

Čj. S062/2007-10630/2007/510-IF

V Brně 31. května 2007

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný 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., ve správním řízení zahájeném dne 19.2.2007 na základě návrhu ze dne 16.2.2007, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – město Bechyně, IČ 00252069, se sídlem nám. T. G. Masaryka č. 2, 391 65 Bechyně, zastoupené Mgr. Jaroslavem Matějkou, starostou
- uchazeč – společnost Tangenta – B, s. r. o., Dobrovodská 130, 370 06 České Budějovice, za niž jedná Ing. Pavel Kubáň, jednatel, v řízení před správním orgánem zastoupená na základě plné moci ze dne 8.6.2004 JUDr. Pavlínou Pomijovou, advokátkou, se sídlem Riegrova 2668/6c, 370 01 České Budějovice,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele města Bechyně učiněných při zadávání veřejné zakázky „Dostavba ZŠ Libušina ulice č.p. 164 v Bechyni“ nedatovanou výzvou, která byla zájemcům doručena v lednu 2004, po nabytí právní moci rozhodnutí č.j. VZ/S120/04-153/4068/04-Gar ze dne 28.7.2004, které bylo potvrzeno rozhodnutím č.j. 2R70/04/06-Šp ze dne 22.3.2006,

rozhodl takto:

Návrh uchazeče Tangenta – B, s. r. o., ze dne 16.2.2007 se podle § 60 písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách, zamítá, jelikož Úřad pro ochranu hospodářské soutěže neshledal porušení cit. zákona o veřejných zakázkách.

Odůvodnění

Město Bechyně, zast. starostou Jaroslavem Matějkou, IČ 00252069, se sídlem nám.T. G. Masaryka 2, 391 65 Bechyně (dále jen „zadavatel“), zadalo formou nedatované výzvy k podání nabídky více zájemcům o veřejnou zakázku „Dostavba ZŠ Libušina ulice č. p. 164 v Bechyni“, která byla adresátům doručena na začátku ledna 2004, podle ustanovení § 49 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. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon“).

Jak vyplývá z předložené dokumentace, zadavatel obdržel celkem pět nabídek a dne 3.3.2004 vybral jako nejvhodnější nabídku uchazeče Tangenta – B, s. r. o., se sídlem Dobrovodská 130, 370

06 České Budějovice, za niž jedná Ing. Pavel Kubáň, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 8.6.2004 advokátkou JUDr. Pavlínou Pomijovou, se sídlem Riegrova 2668/6c, 370 01 České Budějovice (dále jen „navrhovatel“). Dopisem ze dne 31.3.2004 pak zadavatel oznámil navrhovateli, že dne 29.3.2004 rada města na svém jednání rozhodla, že s ním nebude uzavřena smlouva na realizaci předmětu veřejné zakázky a bude vypsáno nové výběrové řízení. Proti uvedenému rozhodnutí podal navrhovatel dne 5. 4. 2004 faxem námítky, které následně doručil i v písemné podobě. Po přezkoumání podaných námitek rozhodl zadavatel dne 6.4.2004 o zrušení zadání veřejné zakázky podle ust. § 66 odst. 1 písm. b) zákona z důvodu změny podstatných okolností, za nichž byla veřejná zakázka zadána a které nemohl zadavatel předvídat, ani je nezpůsobil. Za tyto okolnosti považoval zadavatel podstatné zvýšení nákladů na realizaci akce v důsledku změny zákonné sazby DPH u stavebních prací. Rozhodnutí o námitkách pak zadavatel oznámil navrhovateli dopisem ze dne 19.4.2004, který navrhovatel obdržel dne 22.4.2004 a ve kterém chybělo poučení o možnosti podat návrh na přezkoumání uvedeného rozhodnutí zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“). Navrhovatel svého práva využil a návrh ze dne 22. 4. 2004 označený jako „Námítky proti úkonům zadavatele“ ve lhůtě dne 28.4.2004 k orgánu dohledu podal.

Orgán dohledu podání navrhovatele posoudil jako podnět k přezkoumání postupu zadavatele, což navrhovateli oznámil dopisem ze dne 30.4.2004. Následně pak navrhovateli i zadavateli zaslal dopisem ze dne 31.5.2004 vyrozumění o výsledku šetření, ve kterém se konstatuje, že zadavatel ve výzvě více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky z ledna 2004 neuvedl možnost změny nabídkové ceny v důsledku změny DPH. Nabídka navrhovatele však obsahuje v rozporu s podmínkami zadání návrh smlouvy upravující změnu nabídkové ceny v závislosti na změně DPH, a tedy pokud by zadavatel s navrhovatelem jako vybraným uchazečem uzavřel smlouvu o dílo na plnění předmětu veřejné zakázky, dopustil by se porušení zákona, neboť zákon neumožňuje uzavřít smlouvu s uchazečem, jehož nabídka měla být vyřazena. V postupu zadavatele, který neuzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, jehož nabídka měla být vyřazena, tak orgán dohledu neshledal porušení zákona.

Dne 15.6.2004 doručil navrhovatel předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže „Žádost o přezkoumání postupu“, na základě které orgán dohledu překvalifikoval podání navrhovatele ze dne 22.4.2004 jako návrh a ke dni jeho doručení, tedy ke dni 28.4.2004, bylo ve věci zahájeno správní řízení, jehož účastníky byli zadavatel a navrhovatel.

Navrhovatel ve svém návrhu mimo jiné uvedl, že zadavatel v návrhu smlouvy o dílo požadoval ustanovení, kterým se navrhovatel jako zhotovitel zaváže k pevné ceně DPH i v případě, že v průběhu realizace veřejné zakázky dojde k případné změně DPH. Toto ustanovení navrhovatel neakceptoval, neboť bylo dle jeho názoru v přímém rozporu s ustanovením § 53 zákona č. 588/1992 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů, a navrhovatel na tento rozpor ve své nabídce předem upozorňoval. Dle názoru navrhovatele není možné změnu DPH uznat jako důvod podstatné změny okolností, za nichž byla veřejná zakázka zadána, neboť připravovaná změna DPH u stavebních prací byla dlouhodobě známa na základě přístupových rozhovorů ČR s EU.

Zadavatel ve svém vyjádření k zahájení správního řízení ze dne 8.7.2004 uvedl, že podání navrhovatele ze dne 22.4.2004 nemůže být považováno za návrh, protože v něm není uvedeno, proti kterému úkonu zadavatele návrh směřuje, v čem je spatřováno porušení zákona a čeho konkrétního se navrhovatel domáhá. Zadavatel dále uvedl, že jeho rozhodnutí ze dne 19.4.2004 nebylo rozhodnutím o námitkách ve smyslu ustanovení § 56 zákona, ale jednalo se o rozhodnutí o zrušení zadání veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 66 odst. 1 písm. b) zákona z důvodu zvýšení zákonné sazby DPH u stavebních prací na 19 %. Zadavatel uvedl, že v době, kdy byla zakázka zadána, nemohl předvídat tak podstatnou změnu sazby DPH, neboť diskuze o DPH byly velmi rozsáhlé, neurčité a hlavně velké množství nejrůznějších návrhů činilo do posledního okamžiku situaci s DPH značně nepřehlednou.

Dne 28.7.2004 vydal orgán dohledu rozhodnutí č.j. VZ/S120/04-153/4068/04-Gar, kterým

konstatoval porušení ustanovení § 56 odst. 5 zákona tím, že zadavatel zrušil zadání veřejné zakázky poté, kdy navrhovatel podal námitky proti rozhodnutí zadavatele ze dne 31.3.2004 o tom, že s navrhovatelem nebude uzavřena smlouva o dílo a bude vypsáno nové výběrové řízení. Orgán dohledu proto uložil zadavateli zrušit rozhodnutí o zrušení zadání veřejné zakázky ze dne 6.4.2004 podle § 60 písm. b) zákona.

V odůvodnění svého rozhodnutí orgán dohledu uvedl, že podle ustanovení § 56 odst. 5 zákona před uplynutím lhůty pro podání námitek, a jsou-li námitky podány včas, nesmí zadavatel činit žádné úkony směřující k dokončení zadání veřejné zakázky. Navrhovatel podal námitky dne 6.4.2004 faxem, které poté zadavatel obdržel i poštou. Zadavatel tím, že dne 6.4.2004 rozhodl o zrušení zadání veřejné zakázky, a tedy učinil úkon směřující k dokončení zadání veřejné zakázky, dopustil se porušení ustanovení § 56 odst. 5 zákona. K argumentaci zadavatele, že podání navrhovatele nelze považovat za návrh, orgán dohledu uvedl, že ačkoliv bylo rozhodnutí zadavatele ze dne 19.4.2004 doručeno navrhovateli až po zákonem požadované desetidenní lhůtě a neobsahovalo poučení o možnosti podat návrh, je nutné jej považovat za rozhodnutí o námitkách, které navrhovatel podal v souladu se zákonem, neboť jiné rozhodnutí o námitkách navrhovatel neobdržel. Orgán dohledu také uvedl, že zadavatel má povinnost po zrušení rozhodnutí o zrušení zadání veřejné zakázky dokončit zadávací proces, a to tak, že buď uzavře smlouvu s vybraným uchazečem nebo vydá nové rozhodnutí o zrušení zadání veřejné zakázky podle ustanovení § 66 odst. 1 písm. b) zákona.

Proti uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 10.9.2004 rozklad, ve kterém poukazuje na původní stanovisko orgánu dohledu ze dne 4.6.2004 a uvádí, že jeden z nabízených způsobů dokončení zadávacího procesu by pro zadavatele znamenal závažné porušení zákona, neboť by uzavřel smlouvu s uchazečem, který předložil nabídku v rozporu se zadáním veřejné zakázky – tj. nabídku obsahující změnu nabídkové ceny v závislosti na změně DPH. Zadavatel se tedy dle svého názoru dopustil porušení zákona, když tuto nabídku (jež měla být vyloučena) vybral jako nejvhodnější. Toto své pochybení sice napravil tím, že následně rozhodl o neuzavření smlouvy s navrhovatelem, avšak k tomuto rozhodnutí jej vedla především skutečnost, že nemohl akceptovat nabídku, která v konečném důsledku znamenala podstatné zvýšení nabídkové ceny v důsledku změny zákona o DPH. Proto postupoval podle ustanovení § 66 odst. 1 písm. b) zákona a z toho, že toto ustanovení zákona zakotvuje povinnost (nikoliv právo) zadavatele zrušit zadání veřejné zakázky, jsou-li naplněny důvody podle tohoto ustanovení zákona, současně dovodil, že podání námitek není důvodem k odložení přijetí takového rozhodnutí a rozhodl o zrušení zadání veřejné zakázky. Pokud by orgán dohledu nepovažoval tento závěr za správný, pak se zadavatel zamýšlí nad správným způsobem ukončení zadávacího procesu, když uzavření smlouvy s navrhovatelem jednoznačně vylučuje i na základě názoru orgánu dohledu. Jako jednu z možností uvádí navrhovatel i zrušení zadání veřejné zakázky orgánem dohledu podle ustanovení § 60 písm. b) zákona.

Dne 22.10.2004 vydal předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže rozhodnutí, č.j. 2R/70/04-Hr, kterým změnil výrok prvostupňového rozhodnutí tak, že návrh navrhovatele se podle § 59 písm. b) zákona zamítá a rozhodnutí zadavatele ze dne 6.4.2004 o zrušení veřejné zakázky se potvrzuje, neboť bylo učiněno v souladu s posledně citovaným zákonem.

V odůvodnění druhostupňového rozhodnutí bylo konstatováno, že vztah zákonných ustanovení § 56 odst. 5 zákona a § 66 odst. 1 zákona je vzájemně kolidující, a proto je nutné jejich rozpor vyřešit za pomoci výkladového pravidla „*lex posterior derogat priori*“ (právní norma s pozdější platností má přednost před právní normou dřívější), a to nikoli z hlediska časového, ale také s ohledem na pořadí právní normy v zákonném textu. Rozpor citovaných ustanovení zákona byl ve druhostupňovém rozhodnutí řešen také za pomoci výkladu zákona dle jeho účelu. Podle tohoto výkladu zákonodárce předpokládal, že mohou nastat určité mimořádné okolnosti, za kterých není možné, případně účelné či hospodárné, dále pokračovat v zadávání veřejné zakázky. Pro tyto případy pak zákon stanovil povinnost zadavatele zadání veřejné zakázky zrušit. Jak bylo dále ve druhostupňovém rozhodnutí řečeno, již v době zadání veřejné zakázky, tedy v lednu 2004, sice bylo zřejmé, že dojde ke změnám sazby DPH, avšak není možné po zadavateli požadovat, aby při svém

jednání predikoval podobu budoucí právní úpravy. Zvýšení sazby DPH u stavebních prací na 19 % lze považovat za podstatnou změnu okolností, za kterých byla veřejná zakázka zadávána.

Proti druhostupňovému rozhodnutí podal navrhovatel dne 22.12.2004 žalobu ke Krajskému soudu v Brně, kterou se domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, č.j. 2R 70/04-Hr.

Uvedenou žalobu shledal Krajský soud v Brně jako důvodnou, a to rozsudkem ze dne 29.12.2005, č.j. 31 Ca 126/2004. Tímto rozsudkem zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 22.10.2004, č.j. 2R 70/04-Hr, a věc vrátil orgánu dohledu k dalšímu řízení. Při rozhodování o rozkladu podaném zadavatelem předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže rozhodoval v souladu s výše citovaným rozsudkem.

V odůvodnění rozsudku Krajský soud v Brně uvedl, že za podmínek, kdy byly zadavateli včas doručeny námitky proti jakémukoli jeho úkonu, byl zadavatel povinen zdržet se až do konečného vyřešení těchto námitek nejen úkonů směřujících k zadání veřejné zakázky či uzavření smlouvy, ale též úkonu, kterým by zadání veřejné zakázky bylo zrušeno. Zadavatel pochybil, pokud nevyčkal do doby, než budou tyto námitky vyřízeny některým ze způsobů předpokládaných ustanovením § 56 odst. 1 a 2 zákona a rozhodl o zrušení veřejné zakázky ve smyslu § 66 odst. 1 písm. b) zákona. Z tohoto důvodu se Krajský soud v Brně ztotožnil i s uloženým opatřením k nápravě podle ustanovení § 60 písm. b) zákona.

V odůvodnění rozsudku o žalobě se dále Krajský soud v Brně zabývá tvrzenou kolizí zákonných ustanovení § 56 odst. 5 a § 66 odst. 1 zákona. Dle jeho názoru nelze z citovaných ustanovení dovodit jakoukoli kolizi, ani uvedená ustanovení nejsou ve vztahu speciality. Z dikce § 66 odst. 1 zákona nelze dovodit, že by se mělo jednat o postup, který nepodléhá obecnému pravidlu uvedenému v § 56 odst. 5 zákona, a to ani za použití zásady *lex posterior derogat priori*. Navíc je pojmově vyloučeno tuto zásadu aplikovat v rámci jednoho znění právní normy s odkazem na pouhé číselné řazení právních norem v textu.

Na základě rozsudku Krajského soudu v Brně č.j. 31 Ca 126/2004 ze dne 29.12.2005 rozhodl předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže tak, že potvrdil prvostupňové rozhodnutí č.j. VZ/S120/04-153/4068/04-Gar ze dne 28.7.2004 a rozklad zadavatele zamítl.

Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v odůvodnění svého rozhodnutí č.j. 2R70/04/06-Šp mimo jiné uvedl následující.

Proti jakémukoli úkonu zadavatele (s výjimkami uvedenými v § 54 zákona) může uchazeč (vyjma případů uvedených v § 53 odst. 2 zákona) podat námitky, má-li za to, že těmito úkony byl porušen zákon o zadávání veřejných zakázek. Zmiňované ustanovení přitom nerozlišuje, o jaký druh úkonu jde, tedy jde-li o rozhodnutí zadavatele, či úkon jiné povahy. Podle ustanovení § 56 odst. 1, věty první zákona, o oprávněnosti těchto námitek rozhoduje v případě obcí jejich starosta, který buď rozhodne o nápravě, nebo těmito námitkám nevyhoví, o čemž je povinen uchazeče vyrozumět a poučit ho o možnosti přezkoumání rozhodnutí zadavatele u orgánu dohledu.

Podáním námitek navrhovatelem dopisem ze dne 5.4.2004 proti rozhodnutí zadavatele ze dne 31.3.2004, kterým bylo navrhovateli zadavatelem sděleno, že s ním nebude uzavřena smlouva o dílo a bude vypsáno nové výběrové řízení, byly naplněny podmínky ustanovení § 56 odst. 5 věty první, tedy námitky byly navrhovatelem podány včas. Nejenže nebyly námitky navrhovatele vyřízeny zadavatelem v rámci zákonem stanovené desetidenní lhůty, na základě čehož bylo poté Úřadem za vyřízení námitek považováno zadavatelovo sdělení, resp. „Rozhodnutí rady města Bechyně ze dne 19.4.2004 označené jako Zrušení zadání veřejné zakázky na akci dostavba základní školy čp. 164 v Bechyni“, ale navíc toto sdělení zadavatele neobsahovalo v souladu s ustanovením § 56 odst. 2 zákona poučení o možnosti podat do deseti dnů návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a dále bylo navrhovateli tímto sdělením dáno bez dalšího

na vědomí, že se předmětná veřejná zakázka ruší. Za podmínek, kdy byly zadavateli včas doručeny námitky proti jakémukoli jeho úkonu (v tomto případě námitky proti rozhodnutí ze dne 31.3.2004, kterým bylo navrhovateli sděleno, že s ním nebude uzavřena smlouva o dílo), byl zadavatel povinen zdržet se až do konečného vyřešení těchto námitek nejen úkonů směřujících k zadání veřejné zakázky či uzavření smlouvy, ale též úkonu, kterým by zadání veřejné zakázky bylo zrušeno. Zadavatel pochybil, pokud při existenci včas podané námítky navrhovatele proti jeho úkonu ze dne 31.3.2004 nevyčkal do doby, než budou tyto námitky vyřízeny některým ze způsobů předpokládaných ustanovením § 56 odst. 1 a 2 zákona a rozhodl o zrušení veřejné zakázky ve smyslu § 66 odst. 1 písm. b) zákona. Z tohoto důvodu se předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ztotožnil i s uloženým opatřením k nápravě podle ustanovení § 60 písm. b) zákona. Rozhodnutí č.j. 2R70/04/06-Šp ze dne 22.3.2006 nabylo právní moci dne 24.3.2006.

Na základě rozhodnutí č.j. 2R70/04/06-Šp ze dne 22.3.2006 rozhodl zadavatel o námitkách ze dne 5.4.2004 rozhodnutím č.j. BE/443/07/MA/Hr-01 ze dne 7.2.2006, kterým námitkám nevyhověl.

Dne 19.2.2007 obdržel orgán dohledu návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele ze dne 16.2.2007 a tímto dnem bylo podle § 57 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

Návrh směřuje proti rozhodnutí zadavatele č.j. BE/443/07/MA/Hr-01 ze dne 7.2.2007, které bylo uchazeči doručeno dne 9.2.2007. Tímto rozhodnutím zadavatel rozhodl tak, že námitkám navrhovatele proti úkonům zadavatele ze dne 29.3.2004 (rozhodnutí rady Města Bechyně ze dne 29.3.2004) nevyhovuje.

Navrhovatel již v přecházejícím řízení, které probíhalo u orgánu dohledu i Krajského soudu v Brně a kterým se domáhal nápravy nezákonného rozhodnutí zadavatele, namítal nesprávnost a nezákonnost úkonů zadavatele po věcné stránce. Orgány rozhodující o opravných prostředcích uchazeče se však ve svých rozhodnutích věcnou stránkou nezabývaly a omezovaly se na hodnocení úkonů zadavatele pouze po stránce procesní.

Navrhovatel trvá na tom, že rozhodnutí zadavatele o tom, že s vybraným uchazečem nebude podepsána smlouva o dílo a bude vypsáno nové výběrové řízení, nemá oporu v zákoně o zadávání veřejných zakázek. Důvody uváděné zadavatelem v rozhodnutí ze dne 7.2.2007 nelze podřazovat pod ustanovení § 66 odst. 1 písm. b) zákona, tedy kvalifikovat je jako okolnost, kterou zadavatel nemohl předvídat a mohla by tak být důvodem pro zrušení zadání veřejné zakázky.

Navrhovatel odkazuje na obsah námitek ze dne 5.4.2004, jakož i obsah podání ze dne 22.4.2004, které zaslal orgánu dohledu v předchozím řízení ve věci přezkumu tohoto výběrového řízení, kde zdůrazňoval, že oznámení rozhodnutí rady města ze dne 29.3.2004 je v rozporu s § 49 odst. 1 zákona. Zadavatel si v dokumentaci k výběrovému řízení nevyhradil žádná práva, zejména neuzavřít smlouvu o dílo bez udání důvodu se žádným z uchazečů. To znamená, že pokud si toto právo nevyhradil, platí rozhodnutí zadavatele o výsledku výběrového řízení a je povinen uzavřít smlouvu o dílo s uchazečem, který podal ekonomicky nejvhodnější nabídku.

K věcné stránce pak navrhovatel uvádí, že zadavatel ve své výzvě k podání nabídky stanovil, že výsledná cena zakázky bude tvořena součtem cen I. a II. etapy s přiřazením příslušných DPH k jednotlivým etapám. Etapy byly plánovány tak, že I. etapa bude zahájena v 04/2004 a ukončena v 11/2004, II. etapa pak zahájena v 04/2005 a ukončena v 11/2005. Požadavek zadavatele na přiřazení příslušných DPH bylo možno realizovat pouze tak, jak to v návrhu smlouvy učinil uchazeč, neboť již v době zahájení výběrového řízení bylo obecně známou skutečností, že v závislosti na novele zákona o DPH, účinné od 1.5.2004, dojde k pohybu sazby DPH. Uchazeč učinil vůči zadavateli nabídku s tím, že odloží splatnost částky, která přesahuje výši DPH platné před novelou, na období následujícího roku jako bezúročný dodavatelský úvěr tak, aby tato částka mohla být předmětem městského rozpočtu až na další rok. Tato nabídka zůstala ze strany zadavatele

neakceptována.

Navrhovatel trvá na tom, že změnu sazby daně z přidané hodnoty nelze považovat za podstatnou změnu okolností tak, jak má na mysli ust. § 66 odst. 1 písm. b) zákona. Změna daňového zákona byla dopředu dostatečně avizována a již v době zadávání veřejné zakázky, tedy na přelomu roku 2003 a 2004, si musel být zadavatel vědom, že k zdanitelnému plnění zakázky, jejíž realizace je plánována na tak dlouhý časový úsek, tedy až do listopadu roku 2005, dojde již za účinnosti nových daňových zákonů. Již v návrhu smlouvy, který výběrová komise měla k dispozici a na základě kterého byl žalobce vybrán jako nejvhodnější uchazeč, bylo článku IV. pod bodem 2. zakotveno ujednání, že k ceně díla bude připočítána daň ve výši odpovídající zákonné sazbě této daně v době zdanitelného plnění. Pokud zadavatel namítal, že v zadání veřejné soutěže neuvedl možnost změny nabídkové ceny v závislosti na změně DPH, a že tedy nabídka žalobce obsahující takové ujednání měla být pro rozpor se zadávacími podmínkami ze soutěže vyloučena, nezakládá se toto tvrzení na pravdě. Zadávací podmínky byly jasně vymezeny: „Výsledná cena zakázky bude tvořena součtem cen I. a II. etapy s přiřazením příslušných DPH k jednotlivým etapám.“ Taková formulace již sama o sobě ale počítá s pohybem výše DPH, neboť dle etap má být přiřazena příslušná sazba daně. I na této formulaci je patrné, že zadavatel již v této době byl obeznámen s tím, že sazba daně se bude v souvislosti se vstupem České republiky do Evropské unie měnit.

Zadavatel se vyjádřil k návrhu dopisem ze dne 5.3.2007, jehož obsahem je zdůvodnění vyřízení námitek, které podal navrhovatel dne 5.4.2004. Zadavatel tyto námitky ze dne 5.4.2004 vyřídil tak, že jim nevyhověl rozhodnutím č.j. BE/443/07/MA/Hr-01 ze dne 7.2.2007, když v odůvodnění uvedl, že rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R/70/04/06-Šp ze dne 22.3.2006 bylo potvrzeno rozhodnutí č.j. VZ/S120/04-153/4068/04-Gar ze dne 28.7.2004, podle něhož město Bechyně, jako zadavatel veřejné zakázky „Dostavba ZŠ Libušina ulice čp. 164 v Bechyni“ pochybil, když při existenci včas podané námítky uchazeče – společnosti TANGENTA-B, spol. s r. o. proti úkonu zadavatele ze dne 29.3.2004 nevyčkal do doby, než budou tyto námitky vyřízeny některým ze způsobů předpokládaných ustanovení § 56 odst. 1 a 2 zákona a rozhodl o zrušení veřejné zakázky ve smyslu ust. § 66 odst. 1 písm. b) zákona. Z tohoto důvodu v souladu s ust. § 56 zákona přezkoumal zadavatel oprávněnost podaných námitek a dospěl k závěru, že námitkám nelze vyhovět.

Ke svému rozhodnutí o námitkách uvádí zadavatel následující. Rada města Bechyně rozhodla na své schůzi dne 29.3.2004 o tom, že s navrhovatelem nebude uzavřena smlouva o dílo a že bude vypsáno nové výběrové řízení. Důvodem byla skutečnost, že navrhovatel předložil návrh smlouvy o dílo, který nebyl zadavatelem akceptovatelný. V návrhu smlouvy o dílo bylo zakotveno právo uchazeče na zvýšení ceny za dílo proti ceně nabídnuté, a to o daň z přidané hodnoty, která bude k ceně připočtena ve výši aktuální v době zdanitelného plnění. Možnost zvýšení ceny za dílo zadavatel v zadání veřejné zakázky, ale nepřipustil. Navrhovatel zvítězil v předmětném výběrovém řízení s cenou za dílo v celkové výši 31 080 208,- Kč včetně DPH. V zadání výběrového řízení nebyla uvedena jakákoliv možnost zvyšování nabídnuté ceny za dílo. Zadavatel proto požadoval ve smlouvě o dílo ujednání o tom, že cena za dílo ve sjednané výši bude konečná a nebude se zvyšovat, a to ani v důsledku zvýšení DPH. Zadavatel se domnívá, že tento jeho požadavek nebyl v rozporu se zákonem.

Zadavatel zdůrazňuje, že v době jednání o uzavření smlouvy o dílo s uchazečem, bylo jisté, že DPH se podstatně zvýší, čímž dojde k podstatnému zvýšení ceny za dílo. Na požadavek zadavatele navrhovatel nepřistoupil, neboť pro něj nebyl akceptovatelný.

Zadavatel opětovně upozorňuje na „vyrozumění o přešetření podnětu“, č.j. VZ/P61/04-153/2645/04-Gar ze dne 4.6.2004 (doručen zadavateli dne 14.6.2004). Toto vyrozumění orgánu dohledu je velmi podstatné a pro zadavatele a jeho postup ve výběrovém řízení zcela zásadní, a to z toho důvodu, že tímto dopisem orgán dohledu reagoval na námitky uchazeče proti rozhodnutí o zrušení zadání veřejné zakázky a odmítnutí uzavření smlouvy o dílo. Po přezkoumání předmětného případu orgán dohledu konstatuje, že v postupu zadavatele neshledal porušení zákona a další šetření

v předmětné záležitosti již vedeno nebude.

Zadavatel se rovněž vyjádřil k návrhu na přezkoumání rozhodnutí zadavatele dopisem ze dne 5.3.2007, ve kterém uvádí mimo jiné, že orgán dohledu ve svém rozhodnutí ze dne 28.7.2004 „naznačil i postup zadavatele tj. rozhodnout o námitkách a poté dokončit zadávací proces, tedy uzavřít smlouvu o dílo nebo zrušit zadání podle ust. § 66 odst. 1 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek“. V této době ovšem zadavatel nemohl změnit svůj postup tak, aby zmíněnému názoru vyhověl. Uzavření smlouvy o dílo s navrhovatelem na základě výběrového řízení nebylo možné, protože v té době měl již uzavřenou smlouvu o dílo z následného výběrového řízení.

Zadavatel ve svém dopise ze dne 18.5.2007 předložil usnesení č. 127/8-07 R ze dne 16.5.2007, kterým zadavatel ruší v souladu s rozhodnutím č.j. VZ/S12004-153/4068-Gar ze dne 28.7.2004, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. 2R 70/04/06-ŠP ze dne 22.3.2006 své usnesení č. 143/10-04 ze dne 6.4.2004, kterým bylo rozhodnuto o zrušení zadání veřejné zakázky na akci „Dostavba ZŠ čp. 164 Libušina ul. v Bechyni“.

Účastníky správního řízení podle § 58 zákona jsou:

- zadavatel,
- uchazeč Tangenta – B. , s. r. o.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu jeho účastníkům dopisem č.j. S062/2007-07847/2007/510-IF ze dne 18.4.2007.

Současně orgán dohledu usnesením č.j. S062/2007-07848/2007/510-IF ze dne 18.4.2007 stanovil účastníkům řízení podle § 36 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., lhůtu ve které jsou účastníci řízení oprávněni navrhopat důkazy a činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko. Dále orgán dohledu stanovil účastníkům řízení lhůtu podle § 36 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., v návaznosti na § 39 odst. 1 zákona, ve které se mohou vyjádřit k podkladu rozhodnutí.

Ve stanovené lhůtě ani později se zadavatel ani navrhovatel ke správnímu řízení nevyjádřili.

Orgán dohledu přezkoumal na základě ustanovení § 57 zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech dostupných podkladů, zejména dokumentů předložených zadavatelem i uchazečem, prvostupňového a druhostupňových rozhodnutí orgánu dohledu, rozhodnutí soudu a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

Podle § 66 odst. 1 zákona je zadavatel povinen zadání veřejné zakázky zrušit, aniž by si toto právo vyhradil v podmínkách zadání veřejné zakázky, kromě důvodů stanovených v § 34 odst. 6 zákona a v § 48 odst. 1 zákona, jestliže

- a) odmítne smlouvu uzavřít uchazeč umístěný ve třetím pořadí nebo neuzavře smlouvu v době, po kterou je svou nabídkou vázán,
- b) v důsledku podstatné změny okolností, za nichž byla veřejná zakázka zadána, které nemohl zadavatel předvídat ani je nezpůsobil, pomínuly důvody pro pokračování veřejné zakázky
- c) v soutěžní lhůtě není podána žádná nabídka.

Podle § 56 odst. 5 zákona před uplynutím lhůty pro podání námitek, a jsou-li podány včas, nesmí zadavatel činit žádné úkony směřující k dokončení zadání veřejné zakázky ani uzavřít smlouvu, ani zadání veřejné zakázky zrušit. Podání námitek je povinen oznámit všem uchazečům. Uchazečům se prodlužuje zadávací lhůta nebo lhůta, po kterou jsou uchazeči svými nabídkami vázáni, až do vyřízení námitek.

Podle § 49 odst. 4 zákona výzva k podání nabídky podle ust. § 49 odst. 1 nebo 2 zákona

musí shodně pro všechny zájemce obsahovat plnění veřejné zakázky, požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů (§ 2b zákona), způsob hodnocení nabídek (§ 6 zákona), lhůtu, po kterou jsou vymezení uchazeči svými nabídkami vázáni. Podle § 49 odst. 5 zákona zadavatel může ve výzvě podle odstavce 1 nebo 2 zákona stanovit další požadavky, které musí být shodné pro všechny zájemce. Mezi tyto požadavky lze rovněž zahrnout přípuštění možnosti změnit nabídkovou cenu např. v důsledku změny DPH. Vzhledem k tomu, že zadavatel možnost změny nabídkové ceny v důsledku změny DPH výslovně neuvedl, nelze považovat návrh změny nabídkové ceny v souvislosti se změnou DPH oproti stanoveným podmínkám zadání veřejné zakázky za přípustný.

Nabídka navrhovatele obsahuje v návrhu smlouvy o dílo v čl. IV. Cena díla, bod 2.: „zhotovitel jako plátcem daně z přidané hodnoty připočítává k ceně díla daň ve výši odpovídající zákonné sazbě této daně v době zdanitelného plnění.“ Z výše uvedeného vyplývá, že nabídka jmenovaného uchazeče předpokládá změnu nabídkové ceny, aniž by zadavatel v zadání veřejné zakázky možnost změnit nabídkovou cenu v důsledku změny DPH výslovně připouštěl.

Podle § 49 odst. 9 zákona má zadavatel povinnost uchazeče, který podal nabídku, jež neodpovídá podmínkám zadání veřejné zakázky, z účasti na veřejné zakázce vyloučit.

Zadavatel rozhodnutím Rady města Bechyně ze dne 19. dubna 2004 zrušil zadání veřejné zakázky podle § 66 odst. 1 zákona, a to „z důvodů změny podstatných okolností, za nichž byla veřejná zakázka zadána a které nemohl zadavatel předvídat ani je nezpůsobil, přičemž za změnu podstatných okolností považuje Rada města Bechyně podstatné zvýšení nákladů na realizaci akce v důsledku změny zákonné sazby DPH u stavebních prací.“

Zadavatel ve svém rozhodnutí ze dne 7.2.2007 uvádí, že navrhovatel zvítězil ve výběrovém řízení s nabídkovou cenou 31 080 208,- Kč, nikoliv s cenou 29 582 954,- Kč. Zadavatel není ani v předmětné době nebyl plátcem DPH, nabídková cena resp. cena za dílo se vždy sjednává včetně DPH. Uchazeč nebyl ochoten přistoupit na uzavření smlouvy o dílo s výše uvedenou cenou (včetně DPH), která by byla sjednána jako konečná a nepřekročitelná. Tento požadavek byl jediný možný a zadavatel se domnívá, že rozhodně nebyl nezákonný.

Na základě výše uvedených skutečností orgán dohledu konstatuje, že zadavatel měl postupovat v souladu s rozhodnutím č.j. 2R 70/04/06-Šp ze dne 22.3.2006, kterým bylo potvrzeno prvostupňové rozhodnutí VZ/S120/04-153/4068/04-Gar ze dne 28.7.2004. Orgán dohledu v předmětném výroku rozhodl, že zadavatel porušil ustanovení § 56 odst. 5 zákona č. 199/1994 Sb. o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, neboť zrušil zadání veřejné zakázky po té, co navrhovatel podal námitky proti rozhodnutí zadavatele ze dne 31.3.2004, kterým bylo navrhovateli oznámeno, že s ním nebude uzavřena smlouva o dílo a bude vypsáno nové výběrové řízení. Na základě zjištěného porušení zákona o zadávání veřejných zakázek, orgán dohledu podle § 60 písm. b) zákona zadavateli uložil zrušit rozhodnutí zadavatele o zrušení zadání veřejné zakázky ze dne 6.4.2004.

Orgán dohledu konstatuje, že zadavatel neporušil zákon, když námitkám navrhovatele nevyhověl, jelikož souhlasí s argumentací zadavatele v tom smyslu, že zvýšení DPH a tím i nabídkové ceny za realizaci díla je mimořádnou okolností, která nedovolovala z hlediska hospodárnosti dál pokračovat v zadávacím řízení. Změna nabídkové ceny v závislosti na změně DPH byla tedy oprávněným důvodem ke zrušení zadání veřejné zakázky.

Orgán dohledu opětovně konstatuje, že zadavatel výslovně nepřipustil možnost změnit nabídkovou cenu v závislosti na změně DPH. Pokud tedy navrhovatel ve své nabídce nechtěl garantovat cenu s jakou jeho nabídka zvítězila ve výběrovém řízení, pak zadavatel s ním nemohl uzavřít smlouvu o dílo na předmět veřejné zakázky. Pochybením zadavatele bylo, že nevyřídil námitky způsobem jaký předpokládá zákon, což napravil rozhodnutím o námitkách ze dne 7.2.2007,

kteří rovněž obsahovalo doložku o možnosti podat návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, čehož také navrhovatel využil.

Dne 18.5.2007 orgánu dohledu obdržel výpis z usnesení č. 127/8-07 R ze schůze Rady města Bechyně konané dne 16.5.2007, jehož obsahem je, že Rada města Bechyně ruší zrušení zadávacího řízení ze dne 19.4.2004 v souladu s rozhodnutím orgánu dohledu č.j. VZ/S120/04-153/4068 Gar ze dne 28.7.2004, které bylo potvrzeno rozhodnutím o rozkladu č.j. 2R 70/04/06-ŠP ze dne 22.3.2006. Orgán dohledu uvádí, že zadavatel měl povinnost zrušit zrušení zadávacího řízení do 1 měsíce od nabytí právní moci výše uvedených rozhodnutí, což neučinil a tudíž orgán dohledu mohl přistoupit k výkonu rozhodnutí. V současné době však již výkon rozhodnutí nepřipadá v úvahu, poněvadž zadavatel zrušil zrušení zadávacího řízení, jak vyplývá z usnesení, které orgán dohledu obdržel. Po procesní stránce lze tedy konstatovat, že zadavatel splnil povinnost stanovenou na základě rozhodnutí č. j. VZ/S120/04-153/4068 Gar ze dne 28.7.2004.

Na závěr je nutno konstatovat, že orgán dohledu nemá jinou možnost, než návrh zamítnout, neboť zadavatel postupoval v souladu s výrokem v rozhodnutí VZ/S120/04-153/4068 Gar ze dne 28.7.2004, když zrušil rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení a vyřídil námitky způsobem jaký předpokládá zákon.

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, 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.

Mgr. Jindřiška Koblihová
místopředsedkyně ÚOHS
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

-

Obdrží:

JUDr. Pavlína Pomijová, Lannova 63, 370 01 České Budějovice

město Bechyně, T. G. Masaryka č. 2, 391 65 Bechyně, zast. Jaroslavem Matějkou

Na vědomí:

Tangenta – B, s. r. o., Dobrovodská 130, 370 06 České Budějovice,

-

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce