



UOHSX0037EL5

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S303/2010/VZ-14865/2010/540/PVé

V Brně dne: 6. prosince 2010

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 12.8.2010 na návrh, jehož účastníky jsou

- zadavatel - Česká republika - Česká obchodní inspekce, IČ 00020869, se sídlem Štěpánská 567/15, 120 00 Praha 2, jejímž jménem jedná RNDr. Jana Příhodová, ústřední ředitelka, ve správním řízení zast. na základě plné moci JUDr. Pavlem Musilem, advokátem, se sídlem Hellichova 458/1, 118 00 Praha 1,
- navrhovatel - SGS Czech Republic, s.r.o., IČ 48589241, se sídlem K Hájům 1233/2, 15500 Praha 5, za niž jedná Ing. Petr Láhner, jednatel, ve správním řízení zast. na základě plné moci Mgr. Bc. Jiřím Podpěrou, advokátem, se sídlem Spálená 14, 110 01 Praha 1,
- vybraný uchazeč - Institut pro testování a certifikaci, a.s., IČ 47910381, se sídlem tř. T. Bati 299, 764 21 Zlín – Louky, za niž jedná Ing. Jiří Heš, předseda představenstva,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Provádění laboratorních zkoušek a rozborů vzorků pohonných hmot“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 31.5.2010 pod ev. č. 60045679 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 2.6.2010 pod ev. č. 2010/S 105-159685,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel - Česká republika - Česká obchodní inspekce, IČ 00020869, se sídlem Štěpánská 567/15, 120 00 Praha 2 - nedodržel při zadávání výše uvedené veřejné zakázky postup podle

- a) § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když při vymezení místa plnění veřejné zakázky nedodržel zásadu zákazu diskriminace,

b) § 44 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky,

příčemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě postupu zadavatele uvedeného pod bodem I. výroku Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 citovaného zákona o veřejných zakázkách ruší zadání veřejné zakázky „Provádění laboratorních zkoušek a rozborů vzorků pohonných hmot“.

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli České republiky - České obchodní inspekci, IČ 00020869, se sídlem Štěpánská 567/15, 120 00 Praha 2, ukládá:

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (slovy třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 12.8.2010 návrh na přezkoumání úkonů učiněných zadavatelem Českou republikou - Českou obchodní inspekci, IČ 00020869, se sídlem Štěpánská 567/15, 120 00 Praha 2, jejímž jménem jedná RNDr. Jana Příhodová, ústřední ředitelka, ve správním řízení zast. na základě plné moci JUDr. Pavlem Musilem, advokátem, se sídlem Hellichova 458/1, 118 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“), ve veřejné zakázce „Provádění laboratorních zkoušek a rozborů vzorků pohonných hmot“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 31.5.2010 pod ev. č. 60045679 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 2.6.2010 pod ev. č. 2010/S 105-159685 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Zadavatel v bodu 4. 2 zadávací dokumentace uvedl, že místem plnění je území České republiky.
3. V bodu 9. 2 zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že nabídková cena musí být v nabídce stanovena jako nejvýše přípustná částka za plnění veřejné zakázky a že nepřipouští žádné podmínky, za nichž by mohlo dojít k překročení nabídkové ceny bez DPH. V článku 2. 1 návrhu smlouvy zadavatel uvedl, že cena je stanovena jako nejvýše přípustná a lze ji překročit pouze v případě, že dojde v průběhu plnění zakázky na základě příslušných daňových předpisů ke změně výše sazby z přidané hodnoty, nebo v případě, kdy písemnou dohodou smluvních stran budou jednotlivé ceny uvedené v cenové nabídce upraveny.

4. V bodu 4. 1 zadávací dokumentace zadavatel vymezil, že předmětem plnění veřejné zakázky je provádění laboratorních zkoušek a rozborů vzorků pohonných hmot, vypracovávání a vystavování zpráv o výsledcích provedených rozborů paliv formou zkušebního protokolu a inspekční zprávy, doručování zpráv o výsledcích provedených rozborů paliv, zajišťování skladování vzorků paliv a jejich likvidace, zajištění zpětného oběhu vzorkovnic pro další použití (vymytí, vysušení a předání vzorkovnic). V článku 3. 6 návrhu smlouvy je uvedeno, že se smluvní strany dohodly, že v případě požadavku a dle dispozic objednatele se vykonavatel zavazuje zajistit jako jednu ze služeb ve smyslu této smlouvy přejímku a svoz vzorků vlastními dopravními prostředky a svými odborně způsobilými zaměstnanci podle předem písemně sjednaného harmonogramu.
5. Ve lhůtě pro podání nabídek tj. do 28.7.2010, obdržel zadavatel 1 nabídku. Dne 29.7.2010 obdržel zadavatel námitky proti podmínkám zadání od společnosti Ústav paliv a maziv, a.s., IČ 25148672, se sídlem U trati 42, 108 00 Praha 10 (dále jen „ÚPM“), jejíž nástupnickou společností se stala na základě projektu přeměny vnitrostátní fúze sloučením dne 1.8.2010 společnost SGS Czech Republic, s.r.o., IČ 48589241, se sídlem K Hájům 1233/2, 15500 Praha 5, za niž jedná Ing. Petr Láhner, jednatel, ve správním řízení zast. na základě plné moci Mgr. Bc. Jiřím Podpěrou, advokátem, se sídlem Spálená 14, 110 01 Praha 1 (dále jen "navrhovatel"). Po přezkoumání oprávněnosti podaných námitek jim zadavatel nevyhověl, což společnosti ÚPM oznámil rozhodnutím ze dne 5.8.2010, které právní zástupce společnosti ÚPM obdržel dne 6.8.2010. Vzhledem k tomu, že navrhovatel, jakožto nástupnická společnost společnosti ÚPM, nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal k Úřadu dopisem ze dne 12.8.2010 návrh na přezkoumání postupu zadavatele. Dne 25.10.2010 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče Institut pro testování a certifikaci, a.s., IČ 47910381, se sídlem tř. T. Bati 299, 764 21 Zlín – Louky, za niž jedná Ing. Jiří Heš, předseda představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“).
6. V podaném návrhu navrhovatel uvádí, že zadavatel postupem, kdy jako místo plnění stanovil území České republiky, porušuje zásadu rovného zacházení a zákaz diskriminace, neboť takovéto omezení místa plnění je neodůvodněné a nepřiměřené. Navrhovatel se domnívá, že když předmět plnění spočívá v provádění laboratorních zkoušek a rozborů, přičemž potenciální dodavatelé mohou mít své laboratorní kapacity mimo území České republiky, může být takovýto omezením předem vyloučena možnost dodavatelů schopných splnit předmět veřejné zakázky zúčastnit se předmětného zadávacího řízení.
7. Dále navrhovatel konstatuje, že když zadavatel v zadávacích podmínkách uvedl, že písemnou dohodou smluvních stran mohou být jednotlivé ceny uvedené v cenové nabídce upraveny, nepostupuje v souladu se zákonem, jelikož dodatečná změna ceny je podstatnou změnou původních podmínek smlouvy, a proto je toto smluvní ustanovení nezákonné.
8. Navrhovatel taktéž napadá smluvní ujednání vyplývající z návrhu smlouvy, v němž zadavatel uvádí, že smluvní strany se v případě potřeby mohou dohodnout na tom, že vykonavatel zajistí přejímku a svoz vzorků vlastními dopravními prostředky s svými odborně způsobilými zaměstnanci. Navrhovatel se domnívá, že dodatečné rozšíření předmětu plnění je zásadní změnou zadávacích podmínek, a tudíž takovýto postup zadavatele není v souladu se zákonem.

9. Navrhovatel se současně domnívá, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když umožnil splnění technických kvalifikačních předpokladů předložením žádosti o akreditaci a nikoliv osvědčením o akreditaci. Dle navrhovatele tak zadavatel umožnil podat nabídku taktéž dodavatelům, kteří nesplňují odborné předpoklady pro plnění předmětu veřejné zakázky.
10. Navrhovatel konstatuje, že vzhledem k diskriminačně nastaveným zadávacím podmínkám se nemohl zúčastnit šetřené veřejné zakázky, a proto s odkazem na výše uvedené skutečnosti navrhuje, aby Úřad zrušil předmětné zadávací řízení.
11. Úřad obdržel návrh dne 12.8.2010 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
12. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel
 - vybraný uchazeč.
13. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S303/2010/VZ-12145/2010/540/PVé ze dne 25.8.2010. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S303/2010/VZ-12147/2010/540/PVé z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
14. Po předběžném přezkoumání obsahu podaného návrhu získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když v zadávací dokumentaci uvedl, že místem plnění je území České republiky, když uvedl rozdílné informace o přípustnosti podmínek pro překročení nabídkové ceny v zadávací dokumentaci a v návrhu smlouvy a když v návrhu smlouvy stanovil závazek, že v případě požadavku a dispozic zadavatele dodavatel zajistí přejezdku a svoz vzorků, přestože tyto služby nejsou zahrnuty do předmětu veřejné zakázky. Na základě těchto pochybností rozhodl Úřad v rozsahu nezbytném pro zajištění účelu řízení předběžným opatřením č. j. ÚOHS-S303/2010/VZ-13190/2010/540/PVé ze dne 2.9.2010 o uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.
15. Dne 24.8.2010 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k návrhu, ve kterém konstatuje, že navrhovatel nemá a neprokázal aktivní věcnou legitimaci k podání návrhu, jelikož v předmětném zadávacím řízení nepodal nabídku, a tudíž mu nehrozí vznik újmy. Ve vztahu k určení místa plnění zadavatel uvádí, že po něm nelze požadovat, aby místo plnění bylo odlišné od území České republiky, když v takovém případě by mu vznikaly neodůvodněné a neúměrné náklady související s přepravou vzorků k provedení analýzy do jiného státu a jelikož pravomoc zadavatele se vztahuje k území České republiky. Dle zadavatele by přepravou vzorků došlo k časovým prodlevám v analýze vzorků a ke vzniku nákladů na skladování vzorků (vedle nákladů na přepravu vzorků, která není součástí předmětu plnění).
16. Ve vztahu k možné změně smluvní ceny zadavatel uvádí, že samotné ustanovení o možné změně smluvní ceny bez toho, aniž by takovýto dodatek byl uzavřen, porušením zákona není. Případné uzavírání dodatků ke smlouvě dle zadavatele je možné způsobem jednacímho řízení

a to v případě, že jsou dodrženy všechny zákonné podmínky. Obdobným způsobem zadavatel argumentuje i ve věci nepřipustného rozšíření předmětu veřejné zakázky, kdy konstatuje, že požadované plnění souvisí s předmětem zakázky, avšak zadavatel zatím neví, zda jej bude požadovat od vybraného uchazeče. Proto se zadavatel domnívá, že pouhým uvedením této informace v zadávacích podmínkách se nedopouští nezákonného jednání, a opět uvádí, že při vzniku této potřeby lze využít možnosti zadat předmětné plnění formou jednacího řízení za podmínky splnění konkrétních požadavků zákona. K prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu formou žádosti o akreditaci zadavatel konstatuje, že v návrhu smlouvy provázal splnění podmínky udělení akreditace s realizací plnění, přičemž na tuto smluvní podmínku navazuje ustanovení, že porušení mimo jiné i tohoto závazku se považuje za důvod k okamžitému odstoupení od smlouvy. Dne 8.9.2010 obdržel Úřad od zadavatele doplnění vyjádření, v němž pouze rozvíjí svou dřívější argumentaci ve vztahu k předmětným námitkám uvedeným v návrhu.

17. Vzhledem k tomu, že zadavatel rozhodl dne 25.10.2010 o výběru nejvhodnější nabídky, oznámil Úřad účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S303/2010/VZ-16195/2010/540/PVé ze dne 1.11.2010 přiřazení vybraného uchazeče jako účastníka řízení. Usnesením č. j. ÚOHS-S303/2010/VZ-17096/2010/540/PVé ze dne 15.11.2010 stanovil Úřad vybranému uchazeči lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Dne 19.11.2010 obdržel Úřad rozklad navrhovatele proti usnesení č. j. ÚOHS-S303/2010/VZ-16195/2010/540/PVé ze dne 1.11.2010.
18. Dne 23.11.2010 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče, v němž konstatuje, že navrhovatel v době podání nabídky neměl platnou akreditaci pro daný předmět a taktéž nesplňoval některé technické kvalifikační předpoklady z důvodu přeměny společnosti a tím mu dle vybraného uchazeče vznikly bariéry pro podání nabídky a tedy nikoliv nastavením zadávacích podmínek. V případě aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu vybraný uchazeč namítá, že společnost ÚPM ke dni 1.8.2010 zanikla a tedy nemohla zadavateli poskytovat plnění a tudíž ani nemohla mít zájem na získání předmětné veřejné zakázky, a mimo jiné také podala opožděné námitky, jelikož zadavateli nebyly doručeny do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona dozvěděla. Ve vztahu k meritorním záležitostem návrhu vybraný uchazeč uvádí, že navrhovatel vyvozuje hypotetické závěry, které ze zadávací dokumentace ani návrhu smlouvy nevyplývají. Dle vybraného uchazeče nelze konstatovat, že nastavení zadávacích podmínek připouští dodatečné podstatné změny a to ani ve vztahu k změně ceny či předmětu plnění. K vymezení místa plnění vybraný uchazeč uvádí, že ze znění zadávacích podmínek vyplývá, že dodavatel musí zajistit na území ČR převzetí vzorků, což však dále neomezuje místo provedení laboratorních zkoušek. Ve vztahu k nastavení požadavků na akreditaci zkušební laboratoře vybraný uchazeč konstatuje, že možnost předložení žádosti o akreditaci vede k větší otevřenosti zadávacího řízení a není v rozporu se zákonem.
19. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů a vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění dospěl k závěru, že zadavatel nepostupoval při vymezení místa plnění, při uvedení rozdílných informací o přípustnosti podmínek pro překročení nabídkové ceny a při stanovení závazku, že v případě požadavku a dispozic zadavatele dodavatel zajistí

přejímku a svoz vzorků, v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K legitimaci navrhovatele k podání návrhu

20. Podle ustanovení § 110 odst. 3 zákona musí stěžovatel námitky proti zadávacím podmínkám doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.
21. Podle ustanovení § 110 odst. 7 zákona se námitky podávají písemně. V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námitkách podle odstavců 2, 3 a 5 musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Jde-li o námitky podle odstavce 2, musí stěžovatel v námitkách uvést též skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce zadavatel odmítne a bezodkladně písemně uvědomí o této skutečnosti stěžovatele. Podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 může stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.
22. Z obdržené dokumentace vyplývá, že lhůta pro podání nabídek byla stanovena na den 28.7.2010. Dne 29.7.2010 obdržel zadavatel od společnosti ÚPM námitky proti podmínkám zadání. V rámci těchto námitek je poukazováno na možná pochybení zadavatele při stanovení zadávacích podmínek, přičemž mimo jiné poukazuje na diskriminační dopady plynoucí z omezení místa plnění. Jak vyplývá z vyjádření zadavatele ze dne 8.9.2010, navrhovatel (resp. zaniklá společnost ÚPM, jejíž se stal nástupnickou společností) podal nabídku v předcházejícím zrušeném zadávacím řízení se stejným předmětem plnění. V této souvislosti Úřad odkazuje na pravomocné rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R106/2009/VZ-454/2010/310/EKu, kde je v bodě 23. konstatováno, že není nutné, aby hrozící či vzniklá újma byla v námitkách vyjádřena konkrétní skutečností, a obecně postačuje poukaz na újmu, která objektivně hrozí, resp. že pro naplnění zákonných podmínek k podání návrhu je dostačující, když z celkového obsahu námitek a jejich logického vyznění vyplývají veškerá relevantní fakta a samotný slovní popis hrozící újmy je tak vyjádřen dostatečně. S ohledem na skutečnost, že navrhovatel (společnost ÚPM) podal nabídku v předcházejícím zadávacím řízení na stejný předmět plnění, avšak nyní s ohledem na poukazovaný diskriminační postup zadavatele v předmětném zadávacím řízení nabídku nepodal, vzhledem k tomu, že dodržel zákonné lhůty pro podání námitek i návrhu a konkrétně v nich popsal jeho pochybnosti o zákonnosti zadávacích podmínek, a současně s odkazem na závěry vyplývající z výše uvedeného pravomocného rozhodnutí, Úřad konstatuje, že v daném případě z postupu navrhovatele (resp. ÚPM), který si převzal zadávací dokumentaci k předmětné veřejné zakázce, logicky vyplývá zájem o účast v předmětném zadávacím řízení, a tudíž znemožněním podání nabídky s odkazem na nezákonný postup zadavatele mu hrozí újma plynoucí z absence v zadávacím řízení, resp. z eliminace možnosti získat předmětnou veřejnou zakázku. Ve vztahu k argumentaci vybraného uchazeče, že navrhovatel nesplňoval zadávací podmínky, a tudíž nebyl oprávněn k podání nabídky a tedy i námitek Úřad konstatuje, že proces posouzení splnění kvalifikace probíhá až v rámci zadávacího řízení a nelze tak odopírat dodavatelům právo k podání nabídky a tedy i námitek na základě

předběžných spekulací o jejich neúplné kvalifikaci k plnění veřejné zakázky. Z výše uvedených důvodů dospěl Úřad k závěru, že navrhovatel prokázal aktivní legitimaci k podání návrhu.

K vymezení místa plnění veřejné zakázky

23. Podle ustanovení § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
24. Zadavatel v bodu 4. 2 zadávací dokumentace uvedl, že místem plnění je území České republiky. V rámci vyjádření k návrhu ze dne 24.9.2010 zadavatel uvedl, že po něm nelze požadovat, aby místo plnění bylo odlišné od území České republiky, když v takovém případě by mu vznikaly neodůvodněné a neúměrné náklady související s přepravou vzorků k provedení analýzy do jiného státu a jelikož pravomoc zadavatele se vztahuje k území České republiky.
25. K uvedenému Úřad konstatuje, že při určení místa plnění veřejné zakázky je mimo jiné nezbytné vyvarovat se takových omezení, která by s ohledem na předmět veřejné zakázky mohla mít diskriminační dopad na potenciální dodavatele. V mnoha případech je místo plnění determinováno charakterem plnění, a tudíž jeho ohraničená lokalizace vyplývá z objektivních okolností. Z tohoto důvodu se Úřad především zabýval otázkou, zda v daném případě je povaha požadovaného plnění taková, že bylo ze své podstaty nutné místo plnění předmětu veřejné zakázky omezit na území České republiky.
26. V daném případě je dle bodu 4. 1 zadávací dokumentace předmětem plnění provádění laboratorních zkoušek a rozborů vzorků pohonných hmot, vypracovávání a vystavování zpráv o výsledcích provedených rozborů paliv formou zkušebního protokolu a inspekční zprávy, doručování zpráv o výsledcích provedených rozborů paliv, zajišťování skladování vzorků paliv a jejich likvidace, zajištění zpětného oběhu vzorkovnic pro další použití (vymytí, vysušení a předání vzorkovnic).
27. Takto specifikovaný předmět plnění nelze považovat za službu, která musí být pro účely plnění nezbytně spjata s územím České republiky, jelikož výstupy této služby (zprávy o provedených rozbořech), které jsou hlavním účelem požadovaného plnění, mohou být zadavateli poskytovány i z jiných zemí než je Česká republika. Finanční náročnost dopravního zajištění svozu vzorků, kterou zadavatel argumentuje ve svém vyjádření a čímž potvrzuje skutečnost, že vymezení území se vztahovalo pro celý předmět plnění, nelze považovat za objektivní a oprávněný důvod pro omezení místa plnění, jelikož takováto úvaha zcela opomíjí skutečnost, že využití zahraničního dodavatele může být v mnoha případech méně finančně nákladné, co se týká dopravních nákladů, než zajištění plnění společností, jejíž provozní zázemí se sice nachází na území České republiky, avšak v mnohem větší poměřované vzdálenosti.
28. Finanční náklady spojené s realizací předmětné veřejné zakázky je zadavatel oprávněn zohlednit v rámci hodnotících kritérií, avšak nikoliv při určování, resp. omezování místa plnění. K místní působnosti zadavatele Úřad konstatuje, že územní vymezení kompetencí zadavatele je pro definování místa plnění předmětu vykonávaného dodavatelem irelevantní, jelikož zadavateli je určena územní působnost ve vztahu ke sběru vzorků nikoliv však k provádění jejich laboratorních rozborů. Zadavatel ve výkonu svých pravomocí v této oblasti

není omezován v tom, zda si v rámci svých potřeb uzavře pro sjednané účely kontrakt se společností, jejíž provozní kapacity se nacházejí na území České republiky či mimo něj.

29. S ohledem na výše uvedené proto Úřad konstatuje, že se zadavatel tím, že pro účely zadávacího řízení stanovil jako místo plnění území České republiky, dopustil diskriminačního jednání vůči potenciálním dodavatelům schopným realizovat předmět veřejné zakázky, jejichž provozní zázemí se nenachází na tomto území, čímž došlo k porušení jedné ze zásad ust. § 6 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, neboť zadavatel svým postupem omezil okruh možných dodavatelů. Proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K možnosti navýšení nabídkové ceny a vymezení předmětu veřejné zakázky

30. Podle ustanovení § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.
31. V bodu 9. 2 zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že nabídková cena musí být v nabídce stanovena jako nejvýše přípustná částka za plnění veřejné zakázky a že nepřipouští žádné podmínky, za nichž by mohlo dojít k překročení nabídkové ceny bez DPH. V článku 2. 1 návrhu smlouvy zadavatel uvedl, že cena je stanovena jako nejvýše přípustná a lze ji překročit pouze v případě, že dojde v průběhu plnění zakázky na základě příslušných daňových předpisů ke změně výše sazby z přidané hodnoty, nebo v případě, kdy písemnou dohodou smluvních stran budou jednotlivé ceny uvedené v cenové nabídce upraveny.
32. V bodu 4. 1 zadávací dokumentace zadavatel vymezil, že předmětem plnění veřejné zakázky je provádění laboratorních zkoušek a rozborů vzorků pohonných hmot, vypracovávání a vystavování zpráv o výsledcích provedených rozborů paliv formou zkušebního protokolu a inspekční zprávy, doručování zpráv o výsledcích provedených rozborů paliv, zajišťování skladování vzorků paliv a jejich likvidace, zajištění zpětného oběhu vzorkovnic pro další použití (vymytí, vysušení a předání vzorkovnic). V článku 3. 6 návrhu smlouvy je uvedeno, že se smluvní strany dohodly, že v případě požadavku a dle dispozic objednatele se vykonavatel zavazuje zajistit jako jednu ze služeb ve smyslu této smlouvy přejímku a svoz vzorků vlastními dopravními prostředky a svými odborně způsobilými zaměstnanci podle předem písemně sjednaného harmonogramu.
33. Úřad uvádí, že zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem, na jehož základě dodavatelé zpracovávají své nabídky, proto zákon ukládá zadavateli vymezení prostřednictvím zadávací dokumentace veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky nezbytné k tomu, aby dodavatelé mohli zpracovat své nabídky. Význam kvality zpracování zadávací dokumentace lze spatřovat v tom, že dodavatelé na jejím základě mají podat vzájemně porovnatelné nabídky, které umožní zadavateli jejich hodnocení podle předem stanovených hodnotících kritérií. Zároveň musí zadávací dokumentace obsahovat požadavky a technické podmínky v takovém rozsahu, aby byla zadávací dokumentace úplná a správná, a zároveň aby byla jasná, srozumitelná, určitá a dostatečně podrobná tak, aby jakýkoliv potenciální dodavatel si po přečtení zadávací dokumentace dokázal udělat představu, co je předmětem veřejné zakázky, tj. aby zadavatel určil předpokládaný rozsah plnění veřejné zakázky tak, aby

uchazeči mohli v nabídkách uvést nabídkovou cenu ve vztahu k požadovanému objemu poskytovaných služeb a zadavatel mohl tuto cenu hodnotit.

34. V daném případě zadavatel ve vztahu k nabídkové ceně uvedl v zadávací dokumentaci jednak informaci, že nabídková cena musí být v nabídce stanovena jako nejvýše přípustná a že nepřipouští žádné podmínky, za nichž by mohlo dojít k překročení nabídkové ceny bez DPH. Současně v návrhu smlouvy uvedl, že lze nabídkovou cenu překročit pouze v případě, že dojde v průběhu plnění zakázky na základě příslušných daňových předpisů ke změně výše sazby z přidané hodnoty, nebo v případě, kdy písemnou dohodou smluvních stran budou jednotlivé ceny uvedené v cenové nabídce upraveny. Takto uvedené zadávací podmínky jsou ve zjevném rozporu, jelikož zadavatel v jedné části zadávací dokumentace nepřipouští změnu nabídkové ceny, avšak současně v jiné její části umožňuje za určitých podmínek změnu nabídkové ceny. S ohledem na tuto skutečnost Úřad konstatuje, že takovýto postup zadavatele je nutné označit za netransparentní, jelikož z předložených podkladů vyplývá, že zadavatel poskytl případným uchazečům nejasné informace ve vztahu k nabídkové ceně, přičemž výše nabídkové ceny se může odvíjet právě od možnosti jejích následných změn. Zadavatel svým postupem vytvořil prostředí pro různé výkladové možnosti a tím také pro předložení vzájemně neporovnatelných nabídek, jelikož někteří dodavatelé by nabídkovou cenu mohli nastavit s ohledem na možnost změny nabídkové ceny a někteří právě naopak. V této souvislosti je nutné také uvést, že ani uvedený způsob změny nabídkových cen není transparentní, jelikož neuvádí konkrétní mechanismus takovéto změny a ustanovení o možnosti změny i pouze na základě vzájemné dohody je nepřípustné. Zadavatel proto nepostupoval v souladu se zákonem, když v zadávací dokumentaci uvedl rozporuplné informace ve vztahu k nabídkové ceně a potenciálním dodavatelům tak neposkytl jednoznačné informace. Zadávací dokumentace tedy nabyla zpracována v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.
35. Ve vztahu k samotnému vymezení předmětu veřejné zakázky Úřad konstatuje, že i v tomto případě zadavatel neuvedl jednoznačné informace, jelikož v návrhu smlouvy je uvedeno, že se smluvní strany dohodly, že v případě požadavku a dle dispozic objednatele se vykonavatel zavazuje zajistit jako jednu ze služeb ve smyslu této smlouvy přejezdku a svoz vzorků vlastními dopravními prostředky a svými odborně způsobilými zaměstnanci podle předem písemně sjednaného harmonogramu, přičemž ve vymezení předmětu veřejné zakázky v bodu 4. 1 zadávací dokumentace takovéto plnění uvedeno není. Přestože zadavatel argumentuje tím, že před zahájením zadávacího řízení nebyl schopen uvést, zda toto plnění bude ze strany vybraného uchazeče požadováno, nelze akceptovat způsob, jakým zadavatel tuto skutečnost řešil. Z čl. 3. 6 návrhu smlouvy totiž jednoznačně vyplývá závazek vybraného uchazeče v případě požadavku zadavatele toto plnění zajistit, a proto nelze připustit výklad zadavatele, že neočekávaně vzniklé požadavky na toto plnění bude řešeno standardními způsoby (např. v jednacím řízení bez uveřejnění), jelikož z návrhu smlouvy vyplývá, že se vybraný uchazeč automaticky zavazuje k realizaci tohoto plnění v předem neurčeném rozsahu a za předem neurčených cenových podmínek. Takovýto postup zadavatele opět vytváří nepřezkoumatelné prostředí, kdy část předmětu veřejné zakázky není ve vztahu k určení nabídkové ceny zohledněna, a vzniká tak prostor pro následné netransparentní jednání zadavatele v průběhu realizace veřejné zakázky. V tomto ohledu nelze akceptovat ani argumentaci, že takovýto postup zadavatele nelze a priori označit za učiněný v rozporu se zákonem pokud k takovému netransparentnímu jednání následně nedojde. K této námitce

Úřad uvádí, že zadavatel je povinen uchazečům podat informace nezbytné pro zpracování nabídky, přičemž skutečnost, že akceptace návrhu smlouvy je v případě uzavření smlouvy zavazuje k plnění, které nebylo v předmětu plnění vymezeno, tento požadavek nenaplnuje a může vést k tomu, že potenciální dodavatelé z tohoto důvodu nabídku nepodají, což se stalo i v tomto případě. Současně Úřad dodává, že nejednoznačně vymezené zadávací podmínky mohou vést k podání neporovnatelných nabídek a i z tohoto důvodu je nutné takovýto postup zadavatele pojmát jako nepřijatelný.

36. S ohledem na výše uvedené proto Úřad konstatuje, že zadavatel při vymezení předmětu veřejné zakázky a způsobu stanovení nabídkové ceny nepostupoval v souladu s ust. § 44 odst. 1 zákona, jelikož v zadávací dokumentaci neuvedl údaje vymezující předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť zadavatel svým postupem mohl omezit okruh možných dodavatelů, kteří by byli schopni splnit předmět veřejné zakázky. Proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K prokazování kvalifikačních předpokladů

37. Podle ust. § 56 odst. 2 písm. e) zákona může veřejný zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby požadovat osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci dodavatele nebo vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení a osob odpovědných za poskytování příslušných služeb.
38. Zadavatel v bodě 7. 6 zadávací dokumentace uvedl, že technické kvalifikační předpoklady splní uchazeči mimo jiné předložením osvědčení o akreditaci zkušební laboratoře či případně dokladem o podání žádosti o akreditaci.
39. K uvedenému Úřad konstatuje, že takovýto postup zadavatele, kdy navázal předložením osvědčení o akreditaci až na výběr nejvhodnější nabídky, resp. realizaci veřejné zakázky, lze připustit, jelikož tato podmínka je v daném případě vhodně upravena ve smluvních podmínkách (nepředložení akreditace je důvodem pro odstoupení od smlouvy) a zadavatel tak nikoho neomezil, nýbrž naopak připustil i ty dodavatele, kteří osvědčení teprve získávají.

Uložení nápravného opatření

40. Dle ustanovení § 118 odst. 1 zákona uloží Úřad nápravné opatření tím, že zruší zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, jinak řízení zastaví.
41. Úřad v průběhu správního řízení zjistil, že zadavatel nedodržel při zadávání výše uvedené veřejné zakázky postup podle § 6 a § 44 odst. 1 zákona, jelikož diskriminačním způsobem omezil místo plnění a nezpracoval zadávací dokumentaci v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.
42. Nedodržení zákonem stanoveného postupu ze strany zadavatele mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, jelikož nelze vyloučit skutečnost, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a řádně vymezil podmínky zadání, mohl obdržet i nabídky jiných uchazečů.

43. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a nezákonný postup uvedený pod bodem I. výroku rozhodnutí mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, rozhodl Úřad o zrušení zadávacího řízení, jak je uvedeno pod bodem II. výroku tohoto rozhodnutí.
44. Úřad dále uvádí, že při rozhodování podle § 118 odst. 1 zákona ve znění pozdějších předpisů je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad zadávacího řízení, tj. zásady transparentnosti, stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil již při stanovení zadávacích podmínek, musel Úřad zrušit celé zadání veřejné zakázky.
45. Pro úplnost Úřad uvádí, že podle § 84 odst. 7 zákona zadavatel odešle oznámení o zrušení zadávacího řízení k uveřejnění v informačním systému podle § 157 do 3 dnů ode dne přijetí rozhodnutí; tato povinnost neplatí pro jednací řízení bez uveřejnění a řízení na základě rámcové smlouvy. Dále je zadavatel podle § 84 odst. 8 zákona povinen doručit písemné oznámení o zrušení zadávacího řízení do 5 dnů ode dne přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu. Podle § 84 odst. 9 zákona zruší-li zadávací řízení Úřad, užití se odstavce 7 a 8 obdobně, přičemž lhůty počínají běžet ode dne nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu.
46. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

Náklady řízení

47. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
48. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím došlo ke zrušení celého zadávacího řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
49. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 3031050001.

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 – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný

účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Toto rozhodnutí bylo potvrzeno druhostupňovým rozhodnutím č. j. ÚOHS-206/2010/VZ-9899/2011/310-ASc. Obě rozhodnutí nabyla právní moci dne 24.6.2011.

Obdrží:

1. JUDr. Pavel Musil, advokát, KMVS, advokátní kancelář s.r.o., Hellichova 458/1, 118 00 Praha 1
2. Mgr. Bc. Jiří Podpěra, advokát, Spálená 14, 110 01 Praha 1
3. Institut pro testování a certifikaci, a.s., tř. T. Bati 299, 764 21 Zlín - Louky

Na vědomí:

1. Česká obchodní inspekce, Štěpánská 567/15, 120 00 Praha 2
2. SGS Czech Republic, s.r.o., K Hájům 1233/2, 15500 Praha 5

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy