Č. j. S 168/2000-151/3793/2000-Jak V Brně dne 7. listopadu 2000

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném podle ustanovení § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb. a zákona č. 28/2000 Sb., v návaznosti na § 18 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, dne 23.10.2000 z vlastního podnětu ve věci přezkoumávání rozhodnutí a úkonů zadavatele – rozpočtové organizace Ústřední kontrolní a zkušební ústav zemědělský v Brně, Hroznová 2, 656 06 Brno, za níž jedná RNDr. Jaroslav Staňa, ředitel – učiněných ve veřejné zakázce na "Odstranění vlhkosti zdiva a prostor l. P. P. budovy Květná, Hroznová 2, Brno" zadávané výzvou více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle § 49 citovaného zákona o zadávání veřejných zakázek ze dne 18.7.2000, **rozhodl takto**:

Zadavatel Ústřední kontrolní a zkušební ústav zemědělský v Brně **porušil** ustanovení § 49 odst. 4 písm. a) zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb. a zákona č. 28/2000 Sb. v návaznosti na § 2h odst. 1 a 3 téhož zákona tím, že v rozporu s citovaným zákonem vymezil předmět plnění veřejné zakázky, čímž nesprávným způsobem zadal veřejnou stavební zakázku.

Rozhodnutí zadavatele Ústřední kontrolní a zkušební ústav zemědělský v Brně o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 31.8.2000 se podle § 59 písm. a) zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb. a zákona č. 28/2000 Sb., **ruší** a současně se **ruší zadání veřejné zakázky na "Odstranění vlhkosti zdiva a prostor l. P. P. budovy Květná, Hroznová 2, Brno".**

O d ů v o d n ě n í

Zadavatel – rozpočtová organizace Ústřední kontrolní a zkušební ústav zemědělský v Brně, Hroznová 2, 656 06 Brno, za níž jedná RNDr. Jaroslav Staňa, ředitel (dále jen "zadavatel") – zadal veřejnou zakázku na "Odstranění vlhkosti zdiva a prostor l. P. P. budovy Květná, Hroznová 2, Brno" výzvou více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky ze dne 18.7.2000 podle § 49 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb. a zákona č. 28/2000 Sb. (dále jen "zákon").

V bodě 1.5 výzvy je uvedeno (citace): “Způsob hodnocení nabídek: Nabídky budou hodnoceny podle jejich ekonomické vhodnosti s přihlédnutím k následujícím kritériím.

1.5.1. Cena díla celkem.
1.5.2. Záruka za dílo.
1.5.3. Lhůta plnění.”

Zadavatel zaslal výzvu celkem šesti zájemcům, obdržel celkem tři nabídky od uchazečů.

Zadavatel vyloučil z další účasti ve veřejné zakázce uchazeče REKO spol. s r. o. Brno (dále jen “REKO”) z důvodu neprokázání kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. l písm. a) a z důvodu neprokázání kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 3 zákona v návaznosti na ustanovení § 2b odst. l písm. d) a e) zákona. Uchazeč REKO v zákonné lhůtě námitky proti rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení z další účasti ve veřejné zakázce nepodal.

Zadavatel vyloučil z další účasti ve veřejné zakázce uchazeče S T A V O S A N spol. s r. o., Plzeň (dále jen “STAVOSAN”) z důvodu neprokázání kvalifikačních předpokladů pro nedostatečný obsah čestného prohlášení § 2b odst. 1 písm f) zákona, pro nedostatečné splnění kvalifikačních předpokladů formou čestného prohlášení učiněného podle § 2b odst. 2 všemi osobami vykonávající funkci statutárního orgánu a z důvodu neprokázání kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 3 zákona v návaznosti na ustanovení § 2b odst. l písm. d) a e) zákona.

Své rozhodnutí o vyloučení oznámil zadavatel uvedeným uchazečům rozhodnutím ze dne 31.8.2000. Součástí obsahu dopisu bylo i oznámení o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče Pozemní stavitelství Hodonín, spol. s r. o. , Hodonín.

Proti rozhodnutí o vyloučení podal uchazeč STAVOSAN dopisem ze dne 7.9.2000 námitky, kterým zadavatel svým rozhodnutím ze dne 11.9.2000 nevyhověl.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen “orgán dohledu”) obdržel dne 2.10.2000 od zadavatele originály dokumentace o zadání předmětné veřejné zakázky, a to na základě své žádosti v souvislosti s vyřizováním podnětu P 110/2000-151.

Přezkoumáním předložené dokumentace o zadání veřejné zakázky orgán dohledu zjistil v postupu zadavatele nedostatky, které byly důvodem pro zahájení řízení z úřední povinnosti. Orgán dohledu oznámil zahájení řízení účastníku řízení dopisem ze dne 19.10.2000, kde stanovil lhůtu, ve které se účastník řízení mohl vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí. Orgán dohledu současně svým rozhodnutím č.j. S 168/2000-151/3472/2000-Jak ze dne 19.10.2000 jako předběžné opatření podle § 43 odst. 1 písm. a) správního řádu zadavateli uložil nepokračovat v zadávání a realizaci předmětné veřejné zakázky, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí orgánu dohledu ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele.

Dnem 23.10. 2000, kdy účastník správního řízení obdržel oznámení o zahájení řízení, bylo podle § 57 odst. 1 zákona v návaznosti na § 18 správního řádu zahájeno správní řízení z vlastního podnětu ve věci přezkoumávání rozhodnutí zadavatele.

Podle ustanovení § 58 zákona je účastníkem tohoto správního řízení zadavatel.

Při zaslání dokumentace se zadavatel vyjádřil k obsahu podnětu svým dopisem ze dne 25.9.2000 a dále dopisem ze dne 25.10.2000, ve kterém mimo jiné uvedl (zestručněno):

- Zadavatel volil způsob zadání předmětné veřejné zakázky podle § 49, neboť odhadovaná výše peněžitého závazku se pohybovala kolem 2 500 000,- Kč bez DPH (až po podání nabídek se ukázalo, že náklady na zakázku budou nižší). Předmět veřejné zakázky zahrnoval jednak zpracování návrhu řešení stavebních prací a úprav, které povedou k odstranění vlhkosti (a zpracování tomu odpovídající projektové dokumentace), jednak provedení takto navržených prací. Ke sloučení těchto plnění přistoupil zadavatel proto, aby byla stavba provedena co možná nejrychleji. Zadavatel nemohl za dané situace uplatnit § 2h odst. 3 zákona, tj. stanovit zadávací dokumentaci v rozsahu projektové dokumentace nutné ke stavebnímu řízení, jelikož tato dokumentace ještě neexistovala.

- Zadavatel dále ve svém vyjádření uvedl (citace): "ÚKZÚZ podotýká, že ustanovení § 2h zákona stanovuje náležitosti zadávací dokumentace. Uvádí, co vše má být součástí této dokumentace. Odstavec 3 uvedeného ustanovení pak stanoví speciálně náležitosti zadávací dokumentace pro veřejné stavební zakázky. Je zřejmé, že zpracovaná zadávací dokumentace musí vyhovovat náležitostem stanoveným v zákoně. Z žádného ustanovení uvedeného zákona však neplyne povinnost zadavatele, aby součástí každé jím zadané veřejné zakázky nebo veřejné stavební zakázky byla zadávací dokumentace. Nelze dle našeho názoru tvrdit porušení ustanovení § 2h zákona, pokud zadávací dokumentace nebyla zpracována za situace, kdy zákon nestanoví jako povinnou náležitost každé veřejné zakázky či veřejné zakázky určitého charakteru zpracování zadávací dokumentace a ponechává na rozhodnutí zadavatele, zda zadávací dokumentaci zpracuje či nikoliv. Stejně tak je plně na uchazečích, zda zadávací dokumentaci, která byla zpracována (pokud byla zpracována), budou vyžadovat nebo podají nabídku bez její znalosti" (konec citace).

Z ustanovení § 51 zákona vyplývá ochrana veřejného zájmu na dohledu nad dodržováním zákona. Z těchto důvodů je tedy legitimní, aby orgán dohledu aplikoval v plném rozsahu zásadu vyšetřovací, aby mohl posoudit případ ze všech hledisek a tedy v souladu se zásadou materiální pravdy správně rozhodnout (viz např. rozsudek VS Olomouc čj. 2 A 5/2000).

Z rozsudků Vrchního soudu v Olomouci (např. č. j. 2 A 2/99 ze dne 24.6.1999) lze dovodit, že zkoumání dalších důvodů pro uložení zrušení zadání veřejné zakázky (resp. uložení nového výběru) je nadbytečné, existuje-li alespoň jeden oprávněný důvod.

Orgán dohledu prošetřil úkony a postup zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky a po přezkoumání a zhodnocení všech podkladů dospěl k následujícím rozhodným závěrům.

- Zadavatel zadal veřejnou zakázku podle ustanovení § 49 zákona a v bodě 1.1 výzvy zadavatel vymezil jako předmět výzvy (citace):

  "a) návrh řešení stavebních prací a úprav, které povedou k odstranění vlhkosti zdiva, podlah a z místností podzemního podlaží budovy Květná 19 v areálu ÚKZÚZ v Brně, Hroznová 2. Budova je postavena na st. pozemku p. č. 250 v k. ú. Pisárky, obec Brno město, okres Brno-město.
  b) Úplná dodávka stavby (tzv. na klíč), která bude provedena podle výše uvedeného návrhu. Prováděcí projektovou dokumentaci si zpracuje zhotovitel sám podle údajů

získaných při prohlídce staveniště – budovy Květná 19 a jeho okolí. Smlouvou o dílo bude určen a dohodnut přesný a konečný rozsah dodávky stavby" (konec citace).

Zadavatel z předmětu plnění veřejné zakázky (z faktického stavu) předpokládal, že se jedná o stavební zakázku, a proto vymezil předmět veřejné zakázky tak jak je uvedeno výše, tj. rozložil plnění na část "návrhovou" a "realizační".

Zadavatel také vzhledem ke znalosti faktického stavu a ceně budoucího plnění volil postup podle ustanovení § 49 zákona, i když podle nabídek (výše nabídkové ceny) dodatečně vyšlo najevo, že zakázka mohla být zadávaná vzhledem k předpokládané výši budoucího plnění podle ustanovení § 49a zákona.

Volba zadání byla tedy na zadavateli, jakým způsobem bude veřejná zakázka zadávaná.

Zákon o zadávání veřejných zakázek je systematicky členěn na pět částí. Část první zákona obsahuje obecná ustanovení, část druhá upravuje postup zadavatelů při zadání veřejných zakázek formou obchodní veřejné soutěže, část třetí upravuje jiné způsoby zadání veřejných zakázek, část čtvrtá pojednává o výkonu dohledu nad dodržováním zákona, a konečně část pátá obsahuje ustanovení společná, přechodná a závěrečná. Při zadání veřejné zakázky je zadavatel povinen dodržet ta ustanovení zákona, podle kterých je konkrétní veřejná zakázka zadávána, přičemž při všech způsobech zadání je povinen respektovat ustanovení části první a páté zákona.

V případě, že tedy zadavatel zvolil postup pro zadání předmětné veřejné zakázky podle § 49 zákona, musí postupovat přesně podle tohoto způsobu zadání tj, dodržet zákonem stanovený postup. Zadavatel si byl této skutečnosti vědom, neboť v ostatních bodech výzvy postupoval přesně podle § 49 zákona. Zadavatel ale nedodržel obecné ustanovení § 2h odst. 1 a odst. 3 zákona, když nezadal veřejnou zakázku na část "návrhovou" – tj. na vypracování zadávací dokumentace – projektu na řešení předmětu veřejné stavební zakázky a část "realizační", tj. vlastní realizace stavby podle zadávací dokumentace, která by byla vybrána v předchozí veřejné zakázce.

Stanovisko zadavatele uvedené ve výzvě (uvedeno výše) vyplývá zřejmě z nepochopení ustanovení § 2h odst. 1 zákona v souvislosti s odst. 3. V ustanovení § 2h odst. 1 je uvedeno (citace): "Zadávací dokumentace je souhrn údajů a informací nezbytných pro zpracování nabídky. Zadavatel ji poskytne na vyžádání zájemcům o veřejnou zakázku. Součástí zadávací dokumentace musí být technické podmínky veřejné zakázky určující požadavky na jakost a technické vlastnosti předmětu veřejné zakázky. Součástí zadávací dokumentace musí být i jednoznačné vymezení množství a druhu požadovaných prací, dodávek a služeb. Za úplnost a správnost údajů obsažených v zadávací dokumentaci odpovídá zadavatel" (konec citace).

Z uvedeného ustanovení tedy vyplývá obecná definice zadávací dokumentace a její obecné náležitosti a rovněž i povinnost zadavatele tuto zadávací dokumentaci mít v rozsahu odpovídajícímu předmětu plnění určité veřejné zakázky. Nelze tedy souhlasit se stanoviskem zadavatele, že je na rozhodnutí zadavatele, zda zadávací dokumentaci zpracuje či nikoliv. Zadavatel má povinnost u každé veřejné zakázky zpracovat zadávací dokumentaci, ale nemá přímo stanovenu povinnost při zadání každé veřejné zakázky zadávací dokumentaci poskytnout každému zájemci automaticky – pouze na základě jeho žádosti.

V ustanovení § 2h odst. 3 zákona je uvedeno (citace): Zadávací dokumentace pro veřejné stavební zakázky se stanoví v rozsahu projektové dokumentace nutné ke stavebnímu řízení, rozšířené o výkaz výměr, soupis prací a dodávek s podrobným popisem požadovaných standardů, které jednoznačně vymezují použité položky" (konec citace).

Zákon o zadávání veřejných zakázek pojem stavební zakázka nedefinuje. Ustanovení § 2h odst. 3 zákona však výslovně odkazuje na stavební řízení, proto lze podpůrně využít definice uvedené v § 139b zákona č.50/1976 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů, podle které se "stavbou rozumí i její část". U udržovacích prací se podle § 56 písm. i) stavebního zákona (s výjimkami uvedenými v § 55 odst. 3 stavebního zákona) nevyžaduje stavební povolení ani ohlášení, nemůže tedy u nich existovat ani žádná dokumentace nutná ke stavebnímu řízení, a proto v těchto případech nepřichází v úvahu ani aplikace § 2h odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek. Od účinnosti zákona č. 28/2000 Sb. není tedy možné zadávat současně veřejnou zakázku na zpracování projektu nutného ke stavebnímu řízení společně s provedením stavby. Zadávání veřejných zakázek na provedení staveb před vypracováním projektu vedlo často k nepřesnému vymezení předmětu veřejné zakázky (uchazeči mohli rozsah požadovaných prací pouze odhadovat), k podání vzájemně obtížně srovnatelných nabídek a k překračování nabídkových cen při realizaci stavby právě z důvodu postupného upřesňování rozsahu prováděných prací.

Zadavatel tím, že nesprávně zadal předmět plnění stavební veřejné zakázky porušil ustanovení § 49 odst. 4 písm. a) citovaného zákona v návaznosti na § 2h odst. 1 a 3 téhož zákona tím, že v rozporu se zákonem vymezil předmět plnění veřejné zakázky, čímž nesprávným způsobem zadal veřejnou stavební zakázku.

Orgán dohledu zjistil v postupu zadavatele další pochybení, která ale neměla vliv na jeho rozhodování o vyloučení uchazečů z další účasti na veřejné zakázce, neboť uchazeči neprokázali splnění více kvalifikačních předpokladů, ale na které orgán dohledu v rámci preventivní činnosti zadavatele upozorňuje:

- V bodě 1.3.3. předmětné výzvy je uvedeno (citace): "Kvalifikační předpoklady uvedené v § 2b odst. l písm. d) a e) zákona se vztahují též na odpovědného zástupce ustanoveného podle živnostenského zákona. Nemá-li uchazeč odpovědného zástupce ustanoveného, je povinen o této skutečnosti učinit prohlášení, které bude součástí nabídky" (konec citace).

  Zadavatel vyloučil z další účasti ve veřejné zakázce uchazeče REKO z důvodu neprokázání kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. l písm. a) – nepředložil oprávnění k podnikání na celý rozsah veřejné zakázky a z důvodu neprokázání kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 3 zákona (citace): "Čestné prohlášení je v souladu se zákonem, až na to, že z něj není zřejmé, zda prohlášení k § 2b odst. l písm. d) a e) učinil i odpovědný zástupce uchazeče (§ 2b odst. 3), resp. kdo vůbec je odpovědným zástupcem" (konec citace). Uchazeč REKO v zákonné lhůtě námitky proti rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení z další účasti ve veřejné zakázce nepodal.

  Zadavatel vyloučil z další účasti ve veřejné zakázce uchazeče STAVOSAN z důvodu (citace): "V čestném prohlášení, učiněném uchazečem podle § 2c odst. 1 zákona, chybí údaj o tom, že uchazeč nemá splatný nedoplatek na penále na veřejném zdravotním pojištění a na penále na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti.

Prohlášení je v rozporu s § 2b odst. 2 první větou zákona podepsáno jen jedním z jednatelů uchazeče, ačkoliv má uchazeč dva jednatele. Dále není zřejmé, zda prohlášení k § 2b odst. l písm. d) a e) učinil i odpovědný zástupce uchazeče (viz § 2b odst. 3), resp. kdo vůbec je odpovědným zástupcem" (konec citace).

V ustanovení § 2b odst. 3 je uvedeno (citace): Podmínky uvedené v odstavci 1 písm. d) a e) se vtahují též na odpovědného zástupce uchazeče, ustanoveného podle zvláštního právního předpisu" (konec citace). V ustanovení § 2c zákona ani v dalších ustanoveních zákona není uveden způsob, jakým má být splnění tohoto kvalifikačního předpokladu uchazeče prokázáno.

Podle ustanovení § 2a odst. 2 zákona "zadavatel zjišťuje kvalifikaci uchazečů ....b) při posuzování nabídek, c) při hodnocení nabídek ...". Je proto jeho povinností si zjistit, jestli odpovědná osoba je např. totožná s osobou jednatele či některého z členů statut. orgánu, přičemž pokud tomu tak je, není ze zákona uchazeč tuto skutečnost v čestném prohlášení výslovně uvádět. Zadavatel si podání takové informace může předem v podmínkách zadání veřejné zakázky (textu výzvy) výslovně vyžádat. Jestliže však osoba odpovědného zástupce je "separátní", není tedy jedním z jednatelů či některých z členů např. představenstva a. s., pak musí nabídka obsahovat i čestné prohlášení ve vztahu k tomuto odpovědnému zástupci. Za dostatečné lze považovat rovněž čestné prohlášení, že "uchazeč splňuje kvalifikační předpoklady podle § 2b odst. 1 písm. b) až f) zákona" podepsaná k tomu oprávněnou osobou (osobami).

Zadavatel si ve výzvě sice vyhradil, aby uchazeč sdělil skutečnost, že nemá ustanoveného odpovědného zástupce, ale neuvedl požadavek na prokázání identifikace osoby vykonávající funkci odpovědného zástupce uchazeče pro oprávnění k podnikání – živnostenské listy, vztahující se na celý předmět plnění veřejné zakázky. Uvedená skutečnost neměla být tedy jedním z důvodů pro vyloučení uchazeče z další účasti ve veřejné zakázce. Zadavatel si zřejmě sám tuto skutečnost uvědomil, neboť si zažádal sám o výpis z živnostenského rejstříku uchazeče REKO.

K výše uvedenému orgán dohledu dále poznamenává, že stanovení přesných a transparentních podmínek zadání veřejné zakázky považuje za prioritní rovněž Vrchní soud v Olomouci např. ve svém rozsudku č. j. 2 A 4/2000 ze dne 29.6.2000, ve kterém je mj. uvedeno: "…S výjimkou přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu nejde o správní řízení, zákon tedy neobsahuje procesní normu, jíž by se mělo zadávání veřejných zakázek řídit. Zákon stanoví postup závazný stejnou měrou pro zadavatele i pro uchazeče. Uvádění příslušných ustanovení zákona upravujících tento postup do praxe přináší s sebou úskalí potřeby výkladu. Jelikož výklad zákona působící toliko inter partes nemůže podat zadavatel, lze jej očekávat od správního orgánu realizujícího svou dohledovou pravomoc. Při jeho úvahách o zákonnosti rozhodnutí zadavatele by mělo být vůdčí směřování k co největší průhlednosti aplikovaných postupů. Výklad zákona nemůže abstrahovat od požadavku transparentnosti procesu zadávání". V posuzovaném případě to znamená, že zadávací a soutěžní podmínky musí být jednoznačné a srozumitelné.

Orgán dohledu aplikujíc zásadu vyšetřovací za účelem vydání rozhodnutí v souladu se zásadou materiální pravdy, posoudil postup zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky ze všech hledisek a na základě všech zjištěných a uvedených skutečností rozhodl, jak je uvedeno ve výroku.

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. Petr Hanák
ředitel odboru dohledu
nad zadáváním veřejných zakázek v Brně

Obdrží:

Ústřední kontrolní a zkušební ústav zemědělský v Brně, Hroznová 2, 656 06 Brno
zast. RNDr. Jaroslavem Staňou