



UOHSX005C02R

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R142/2009/VZ-16588/2013/310/LPa

Brno 2. září 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 2. 10. 2009, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 5. 10. 2009 navrhovatelem –

- společností **Sodexo Pass Česká republika a. s.**, IČ 61860476, se sídlem Radlická 2, 150 00 Praha 5 - Smíchov, právně zastoupenou JUDr. Pavlem Randlem, advokátem, se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 78 Praha 4,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j.: ÚOHS-S165/2009/VZ-10109/2009/520/EMa ze dne 15. 9. 2009, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Státní zemědělský intervenční fond**, IČ 48133981, se sídlem Ve Smečkách 801/33, 110 00 Praha 1,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Výběr dodavatele stravovacích poukazů v nominální hodnotě 90 Kč**“ v otevřeném řízení podle ustanovení § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 27. 3. 2009 pod ev. č. 60029475 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 3. 2009 pod číslem 2009/S 60-086294, kde dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **Accor Services CZ s. r. o.**, IČ 49711962, se sídlem Na Poříčí 1076/5, 110 00 Praha 1,

jsem podle § 90 odst. 4, ve spojení s § 66 odst. 1 písm. g), v návaznosti na § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S165/2009/VZ-10109/2009/520/EMa ze dne 15. 9. 2009

r u š í m

a správní řízení

z a s t a v u j i.

ODŮVODNĚNÍ

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

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**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 24. 6. 2009 návrh navrhovatele – společnosti Sodexo Pass Česká republika a. s., IČ 61860476, se sídlem Radlická 2, 150 00 Praha 5 – Smíchov (dále jen „**navrhovatel**“) na přezkoumání úkonů zadavatel - Státní zemědělský intervenční fond, IČ 48133981, se sídlem Ve Smečkách 801/33, 110 00 Praha 1 (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Výběr dodavatele stravovacích poukazů v nominální hodnotě 90 Kč“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 27. 3. 2009 pod ev. č. 60029475 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 3. 2009 pod číslem 2009/S 60-086294. Svým návrhem se navrhovatel domáhal uložení nápravného opatření spočívajícího v určení, že ekonomicky nejvýhodnější nabídkou je nabídka navrhovatele. Dnem 24. 6. 2009 bylo tedy správní řízení na návrh navrhovatele zahájeno a za účastníky řízení Úřad označil navrhovatele, zadavatele a vybraného uchazeče - společnost Accor Services CZ s. r. o., IČ 49711962, se sídlem Na Poříčí 1076/5, 110 00 Praha 1 (dále jen „**vybraný uchazeč**“).

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

II. Napadené rozhodnutí

- Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 15. 9. 2009 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S165/2009/VZ-10109/2009/520/EMa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým výrokem I. správní řízení v souladu s ustanovením § 118 zákona zastavil, když neshledal v postupu zadavatele, který do předpokládané hodnoty veřejné zakázky nezahrnul provizi od třetích osob, zahrnul však do ní nominální hodnotu stravovacích poukazů, takové pochybení, jež by mělo podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Úřad zkonstatoval, že i když je pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky určující výše provize, kterou vydavatel stravovacích poukazů obdrží, ať už od zadavatele nebo od třetích osob, nezařazením provize od třetích osob nedošlo k ovlivnění vypovídací hodnoty zvolených hodnotících kritérií. Ve výroku II. pak konstatoval, že zadavatel není povinen hradit náklady řízení.

III. Námitky rozkladu

- Proti napadenému rozhodnutí podal navrhovatel rozklad doručený Úřadu dne 5. 10. 2009, kterým napadl rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S165/2009/VZ-10109/2009/520/EMa ze dne 15. 9. 2009 v celém jeho rozsahu. Navrhovatel nejprve vyjádřil svůj zásadní nesouhlas s interpretací Úřadu, týkající se pojmu nabídková cena, která podle něj vede k chybnému posouzení tohoto pojmu. Uvedl, že nabídková cena není definována zákonem ani judikaturou, musí proto být definována zadávací dokumentací v souladu se zásadami zákona. Dále konstatoval, že při sestavení své nabídky vycházel z úvahy, že nabídková cena je cena za službu, kterou zadavateli poskytne. Pokud by se jednalo o „celkovou nabídkovou cenu“ složenou z nominální hodnoty stravenek, provize uchazeče a poplatku za přepravu, znamenalo by to, že hodnocení ekonomické výhodnosti nabídek je de facto prováděno na základě navržené smluvní pokuty.
- Navrhovatel dále odkázal na směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES, podle níž je třeba posuzovat nabídky podle optimálního poměru kvality a ceny. Dále dodal, že vítězná zakázka má být hospodářsky nejvýhodnější nabídka ve smyslu stanoviska generálního advokáta Dámasa Ruiz-Jaraba Colomera ve věci C-393/06 a rozsudků ESD ve věci C-380/98 a C-237/99 a také C-19/00 z nichž plyne, že rozhodujícím kritériem pro určení ekonomické výhodnosti nabídky je celková výše nákladů.
- Navrhovatel se rovněž vyjádřil k předpokládané hodnotě veřejné zakázky tak, že v tomto případě by nabídková cena měla být tvořena pouze provizí dodavatele. Jinak by došlo k nelogické situaci, kdy by se nabídková cena a hodnota veřejné zakázky výrazně lišily. V případě veřejné zakázky na dodávky stravovacích poukazů jsou předpokládaná hodnota veřejné zakázky a nabídková cena, tak jak ji chápe zadavatel, v přibližně 50ti násobném rozdílu.
- V další námitce poukázal na okolnost, že dílčí hodnotící kritéria nerespektují jejich potřebnou vypovídací hodnotu. Podle něj je tato skutečnost pozorovatelná na kritériu smluvní pokuty, která se lišila pouhými 2 000 Kč, což ve vztahu k požadovanému plnění veřejné zakázky přes jeden milión Kč, resp. rozdílu provizí jednotlivých uchazečů, který činí 23%, je zanedbatelný rozdíl.

7. V poslední části rozkladu navrhovatel oponoval výši složené kauce. Uvedl, že by nabídková cena měla být tvořena pouze jeho provizí, proto složil částku 50 000 Kč. Okolnost, že Úřad její výši akceptoval je nepřímým potvrzením jeho názoru, že nabídková cena měla zahrnovat pouze provizi navrhovatele, nikoli i nominální hodnotu stravovacích poukazů.

IV. Předchozí rozhodnutí předsedy Úřadu

8. Předseda Úřadu po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí a po posouzení případu ve všech souvislostech vydal dne 26. 5. 2010 rozhodnutí č. j. ÚOHS-R142/2009/VZ-7097/2010/310/EKu (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu**“), kterým v souladu s ustanovením § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, s přihlédnutím k ustanovení § 114 odst. 3 zákona napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil. Předseda Úřadu konstatoval, že v posuzované věci je nabídková cena tvořena zjevně se objevující provizí – ve formě ceny za službu, stejně jako je v ní potřeba zohlednit i druhou provizi, kterou inkasuje vydavatel stravovacích poukazů od třetích subjektů v „latentní podobě“, které se ale jednoznačně ekonomicky odráží v ceně poskytnutého plnění dodávané stravenky. Protože zadavatel druhou provizi v rámci požadavků na stanovení nabídkové ceny nepožadoval, není možné stanovit její výši dle procentuálního vyjádření. S ohledem na stanovení výše kauce podle požadavků ustanovení § 115 odst. 1 zákona byl tedy navrhovatel povinen složit kauci ve výši 100 000 Kč. Vzhledem k tomu, že navrhovatel s podáním návrhu složil na účet Úřadu kauci pouze ve výši 50 000 Kč, byl usnesením Úřadu č. j. ÚOHS-S165/2009/VZ-15244/2009/520/Ema ze dne 30. 11. 2009 v souladu s ustanovením § 39 odst. 1 správního řádu vyzván, aby předložil doklad prokazující složení doplatku kauce ve výši 50 000 Kč. S ohledem na skutečnost, že ve stanovené lhůtě navrhovatel složení doplatku kauce na bankovní účet Úřadu neprokázal, shledal předseda Úřadu v této okolnosti důvod pro zastavení správního řízení.

V. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně a Nejvyšším správním soudem

9. Navrhovatel podal proti rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R142/2009/VZ-7097/2010/310/EKu ze dne 26. 5. 2010 (dále též „**žalobou napadené rozhodnutí**“) ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“) žalobu, kterou se domáhal zrušení žalobou napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k dalšímu projednání. Toto soudní řízení bylo u krajského soudu vedeno pod sp. zn. 62 Af 42/2010.
10. Dne 12. 1. 2012 vydal Krajský soud v Brně rozsudek č. j. 62 Af 42/2010–131 (dále jen „**rozsudek krajského soudu**“), kterým žalobě vyhověl a rozhodl o zrušení žalobou napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k dalšímu řízení.
11. V tomto rozsudku se krajský soud ztotožnil s názorem Úřadu, že nominální hodnota stravenek se nezapočítává ani do nabídkové ceny ani do předpokládané hodnoty veřejné zakázky, neboť se nejedná o částku, kterou by zadavatel dodavateli měl zaplatit za plnění veřejné zakázky, tj. za dodání stravenek. Součástí nabídkové ceny pak podle názoru krajského soudu mohou být ovšem pouze ta plnění, kterých se má dle smlouvy dodavateli

dostat z veřejných prostředků, tedy pouze ta úplata, která je placena z veřejných prostředků, která způsobuje snížení objemu veřejných prostředků, případně to, že nedošlo k jejich zvýšení. Pokud tedy úplatu platí dodavatelé poukazů třetí osoby ze soukromých zdrojů, nespadá takováto částka do režimu zákona a nemůže tak být součástí nabídkové ceny. V šetřeném případě nebylo prokázáno, že by třetí osoby platily navrhovateli provize z veřejných prostředků, ani že by zadavatel tuto provizi navrhovateli jakkoliv garantoval. Krajský soud tedy uzavřel, že Úřad pochybil, pokud při výpočtu kaucí podle ustanovení § 115 zákona zohlednil i tuto skrytou provizi a požadoval po navrhovateli vyšší kauci. Jestliže tedy Úřad zastavil správní řízení pro nedoplnění jím nesprávně stanovené výše kaucí, postupoval nezákonně.

12. Proti rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 42/2010-131 ze dne 12. 1. 2012, kterým bylo zrušeno žalobou napadené rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R142/2009/VZ-7097/2010/310/EKu ze dne 26. 5. 2010, podal předseda Úřadu dne 27. 1. 2012 kasační stížnost, doplněnou podáním ze dne 16. 3. 2012, kterou odůvodnil ustanovením § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), neboť nabyl přesvědčení, že napadený rozsudek byl stížen nezákonností spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení.
13. Rozsudkem Nejvyššího správního soudu (dále jen „NNS“) č. j. 8 Afs 12/2012 – 46 ze dne 29. 1. 2013 (dále jen „rozsudek NNS“) byla kasační stížnost stěžovatele zamítnuta. NNS uvedl, že není správný názor krajského soudu, podle něhož může být součástí nabídkové ceny vždy jen úplata, která jde k tíži veřejných prostředků. Na druhou stranu ovšem v posuzovaném případě by bylo velmi obtížné mít přehled o všech relevantních provizích od třetích osob a pro zadavatele by bylo velmi složité zahrnout je do předpokládané ceny veřejné zakázky mimo jiné za situace, kdy se jedná o obecně použitelné stravovací poukazy nevázané na konkrétní stravovací zařízení. Vydavatelé stravovacích poukazů si s třetími osobami nesjednávají provize vázané na konkrétní veřejnou zakázku, nýbrž prostřednictvím dlouhodobých smluv na veřejných zakázkách nezávislých. Snahu po zohlednění všech provizí shledal NNS za úkol neproveditelný, kdy nelze bezpečně zjistit veškeré potřebné údaje, přičemž výsledek by mohl vést k nerovnému přístupu k jednotlivým uchazečům. NNS se proto ztotožnil s názorem krajského soudu, že v případě posuzovaných stravovacích poukazů nebyla provize třetích osob součástí nabídkové ceny a netvoří tak ani součást základu pro výpočet kaucí dle § 115 zákona.

VI. Nové řízení o rozkladu

14. V rámci nového správního řízení vedeného o rozkladu po té, co bylo předchozí rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu zrušeno a vráceno k dalšímu řízení, zadavatel na základě usnesení předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R142/2009/VZ-10219/2013/310/LPa ze dne 4. 6. 2013 informoval předsedu Úřadu dopisem ze dne 10. 6. 2013 o provedení úkonu v rámci zadávacího řízení – ukončení zadávacího řízení uzavřením smlouvy s vybraným uchazečem dne 25. 8. 2009.

VII. Stanovisko předsedy Úřadu

15. Podle § 152 odst. 4 správního řádu platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání, nevylučuje-li to povaha věci. Na základě ustanovení § 90 odst. 4 správního řádu pak platí, že pokud odvolací správní orgán zjistí, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího zruší napadené rozhodnutí a řízení zastaví, ledaže jiné rozhodnutí o odvolání může mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků. Ustanovení § 66 odst. 1 správního řádu pak taxativně vymezuje zákonné důvody pro zastavení správního řízení, kdy písm. g) tohoto ustanovení hovoří o bezpředmětnosti podané žádosti, resp. návrhu. Shodně také ve věci zastavení správního řízení judikoval např. Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 50/2011, kdy pokud nastanou důvody předvídané v ustanovení § 66 správního řádu nebo důvody pro zastavení řízení podle zákona, pak je třeba správní řízení zastavit.
16. Po projednání případu za stávajícího skutkového stavu konstatuji, že došlo-li ze strany zadavatele k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky s vybraným uchazečem, správní řízení o žádosti, resp. návrhu podle ustanovení § 114 odst. 1 zákona, pro který bylo správní řízení zahájeno, se zastaví, poněvadž podle ustanovení § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu se žádost stala zjevně bezpředmětnou. Ve správním řízení již nelze uložit nápravné opatření podle § 118 odst. 1 zákona, jehož se navrhovatel ve smyslu § 114 odst. 3 zákona, resp. § 45 odst. 1 správního řádu domáhal. Rovněž mám za splněnou i druhou podmínku předvídanou ust. § 90 odst. 4 správního řádu, neboť nelze v daném případě hovořit o tom, že zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení by mohlo mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků.
17. Závěrem tedy shrnuji, že předmět vedení správního řízení odpadl a návrh navrhovatele se stal bezpředmětným, neboť již není více o čem jednat. Na základě shora uvedených skutečností jsem dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí musí být zrušeno a správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je třeba zastavit.

VIII. Závěr

11. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že dané okolnosti odůvodňují aplikaci ustanovení § 90 odst. 4 správního řádu ve spojení s ustanovením § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.
12. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Státní zemědělský intervenční fond, Ve Smečkách 801/33, 110 00 Praha
2. JUDr. Pavel Randl, advokát, Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha 4
3. Accor Services CZ s. r. o., Na Poříčí 1076/5, 110 00 Praha

Vypraveno dne:

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