



| | |
|---|-----------|
| Úřad pro ochranu hospodářské soutěže Joštova 8, Brno | |
| Došlo: 29-07-2002 | |
| Číslo: 6384/02 | Vyřizuje: |
| Přílohy: | |

2 A 2/2002 -37

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Vrchní soud v Olomouci rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Václava Novotného a soudců JUDr. Ludmily Valentové a JUDr. Marie Turkové v právní věci žalobce : **Milan Jelínek – KOMTERM, Závišova 9, 140 00 Praha 4, IČ 10152407**, zast. JUDr. Jaroslavem Vrzalem, advokátem, Bartoškova 1411/22, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, Joštova 8, 601 56 Brno**, o přezkoumání rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20.11.2001 2001 č.j. 3R 41/01-Ku,

takto:

I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20.11.2001 č.j. 3R 41/01-Ku se **zrušuje** a věc se **vrací** žalovanému k dalšímu řízení.

II. Žalovaný je **povinen** zaplatit žalobci na nákladech řízení částku **4.650,- Kč**, a to do **15-ti dnů** od právní moci tohoto rozsudku.

O d ů v o d n ě n í

Žalobou podanou u Vrchního soudu v Olomouci dne 18.1.2002 se žalobce domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20.11.2001 č.j. 3R 41/01-Ku, kterým byl zamítnut rozklad žalobce a potvrzeno rozhodnutí prvostupňového Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20.8.2001 č.j. S 116-R/01-792/140/ZH, jímž bylo rozhodnuto ve věci přezkoumání úkonu zadavatele – město Chomutov – v obchodní veřejné soutěži „o nejvhodnější návrh na uzavření smlouvy na nájem, provoz a údržbu tepelného hospodářství města Chomutov“ vyhlášené dne 18.4.2001 v Obchodním věstníku č. 16/01 pod zn. 118433-16/01 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., zákona č. 256/2000 Sb. a zákona č. 39/2001 Sb. (dále jen „zákon“) tak, že rozhodnutím zadavatele nebyl porušen zákon a návrh byl zamítnut. Žalovaný pak rozhodnutím ze dne 20.11.2001 toto prvostupňové rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.

Žalobce se domáhal zrušení rozhodnutí žalovaného v obou stupních, protože jako důvod pro vyloučení žalobce z obchodní veřejné soutěže je uváděna skutečnost, že nebyl obsahově naplněn bod 5.1 zadání veřejné soutěže, kde zadavatel v rámci tzv. dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky požaduje předložení zpráv auditora k účetním závěrkám za roky 1998, 1999, případně za rok 2000. Žalovaný namítl, že považuje tuto podmínku za diskriminační, neboť žalobce není osobou, která by měla ze zákona povinnost ověření účetní závěrky auditorem, proto předložil přiznání k dani z příjmů fyzických osob vč. účetní závěrky a dokladů ji tvořících. Nebylo vzato v úvahu odlišné postavení osoby, která má zákonnou povinnost auditu a osoby, která tuto povinnost nemá. Poukázal přitom na ustanovení § 40 odst. 3 zákona č. 337/1992 Sb., o správně daní a poplatků, když i zde je prodloužena lhůta k podání daňového přiznání z obvyklého termínu 31.3. kalendářního roku na 30.6. kalendářního roku v případě zpracování auditu. Soutěžní lhůta 28 dnů není lhůtou obecně vyhovující vzhledem k odlišným ekonomickým podmínkám jednotlivých uchazečů. Poukázal na stanovisko auditora Auditorské a daňové kanceláře Ing. Ambrože, spol. s r.o., ze dne 27.6.2001, že u subjektu typu žalobce je možno rozsah prací auditorského týmu kalkulovat v řádu více než 100 hodin při auditu účetní závěrky za jeden kalendářní rok. Práce by tak mohly trvat několik týdnů a současné zpracování auditu tří závěrek je odhadováno na

dva kalendářní měsíce; lhůta 28 dnů nemůže být v žádném případě dodržena. U subjektu typu žalobce si provedení tří auditů vyžádá náklady ve výši minimálně 450.000,- Kč. Žalobce považuje za sporné, zda by pak takto vynaložená částka byla uznatelná jako tzv. daňový výdaj prokazatelně vynaložený na dosažení, zajištění a udržení příjmů. Požadavek na předložení účetních závěrek je tak diskriminační. Také poukázal na § 18 zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, vztahující se výlučně k osobám účtující v soustavě podvojného účetnictví, neboť jen k nim se vztahuje pojem účetní závěrky. Osoby účtující v soustavě jednoduchého účetnictví sestavují pouze tzv. výkaz o majetku a závazcích a příjmech a výdajích. Avšak tato skutečnost se ho bezprostředně nedotýká.

Žalovaný se k podané žalobě vyjádřil tak, že zadavatel stanovil uvedenou zprávu auditora jako další předpoklad pro plnění veřejné zakázky a tento požadavek nelze považovat za diskriminační, poněvadž tato podmínka byla stanovena všem uchazečům shodně. Naopak, pokud by zadavatel hodnotil nabídku uchazeče, který nesplnil požadovaný kvalifikační předpoklad, tj. nedoložil příslušnou zprávu auditora, byl by tento uchazeče zvýhodněn proti ostatním, kteří zprávu předložili a v řádu několika set tisíc předtím zaplatili. Uvedl, že zadavatel měl své důvody pro tento postup, zejména považoval za nutné, aby uchazeči prokázali, že mají předpoklady pro plnění této zakázky s tím, že uchazeči, kteří nemají povinnost mít účetní uzávěrku ověřenou auditorem, měli možnost si ji nechat zpracovat.

Ze správního spisu, který žalovaný předložil, vyplynuly tyto rozhodující skutečnosti. Město Chomutov ve vyhlášené obchodní veřejné soutěži v bodě 5 v rámci dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky, již se uchazeč prokáže údaji pod bodem 1, je uvedeno, že se tak má stát zprávou auditora k účetním závěrkám ze rok 1998 a 1999, případně za rok 2000. Návrh na uzavření smlouvy předložený žalobcem obsahuje v příloze 2 (další kvalifikační předpoklady) toliko kopie příznání k dani z příjmů fyzických osob za období 1998 až 2000. Dne 5.6.2001 zadavatel oznámil žalobci, že byl ze soutěže vyloučen, protože jeho nabídka nebyla z hlediska podmínek obchodní veřejné soutěže úplná. K námitkám uchazeče jej zadavatel přezkoumal a nevyhověl jim, neboť nabídka nesplnila obsahově bod 5 odst. 1 zadání, totiž nebyly předloženy zprávy auditora za rok 1998 a 1999, případně za rok 2000, což komise pro otevírání obálek zřejmě přehlédla. V návrhu na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách argumentoval skrytou diskriminační podmínkou

představovanou povinností předložit předmětné zprávy auditora k účetním závěrkám. Dne 19.7.2001 oznámil žalovaný zahájení správního řízení ke dni 22.6.2001.

Žalovaný v prvním stupni uvedl, že požadovaná podmínka není diskriminační, protože měl uchazeč možnost si nechat v průběhu soutěžní lhůty zpracovat zprávu auditora. Současně zákon č. 563/1991 Sb. v § 20, na který se žalobce odvolává, neobsahuje vyjádření, že je u fyzických osob přiznání k daní z příjmů fyzických osob potvrzené finančním úřadem ekvivalentní účetní závěrce potvrzené auditorem. Za přiznání daně z příjmů fyzických osob odpovídá jen plátce této daně, potvrzení výsledků auditorem je nestranným aktem nezávislého státem zkoušeného subjektu. V rámci řízení měl možnost se vyjádřit k podanému rozkladu i zadavatel, který uvedl, že před vypsáním veřejné soutěže tuto podmínku konzultoval s auditorem, který má poněkud odlišný názor od uchazeče jak na cenu, tak na dobu zpracování, přičemž postačovaly dva hodnocené roky. Konečně také reagoval na námitku týkající se ekvivalence účetní závěrky s přiznáním k daní z příjmů fyzických osob. V druhostupňovém rozhodnutí předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže uvedl, že může zadavatel další předpoklady pro plnění veřejné zakázky stanovit. To také učinil a pokud by v daném případě hodnotil i nabídku uchazeče, který nesplnil takto stanovený kvalifikační předpoklad, byl by uchazeč zvýhodněn proti ostatním, kteří zprávu předložili a v řádu několika set tisíc korun předtím zaplatili. Uvedl, že není také vycházeno přesně ze stanoviska auditora Ing. Ambrože, co se týče rozsahu hodin, neboť ten mluví o potřebě v řádu více než 100 hodin, nehovoří o 300 hodinách a 450.000,- Kč za provedenou práci.

Obálky byly otevřeny dne 25.5.2001. V rámci zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 25.5.2001 je u nabídky č. 7 znamenáno, že není předložena zpráva auditora a není tak splněn předpoklad zadávacích podmínek uvedených v článku 5 odst. 1. Podle výpisu z usnesení Rady města Chomutova ze dne 28.1.2002, na základě usnesení č. 592/01 z 3.12.2001 byla zrušena obchodní veřejná soutěž „o nejhodnější návrh na uzavření smlouvy na nájem, provoz a údržbu tepelného hospodářství města Chomutov“. Tato skutečnost pak byla oznámena v Obchodním věstníku dne 16.1.2002.

Vzhledem k tomu, že veřejná obchodní soutěž byla vyhlášena dne 18.4.2001, právní režim jejího posuzování se bude řídit zákonem č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných

zakázek ve znění zákonů č. 148/1996 Sb., č. 93/1998 S., č. 28/200 Sb., č. 256/200 Sb. a č. 39/2001 Sb..

Soud přezkoumal rozhodnutí žalovaného včetně řízení, které mu předcházelo a dospěl k těmto závěrům :

Ve správním soudnictví přezkoumávají soudy na základě žalob nebo opravných prostředků zákonnost rozhodnutí orgánů veřejné správy. Podle § 249 odst. 1 o.s.ř. řízení se zahajuje na návrh, který se nazývá žalobou. Podle druhého odstavce žaloba musí obsahovat označení rozhodnutí správního orgánu, které napadá, vyjádření, v jakém rozsahu se toto rozhodnutí napadá, uvedení důvodů, v čem žalobce spatřuje nezákonnost rozhodnutí správního orgánu a jaký konečný návrh činí. Podle § 250i odst. 1 o.s.ř. při přezkoumávání zákonnosti rozhodnutí je pro soud rozhodující skutkový stav, který tu byl v době vydání napadeného rozhodnutí. Dokazování se neprovádí. Podle třetího odstavce k vadám řízení před správním orgánem soud přihlédně jen, jestliže vzniklé vady mohly mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí.

Soud se zabýval zákonností napadeného rozhodnutí v rozsahu vymezeném žalobou (§ 249 odst. 2 o.s.ř.) a ustanovením § 250i odst. 3 o.s.ř.. Důvod pro postup dle posléze citovaného ustanovení zákona však neznal.

Podle § 2f zákona dalšími předpoklady pro plnění veřejné zakázky jsou např. technické a materiální vybavení k plnění veřejné zakázky, počet zaměstnanců odborných profesí rozhodných pro plnění veřejné zakázky, přehled významných zakázek uskutečněných uchazečem v posledních letech s uvedením objednatele, popřípadě kupujícího, místa a doby plnění. Podle § 11 odst. 1 zákona žádný z uchazečů nesmí být v obchodní veřejné soutěži zvýhodněn proti ostatním uchazečům soutěže s výjimkami uvedenými v odstavci 2 a 3. Ty pak pojednávají o obchodní veřejné soutěži se zahraniční účastí, o účasti v obchodní veřejné soutěži tuzemské osoby zaměstnávající nad 50% občanů se změněnou pracovní schopností.

Žaloba je důvodná.

Námítka, na které žalobce staví svou argumentaci, je hodna zvážení již proto, že ustanovení § 11 zákona v obecné rovině zvýhodnění, tj. pozitivní diskriminaci nepřipouští, avšak *á contr.* nepřipouští žádnou diskriminaci, leč s výslovně uvedenými výjimkami. Osvobození náhledu na *fair proces* zadávání od podezření na zjevnou či skrytou diskriminaci patří jistě mezi základní principy přezkumné činnosti orgánu dohledu. Je zřejmé, že i v tomto případě se správní orgán touto problematikou zabýval, avšak dle názoru soudu nenalezl dostatečnou odpověď na všechny otázky, jež v té souvislosti žalobce nastolil. Není ani příliš zapotřebí zdůrazňovat zákony nastavený rozdílný standard požadavků, co se týče povinnosti mít účetní uzávěrku ověřenou auditorem (§ 40 odst. 3 zák.č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, § 20 zák.č. 5863/1991 Sb., o účetnictví, § 8 zák.č. 21/1992 Sb., o bankách), aby bylo očividné, že jisté rozdílné výchozí parametry tu jsou. Jde však o to, zda je tento rozdíl spočívající v tom, že některé společnosti mají povinnost mít ověřenou auditorem účetní uzávěrku pro jiné účely, natolik závažný, aby mohl vyvolat pochybnosti o nediskriminační povaze požadavku zadavatele na další předpoklady pro plnění veřejné zakázky a zda lze spravedlivě po uchazeči požadovat, aby si nechal zpracovat požadovaný audit, aniž by to pro něj představovalo neúměrně vysoké náklady, jež by jej byly reálně schopny od podání nabídky odradit. Tvrzení žalobce, jež však nebylo nijak orgánem dohledu ověřováno, takovouto možnost skýtá. K zaujetí konečného stanoviska, zda v tomto konkrétním případě by tomu tak mohlo být, chybí skutková zjištění, zejména o obvyklé ceně za zpracování auditu, době potřebné k jeho provedení a o dostupnosti této služby v čase vymezeném zadavatelem. Bez znalosti těchto, případně i dalších údajů nelze se o povaze zadavatelem stanovené sporné podmínky autoritativně vyjádřit. Rozhodnutí žalovaného se proto jeví jako nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

Avšak po vydání pravomocného rozhodnutí žalovaného zadavatel zrušil předmětnou veřejnou soutěž svým usnesením ze dne 3.12.2001. Proto bude namíste, aby se žalovaný nejprve vypořádal s touto nově vzniklou procesní situací, totiž zda neodpadl předmět řízení, což by bránilo v pokračování správního řízení ve věci samé.

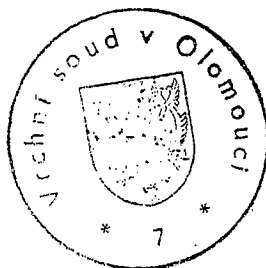
Soud tak přikročil ke zrušení rozhodnutí žalovaného ve druhém stupni a vrácení mu věci k dalšímu řízení (§ 250f odst. 1 písm. a) o.s.ř.). V dalším se žalovaný vypořádá s nově vzniklou procesní situací, a pokud se rozhodne dále v řízení pokračovat, bude nezbytné doplnit dokazování shora naznačeným směrem.

Výrok o nákladech soudního řízení se opírá o ustanovení § 250k odst. 1 o.s.ř. a vychází ze skutečnosti, že žalobce měl v řízení úspěch, proto mu také byla přiznána proti žalovanému náhrada nákladů řízení, a to 1.000,- Kč za zaplacený soudní poplatek a 3.500,- Kč ve smyslu § 11 vyhl.č. 484/2000 Sb., a dále režijní paušál 2x 75,- Kč, tedy celkem částka 4.650,- Kč.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné (§ 250j odst. 4 o.s.ř.).

V Olomouci dne 22.7.2002

Za správnost vyhotovení :
P. Oklešťková



JUDr. Václav Novotný, v.r.
předseda senátu

