

Č. j.: R123/2007/02-19144/2007/310-Hr

V Brně dne 30. října 2007

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 25.6.2007 společností

- **Tangenta – B, s. r. o., IČ 14503948, se sídlem Dobrovodská 130, 370 06 České Budějovice**, ve správním řízení právně zast. na základě plné moci ze dne 8.6.2004 advokátkou JUDr. Pavlínou Pomijovou, se sídlem AK Riegrova 2668/6c, 370 01 České Budějovice,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S062/2007-10630/2007/510-IF ze dne 31.5.2007 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **města Bechyně, IČ 00252069, se sídlem nám. T. G. Masaryka č. 2, 391 65 Bechyně**, zast. starostou Mgr. Jaroslavem Matějkou,

učiněných při zadání veřejné zakázky „**Dostavba ZŠ Libušina ulice č. p. 164 v Bechyni**“ formou nedatované výzvy podle § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, která byla zájemcům doručena v lednu 2004, jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S062/2007-10630/2007/510-IF ze dne 31.5.2007

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

I. Zadávací řízení a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Město Bechyně, IČ 00252069, se sídlem nám. T. G. Masaryka č. 2, 391 65 Bechyně, zast. starostou Mgr. Jaroslavem Matějkou (dále jen „zadavatel“), zadalo formou nedatované výzvy podle § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky ve veřejné zakázce „Dostavba ZŠ Libušina ulice č. p. 164 v Bechyni“. Zadavatel obdržel celkem pět nabídek, přičemž jako nejvhodnější vybral dne 3.3.2004 nabídku uchazeče Tangenta – B, s. r. o., IČ 14503948, se sídlem Dobrovodská 130, 370 06 České Budějovice, ve správní řízení právně zast. na základě plné moci ze dne 8.6.2004 advokátkou JUDr. Pavlínou Pomijovou, se sídlem AK Riegrova 2668/6c, 370 01 České Budějovice (dále jen „navrhovatel“). Dopisem ze dne 31.3.2004 zadavatel oznámil navrhovateli, že s ním nebude uzavřena smlouva na realizaci předmětu veřejné zakázky a bude vypsáno nové výběrové řízení. Proti tomuto rozhodnutí podal navrhovatel dne 5.4.2004 námitky, po jejichž přezkoumání zadavatel dne 6.4.2004 rozhodl o zrušení zadání veřejné zakázky podle ustanovení § 66 odst. 1 písm. b) zákona z důvodu změny podstatných okolností, za nichž byla veřejná zakázka zadána a které nemohl zadavatel předvídat a ani je nezpůsobil. Navrhovatel následně dne 28.4.2004 podal ve věci návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení sp. zn. VZ/S120/04-153, ve kterém Úřad rozhodnutím č. j. VZ/S120/04-153/4068/04-Gar ze dne 28.7.2004 konstatoval v postupu zadavatele porušení § 56 odst. 5 zákona, neboť zrušil zadání veřejné zakázky po té, co navrhovatel podal námitky. Úřad uložil zadavateli zrušit rozhodnutí o zrušení zadání veřejné zakázky. Toto rozhodnutí bylo posléze potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. 2R 70/04/06 – Šp ze dne 22.3.2006.
2. Na základě výše jmenovaného rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. 2R 70/04/06 – Šp ze dne 22.3.2006 zadavatel o námitkách ze dne 5.4.2004 rozhodnutím č. j. BE/443/07/MA/Hr-01 ze dne 7.2.2007 rozhodl tak, že jim nevyhověl. Proti tomuto rozhodnutí podal navrhovatel dne 19.2.2007 návrh k Úřadu a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad jako účastníky správního řízení označil zadavatele a navrhovatele. Dne 16.5.2007 zadavatel zrušil své usnesení č. 143/10-04 R ze dne 6.4.2004, kterým bylo rozhodnuto o zrušení zadání předmětné veřejné zakázky.

Napadené rozhodnutí

3. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 31.5.2007 rozhodnutí č. j. S062/2007-10630/2007/510-IF, kterým návrh navrhovatele zamítl podle § 60 písm. a) zákona, neboť neshledal porušení zákona o veřejných zakázkách.
4. V odůvodnění rozhodnutí Úřad uvádí, že navrhovatel v č. IV. Cena díla, bod 2 návrhu smlouvy o dílo uvedl, že „zhotovitel jako plátce 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 navrhovatele předpokládá změnu nabídkové ceny, aniž by zadavatel v zadání veřejné zakázky možnost změnit nabídkovou cenu v důsledku změny DPH výslovně připouštěl. Uchazeč posléze nebyl ochoten přistoupit na uzavření smlouvy o dílo s cenou včetně DPH, která by byla

sjednána jako konečná a nepřekročitelná. 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 plnění veřejné zakázky. Pochybením zadavatele bylo, že nevyřídil námitky způsobem jaký předpokládá zákon, což napravil rozhodnutím o námitkách ze dne 7.2.2007, které rovněž obsahovalo doložku o možnosti podat návrh k Úřadu, čehož navrhovatel využil.

II. Řízení o rozkladu

5. Proti rozhodnutí Úřadu podal navrhovatel dne 25.6.2007 rozklad. Domnívá se, že Úřad byl při svém rozhodování ovlivněn skutečností, že od okamžiku, kdy došlo k protizákonnému zrušení zadávacího řízení dne 6.4.2004 uplynula značná doba tří let, která v současné době znemožňuje uložit zadavateli jakákoli opatření k nápravě. Dále navrhovatel označuje za skutečnost, že změna sazby DPH, která měla způsobit to, že údajně pominuly důvody pokračovat ve veřejné zakázce, v konečném důsledku pokračovat v zadání veřejné zakázky zadavateli nijak nezabránila. K odůvodnění tvrzené nezákonnosti zrušení předmětného zadávacího řízení navrhovatel v plné míře odkazuje na svá dřívější podání, zejména na návrh ze dne 16.2.2007.
6. Navrhovatel dále nesouhlasí s tvrzením napadeného rozhodnutí, že zadavatel údajně výslovně nepřipustil možnost změnit nabídkovou cenu v závislosti na změně DPH, a tedy ani nemohl s navrhovatelem uzavřít smlouvu o dílo na předmět veřejné zakázky, pokud navrhovatel nechtěl garantovat cenu s jakou jeho nabídka zvítězila ve výběrovém řízení. Dle názoru navrhovatele bylo ve výzvě jednoznačně stanoveno, že „výsledná cena zakázky bude tvořena součtem cen I. a II. etapy s přiřazením příslušných DPH k jednotlivým etapám.“ Z uvedené formulace navrhovatel dovozuje, že zadavatel již při vyhlášení výběrového počítal s budoucím pohybem DPH, přičemž jeho požadavek bylo možno realizovat pouze tak, jak to učinil navrhovatel. Pokud by se navrhovatel ve smlouvě zavázal k pevné sazbě DPH, znamenalo by to neplatnost smlouvy minimálně co do tohoto ujednání. Navrhovatel trvá na tom, že změnu sazby nelze považovat za podstatnou změnu okolností tak, jak má na mysli ustanovení § 66 odst. 1 písm. b) zákona. Z uvedeného je tedy dle názoru navrhovatele zřejmé, že není pravdou, že zadavatel nepřipustil možnost změny nabídkové ceny v závislosti na změně DPH, naopak tuto možnost předvídal a použitou formulací připustil.
7. K tvrzení napadeného rozhodnutí, že dřívější procesní pochybení zadavatele byla napravena rozhodnutím o námitkách dne 7.2.2007, navrhovatel uvádí, že závažná dřívější pochybení zadavatele nebyla a již ani nemohou být žádným způsobem napravena a zhojena, neboť způsobila, že ačkoli výběrové řízení nebylo do 16.5.2007 pravomocně zrušeno, došlo mezi tím k realizaci předmětu veřejné zakázky a navrhovateli bylo tak znemožněno realizovat jeho nabídku. Navrhovatel navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo zrušeno a zadavateli uloženo provést nápravu.

III. Řízení o rozkladu

8. K podanému rozkladu se dne 12.7.2007 vyjádřil zadavatel a odkazuje na všechna svá dřívější podání, přičemž nepovažuje za nutné je znovu opakovat či jakkoliv rozvádět. Ohrazuje se však proti tvrzení navrhovatele, že po zrušení předmětného zadání proběhlo nové řízení a zadavatel proinvestoval stejnou částku již s 19 % DPH. Zadavatel uvádí, že vzhledem k radikálnímu zvýšení DPH musel od sebe oddělit obě etapy realizace

předmětu veřejné zakázky a podstatně zredukovat rozsah prací tak, aby cena za realizaci I. etapy nepřesáhla 15 mil. Kč a mohla být realizována pouze ze státní dotace.

9. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
10. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. S062/2007-10630/2007/510-IF ze dne 31.5.2007 návrh navrhovatele zamítl, neboť v postupu zadavatele neshledal porušení zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

11. Dle ustanovení § 2 písm. h) zákona je nabídkovou cenou cena, kterou uchazeč navrhuje zadavateli za splnění veřejné zakázky ve své nabídce. Nabídkovou cenou je tak cena, za kterou se uchazeč ve své nabídce zavazuje realizovat předmět plnění veřejné zakázky. Uchazeči jsou povinni formulovat tuto nabídkovou cenu v souladu s požadavky zadavatele, od kterých se nesmí odchýlit. Zadavatel uložil uchazečům formulovat nabídkovou cenu tak, že výsledná cena zakázky bude tvořena součtem cen I. a II. etapy s přiřazením příslušných DPH k jednotlivým etapám“. Uchazeči tedy měli stanovit cenu jednotlivých etap, tuto navýšit o příslušnou DPH a součet takto získaných částek pak tvoří nabídkovou cenu jakožto cenu konečnou ve smyslu výše citovaného ustanovení zákona.
12. Úřad nevyslovil závěr, jak navrhovatel mylně uvádí ve svém rozkladu, že zadavatel výslovně nepřipustil možnost změnit nabídkovou cenu v závislosti na změně DPH. Úřad konstatoval, že zadavatel v zadání veřejné zakázky nepřipustil vázat vyšší nabídkové ceny na budoucí změnu DPH. Podobné pravidlo není v zadání veřejné zakázky vůbec uvedeno (v pozitivním ani negativním vymezení), a protože platí, že uchazeči jsou povinni formulovat své nabídky způsobem, který zadavatel stanovil v zadání veřejné zakázky, nemohl navrhovatel implementovat toto pravidlo do své nabídky svévolně na základě vlastního uvážení. Na pravidla přípravy nabídek nelze pohlížet za použití interpretačních zásad, které se uplatní ve vztahu k právním předpisům, tedy nelze interpretovat tak, že při formulování nabídky je dovoleno vše, co zadavatel výslovně nezakázal.
13. Formulování nabídkové ceny jako ceny konečné, která již nemůže být v průběhu zadávacího řízení měněna, je o to podstatnější v případě, kdy tato cena je kritériem hodnocení nabídek, či jedním z kritérií pro posuzování ekonomické výhodnosti nabídek ve smyslu § 6 zákona. Pokud by tedy zadavatel po provedeném posouzení a hodnocení nabídek umožnil některému uchazeči nabídkovou cenu měnit způsobem, který nebyl uveden v zadání veřejné zakázky, a ostatní uchazeči s ním tedy při přípravě svých nabídek nemohli počítat, jednalo by se o závažné porušení zásady rovného zacházení s uchazeči a zásady nediskriminace, a tedy za závažné porušení zákona.

14. V této souvislosti je bezpředmětné, zda si byl zadavatel v době zadání veřejné zakázky vědom připravované změny DPH či nikoliv, neboť je zřejmé, že s touto případnou změnou nespojil žádné pravidlo automatické změny ceny za splnění veřejné zakázky.
15. Vzhledem k výše uvedenému zadavatel proto nemohl uzavřít smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky s navrhovatelem, který odmítl ve své nabídce garantovat výši své nabídkové ceny, která byla posuzována v rámci hodnocení nabídek a v tomto smyslu rozhodl Úřad správně a v souladu se zákonem.
16. K dalším tvrzením podaného rozkladu pouze uvádím, že se nejedná o argumentaci vztahující se k věcnému právnímu posouzení napadeného rozhodnutí, a proto k ní nelze přihlížet.

V. Závěr

17. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
18. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit nebo změnit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. město Bechyně, se sídlem T. G. Masaryka č. 2, 391 65 Bechyně, zast. Jaroslavem Matějkou,
2. JUDr. Pavlína Pomijová, advokátka se sídlem Lannova 63, 370 01 České Budějovice
3. spis

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce