabídky uchazeče SDS EXMOST spol. s r. o.

Ve svém rozhodnutí však musel orgán dohledu přihlídnout rovněž ke skutečnosti, že faktickou nápravu tohoto nežádoucího stavu, kdy byly podmínky soutěže zadány nejednoznačně, provedl již sám zadavatel, a to ve stádiu posouzení a hodnocení nabídek, když uchazeče SDS EXMOST spol. s r. o., původně vyloučeného z důvodu nesplnění finančního

předpokladu pro plnění veřejné zakázky, vrátil na základě námitek podaných vyloučeným uchazečem zpět do soutěže, a k nejasně vymezené podmínce v zadání nepřihlížel.

S ohledem na výše uvedené skutečnosti orgán dohledu konstatuje, že i když zadavatel při vymezení finančních předpokladů pro plnění veřejné zakázky postupoval v rozporu s ust. § 5 odst. 2 písm. e) zákona, neboť tuto podmínku nevymezil dostatečně přesně, určitě, jednoznačně a srozumitelně, následnou nápravou protiprávního stavu dosáhl zadavatel toho, že samotný výběr nejvhodnější nabídky provedl již v souladu se zákonem.

V šetřeném případě byl podán návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Vzhledem k tomu, že v samotném výběru nejvhodnější nabídky neshledal orgán dohledu porušení zákona, nemůže vyhovět návrhu, aby rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zrušil a uložil zadavateli provést nový výběr, neboť pro tento postup není důvod.

Pro úplnost orgán dohledu dodává, že podle § 109 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, se zadávání veřejných zakázek, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů.

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. Eva Kubišová
pověřená řízením úseku dohledu
nad zadáváním veřejných zakázek

Obdrží:

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

5) JUDr. Václav Pumprla, advokát, Příkop 4, 602 00 Brno