



UOHSX004SG7N

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S570/2011/VZ-7321/2013/511/MGr

Brno 22. dubna 2013

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 22. 11. 2011 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČ 60162694, se sídlem Tychonova 1, 160 01 Praha 6, jejímž jménem jedná Ing. Vlastimil Pícek, ministr obrany,
- navrhovatel – Glomex MS, s.r.o., IČ 28426525, se sídlem Pod Lipami 2562/31, 130 00 Praha 3 – Žižkov, za niž jedná Bc. Štěpán Odvody, jednatel,

ve věci vymezené obsahem návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele Česká republika – Ministerstvo obrany, při zadávání podlimitní veřejné zakázky „Výbava posádek vrtulníků – nákup“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 3. 6. 2011 pod ev. č. 60060610 a jehož zrušení bylo uveřejněno dne 13. 11. 2011 pod ev. č. 7000000000354,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – Glomex MS, s.r.o., IČ 28426525, se sídlem Pod Lipami 2562/31, 130 00 Praha 3 – Žižkov – ze dne 22. 11. 2011 **se** podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle odst. 1 nebo 2 cit. ustanovení.

ODŮVODNĚNÍ

Průběh zadávacího řízení

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČ 60162694, se sídlem Tychonova 1, 160 01 Praha 6, jejímž jménem jedná Ing. Vlastimil Pícek, ministr obrany (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)¹, v informačním systému o veřejných zakázkách dne 3. 6. 2011 pod ev. č. 60060610 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání podlimitní veřejné zakázky „Výbava posádek vrtulníků – nákup“ (dále jen „veřejná zakázka“). Zrušení zadávacího řízení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 13. 11. 2011 pod ev. č. 700000000354.
2. Předmět plnění veřejné zakázky vymezil zadavatel v oznámení o zakázce jako dodávku 10 kusů kyslíkových přístrojů a 2 kusů aparatur ke kontrole, seřízení a opravám brýlí nočního vidění pro posádky vrtulníků, splňujících uživatelem definované požadavky. Zadavatel si interně stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 3 500 000,- Kč.
3. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel v oznámení o zakázce uvedl nejnižší nabídkovou cenu.
4. Z Protokolu o otevírání obálek s nabídkami vyplývá, že nabídku podali dva uchazeči a všechny nabídky vyhověly kontrole podle § 71 odst. 8 zákona. Z protokolu o posouzení kvalifikace vyplývá, že oba uchazeči prokázali splnění kvalifikace.
5. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek vyplývá, že nejnižší nabídkovou cenu nabídl navrhovatel – Glomex MS, s.r.o., IČ 28426525, se sídlem Pod Lipami 2562/31, 130 00 Praha 3 – Žižkov, za niž jedná Bc. Štěpán Odvody, jednatel (dále jen „navrhovatel“) – ovšem hodnotící komise doporučila zadavateli s ohledem na to, že alokované finanční prostředky na předmětnou veřejnou zakázku pokrývají cenovou nabídku navrhovatele zhruba do výše 40 %, obrátit se na správce programu reprodukce majetku s žádostí o navýšení finančních prostředků do výše cenově nejvýhodnější nabídky. Dále konstatovala, že do doby navýšení finančních prostředků nelze učinit výběr nejvhodnější nabídky, ani uzavřít smluvní vztah s vítězným uchazečem. Zadavatel – konkrétně ředitel odboru pořizování strategických zakázek, spadající do sekce vyzbrojování MO, který byl pověřen na základě rozkazu ministryně obrany č. 39 ze dne 29. 8. 2008 „Zadávání veřejných zakázek v rezortu Ministerstva obrany“ k zadávání veřejné zakázky (dále jen „ředitel odboru pořizování strategických zakázek“) – s názorem hodnotící komise souhlasil a dopisem ze dne 1. 8. 2011 požádal odbor programů vzdušných sil a KIS (spadající do sekce vyzbrojování MO) o navýšení finančního parametru na souhrn finančních potřeb a zdrojů akce maximálně do výše 8 057 000,00 Kč.
6. Dopisem ze dne 14. 8. 2011 byl ředitel odboru pořizování strategických zakázek požádán ředitelem odboru programů vzdušných sil a KIS (na základě žádosti ředitele sekce rozvoje druhů sil – operační sekce ze dne 11. 8. 2011) o zrušení předmětného zadávacího řízení. Tato žádost byla odůvodněna tím, že v roce 2011 byly předmětné komodity pořizeny

¹ Pozn.: Pokud je v textu rozhodnutí uveden odkaz na zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jedná se vždy o znění účinné v době zahájení zadávacího řízení.

v požadovaném množství cestou Foreign Military Sales (dále jen „FMS“) za nabídkovou cenu z ledna 2010.

7. Ředitel odboru pořizování strategických zakázek rozhodl dne 18. 10. 2011 o zrušení předmětného zadávacího řízení v souladu s ustanovením § 84 odst. 2 písm. d) zákona. Svoje rozhodnutí odůvodnil tím, že „v průběhu zadávacího řízení, po posouzení a hodnocení nabídek, byl zadavatel jako účastník programu podle vyhlášky č. 560/2006 Sb., o účasti státního rozpočtu na financování programů reprodukce majetku, informován správcem programu reprodukce majetku o aktuálním naplnění potřeby pořízení majetku za strany správce průřezové oblasti – konečného uživatele a o stavu alokovaných finančních prostředků na předmětnou akci. Následně byla akce v databázi IS SMVS (Informační systém správy majetku ve vlastnictví státu) zrušena a přidělené finanční zdroje byly zadavateli odebrány. Tím odpadla možnost i důvody pro pokračování v zadávacím řízení v důsledku podstatné změny okolností, které nastaly v době od zahájení zadávacího řízení a které zadavatel jako účastník programu nemohl s přihlédnutím ke všem okolnostem předvídat a ani je nezpůsobil.“
8. Rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení oznámil zadavatel účastníkům dne 18. 10. 2011, které navrhovatel obdržel dne 24. 10. 2011.
9. Dne 2. 11. 2011 byly zadavateli doručeny námítky navrhovatele proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení, kterým zadavatel po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách zadavatel odeslal navrhovateli dne 14. 11. 2011.
10. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 22. 11. 2011 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

Obsah návrhu

11. Navrhovatel ve svém návrhu namítá, že nebyly splněny podmínky pro zrušení zadávacího řízení podle ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona. K jednotlivým podmínkám uvedeným v ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona navrhovatel uvádí, že podle jeho názoru neodpady důvody pro pokračování v zadávacím řízení, neboť potřeba u Armády České republiky stále trvá i vzhledem k plánovaným zahraničním misím, přičemž rovněž nedošlo k podstatným změnám okolností a zadavateli bylo obdobné zboží dodáno prostřednictvím jiného smluvního vztahu s účinností dříve, než zadavatel vyhlásil předmětné výběrové řízení. Navrhovatel rovněž nesouhlasí s tím, že by zadavatel nemohl okolnosti zrušení předvídat, neboť veškeré procesy probíhaly v rámci Ministerstva obrany České republiky jako celku. Rovněž okolnosti, pro které důvody pro pokračování v zadávacím řízení odpadly, si podle názoru navrhovatele způsobil zadavatel svou činností spočívající ve dvou rovinách a to jednak v provedení akvizice obdobného vybavení formou FMS a jednak stanovením alokačních finančních prostředků na částku 3,5 mil. Kč na základě neúspěšného pokusu o pořízení předmětu veřejné zakázky u mezinárodní agentury, ačkoliv ve stejném čase prováděl marketingový průzkum i v České republice, na základě kterého mu navrhovatel sdělil celkovou cenu požadovaného předmětu ve výši obdobné současné nabídce.

12. Navrhovatel podotýká, že zadavatelem je dle Informačního systému o veřejných zakázkách Česká republika – Ministerstvo obrany, a nikoliv ředitel odboru pořízování strategických zakázek sekce vyzbrojování Ministerstva obrany.
13. Navrhovatel se rovněž domnívá, že zadavatel zrušil zadávací řízení účelově až v poslední den zadávací lhůty, tj. 18. října 2011, přičemž podotýká, že řízení nebylo zrušeno bez zbytečného odkladu, jakmile se Ministerstvo obrany o údajném důvodu pro zrušení dovědělo (tj. 11. 8. 2011).
14. Podle názoru navrhovatele nenastaly skutečnosti, které jsou obecně důvodem pro zrušení veřejné zakázky, tedy nedostatek finančních prostředků potřebných k plnění veřejné zakázky, který nastal mimořádně, nepředvídatelně a v průběhu zadávacího řízení, neboť zadavatel má na plnění dotyčné veřejné zakázky dostatek finančních prostředků.
15. Navrhovatel upozorňuje, že stále platná a účinná smlouva o realizaci dodávek obdobného vybavení prostřednictvím FMS nasvědčuje tomu, že potřeba plnění předmětu veřejné zakázky ze strany zadavatele trvá. Navrhovatel rovněž podotýká, že předmět plnění prostřednictvím FMS se neshoduje s předmětem veřejné zakázky, a to především v počtu kusů, v podmínkách státního ověřování jakosti v zahraničí, ujednání o záručních podmínkách, ujednání o termínech plnění a kompatibility vybavení s ostatním vybavením používaným zadavatelem.
16. Závěrem návrhu vyslovuje navrhovatel požadavek, aby Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 84 odst. 2 písm. d) zákona, a jako opatření k nápravě podle § 118 zákona zrušil rozhodnutí zadavatele č. j. 1370-25/2011/DP-5888 ze dne 18. 10. 2011 o zrušení zadávacího řízení.

Stanovisko zadavatele k návrhu

17. Zadavatel se k návrhu vyjádřil dne 30. 11. 2011 a uvádí, že zadavatelem je opravdu Česká republika – Ministerstvo obrany, ovšem navrhovateli je podle zadavatele známo (což potvrzuje i korespondence mezi navrhovatelem a zadavatelem), že k jednání za Českou republiku – Ministerstvo obrany byl v tomto případě pověřen na základě rozkazu ministryně obrany č. 39 ze dne 29. 8. 2008 „Zadávání veřejných zakázek v rezortu Ministerstva obrany“ ředitel odboru pořízování strategických zakázek sekce vyzbrojování Ministerstva obrany.
18. Ohledně důvodů zrušení zadávacího řízení se zadavatel odvolává na své rozhodnutí o námitce č. j. 2139/2011-1140 ze dne 14. 11. 2011 a uvádí, že v oznámení o zrušení zadávacího řízení uvedl v bodu 6.5 stručný důvod pro zrušení zadávacího řízení a sice: „V průběhu posuzování a hodnocení nabídek byl zadavatel jako účastník programu podle vyhlášky č. 560/2006 Sb., o účasti státního rozpočtu na financování programů reprodukce majetku, informován správcem programu reprodukce majetku o stavu alokovaných finančních prostředků na předmětnou akci a o aktuálním naplnění potřeby pořízení majetku ze strany správce průřezové oblasti.“ Zadavatel dodává, že výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky byla stanovena na základě pokusu zadavatele o pořízení stejného předmětu veřejné zakázky v roce 2010 od agentury NAMSA. Finanční prostředky ve výši 3,5 mil. Kč byly tedy alokovány na základě cenové nabídky zaslané agenturou NAMSA a jejich výše neměla vliv na „neúspěšný pokus“ o pořízení předmětu zakázky u mezinárodní agentury.

19. Zadavatel k tvrzení navrhovatele o marketingovém průzkumu prováděném v České republice uvádí, že mu na základě jeho uplatněného požadavku předložil navrhovatel nezávazný marketingový průzkum na pořízení zkušebních přístrojů pro noktovizory pod č. j. 100309-063/32b-2 ze dne 9. 3. 2010 s jednotkovou cenou ve výši 1 735 064,40 Kč včetně DPH a na pořízení kyslíkových systémů PHDS Č. J. 100309-063/32b-1 ze dne 9. 3. 2010 bez cenové nabídky s tím, že cena bude doložena později.
20. Následně zadavatel popisuje proces, který předcházel rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení (viz body 5. – 7. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a k tomu dodává, že formou FMS byl pořízen v průběhu roku 2011 materiál „KMT pro brýle nočního vidění ANV-126A-001 a kyslíkový přístroj PHODS“, přičemž smlouva mezi Ministerstvem obrany a americkou stranou byla uzavřena dne 13. 1. 2010 s platnou cenou nabídky k tomuto datu, což zadavatel dokládá přílohou „Letter of Offer and Acceptance“ a uznává, že je pravdou, že účinnost této smlouvy nastala dříve, než zadavatel vyhlásil výběrové řízení.
21. Zadavatel uvádí, že potřeba na nákup ze strany zadavatele pozbyla platnost z důvodu převzetí požadovaného množství 90 ks kyslíkového vybavení PHODS-102935 dne 24. 2. 2011 a 2 ks zkušební sady ANV-126A-001 dne 24. 3. 2011. Ředitel odboru pořizování strategických zakázek obdržel dne 30. 8. 2011 žádost o zrušení akce č. IS SMVS 107V17100-4005 č. j. 2944-24/2010/DP-58888, z jehož obsahu zadavatel cituje: „S rozhodnutím ředitele SRDS-OS MO byl seznámen správce kapitoly MO (ZMNO-E-Ř SE), který zrušení předmětné akce potvrdil, akce byla v databázi SMVS označena typem projektu N2 a přidělené zdroje na akci byly vynulovány.“ Ředitel odboru pořizování strategických zakázek tedy po vyzkoušení všech možností v pokračování zadávacího řízení přistoupil na základě informace, že přidělené finanční zdroje na uvedenou akci byly vynulovány, ke zrušení předmětné veřejné zakázky, neboť neměl zajištěno finanční krytí, a nebyl tak schopen zajistit podepsání smlouvy s případným vítězným uchazečem o zabezpečení dodávek.
22. Zadavatel rovněž podotýká, že ač je možno de iure považovat za zadavatele Českou republiku – Ministerstvo obrany jako celek, na základě jím uvedených informací (viz bod 17. odůvodnění tohoto rozhodnutí) osoba de facto jednající za Českou republiku – Ministerstvo obrany v této konkrétní veřejné zakázce (tedy ředitel odboru pořizování strategických zakázek sekce vyzbrojování Ministerstva obrany, Mgr. Jakub Jiran) nezpůsobil okolností, které nastaly v době od zahájení zadávacího řízení a které s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat. Odebráním finančních prostředků na předmětnou veřejnou zakázku byl ředitel odboru pořizování strategických zakázek postaven před fakt, že v zakázce nemůže dále postupovat, neboť není schopen zajistit závazky, které by vyplynuly z případného podpisu smlouvy s uchazečem, jehož nabídka měla nejnižší nabídkovou cenu. Tím odpadly podle názoru zadavatele důvody pro pokračování v zadávacím řízení v důsledku podstatné změny okolností, které nastaly v době od zahájení zadávacího řízení a v kontextu se shora uvedeným tvrzením byly splněny zákonné podmínky pro zrušení zadávacího řízení podle ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona. Zadavatel uvádí, že s ohledem na snahu ředitele odboru pořizování strategických zakázek zajistit do poslední chvíle finanční krytí na předmětný nákup, neboť zrušení považoval až za poslední možné řešení, kdy selžou veškeré možnosti navrhovaného financování, došlo ke zrušení zadávacího řízení až dne 18. 10. 2011, shodou okolností tedy v poslední den zadávací lhůty. Zadavatel uvádí, že mu nešlo o to, vyloučit uchazeče s nejnižší nabídkovou cenou a znevýhodnit tohoto uchazeče.

23. Závěrem zadavatel upozorňuje na razantní škrtý, se kterými se musí v posledních dvou letech vypořádat a které mají za důsledek nutnost přezkoumání veškerých aktivit v oblasti akvizic, neboť přidělené finanční prostředky nedovolují realizovat nákupy v těch objemech, které byly původně střednědobým plánem stanoveny. Zadavatel považuje návrh za nedůvodný a navrhuje Úřadu, aby zahájené správní řízení zastavil, neboť postupem zadavatele v případě zrušení zadávacího řízení nedošlo k porušení zákona.

Průběh správního řízení před Úřadem

24. Úřad obdržel návrh dne 22. 11. 2011 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, vedené pod sp. zn. S570/2011/VZ/MGr. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu dne 23. 11. 2011.
25. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou
- zadavatel,
 - navrhovatel.
26. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení dopisem č. j. ÚOHS-S570/2011/VZ-20687/2011/510/MGr ze dne 22. 12. 2011. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S570/2011/VZ-20692/2011/510/MGr z téhož dne účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí.
27. Dne 22. 12. 2011 obdržel Úřad od navrhovatele žádost o zaslání stanoviska zadavatele. Kopii stanoviska zadavatele obdržel navrhovatel dne 2. 1. 2012.
28. Zadavatel ani navrhovatel se v daných lhůtách ani později již k řízení nevyjádřili.
29. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S570/2011/VZ-4503/2012/510/MGr ze dne 16. 4. 2012 zamítnul návrh navrhovatele podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle odst. 1 nebo 2 cit. ustanovení.
30. Proti výše zmíněnému rozhodnutí podal navrhovatel dne 2. 5. 2012 prostřednictvím datové schránky rozklad, který byl Úřadu doručen téhož dne.

Rozhodnutí předsedy Úřadu

31. Po projednání rozkladu předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R126/2012/VZ-19098/2012/310/MŠe ze dne 11. 10. 2012, které nabylo právní moci dne 11. 10. 2012 (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu“), zrušil podle § 152 odst. 5 písm. a) v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) 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 správního řádu, prvostupňové rozhodnutí č. j.: ÚOHS-S570/2011/VZ-4503/2012/510/MGr ze dne 16. 4. 2012 a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
32. V odůvodnění svého rozhodnutí předseda Úřadu uvedl, že z článku 37 odůvodnění napadeného rozhodnutí lze dospět k závěru, že Úřad veřejnou zakázku posuzuje jako zakázku podlimitní, ačkoli v článku 1 odůvodnění napadeného rozhodnutí o ní hovoří jako o veřejné zakázce nadlimitní, přičemž „*v odůvodnění napadeného rozhodnutí není uvedeno, zda, případně jak, Úřad dospěl k závěru, že zadavatel při stanovení předpokládané hodnoty*

podle § 13 odst. 1 zákona pochybil, když veřejnou zakázku zadával coby veřejnou zakázku podlimitní. Rozpor mezi odstavcem 1 a odstavcem 37 není v napadeném rozhodnutí nikterak objasněn. Tímto je dána nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí.“

33. *Předseda Úřadu dále prvostupňovému rozhodnutí vytýká, že „z jeho odůvodnění není zřejmé, zda došlo k naplnění hypotézy ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona, které zadavatel uvedl jako právní důvod zrušení zadávacího řízení“. Předseda Úřadu dále zmiňuje, že se Úřad musí vyrovnat ve svém rozhodnutí s případnou existencí dvou důvodů, kterými zadavatel kumulativně odůvodňuje zrušení zadávacího řízení, tedy s neposkytnutím (resp. nenavýšením) finančních prostředků a s tím, že odpadl důvod pro pořízení předmětu veřejné zakázky (vzhledem k pořízení majetku před zahájením zadávacího řízení).*
34. *Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí dospěl k závěru, že „pokud zadavatel zrušení zadávacího řízení odůvodňuje tím, že předmět veřejné zakázky byl pořízen již před zahájením zadávacího řízení, nejedná se o skutečnost, jež by byla způsobilá naplnit hypotézu ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona, jež stanoví, že zrušit zadávací řízení lze tehdy, pokud odpadly důvody pro pokračování zadávacího řízení v důsledku podstatné změny okolností, které nastaly v době od zahájení zadávacího řízení, a které zadavatel, s přihlédnutím ke všem okolnostem, nemohl předvídat, ani je nezpůsobil. Pořízení předmětu veřejné zakázky před zahájením zadávacího řízení však není ani skutečnost, jež by byla způsobilá naplnit hypotézu ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona, jež stanoví, že zadávací řízení lze zrušit, pokud se v jeho průběhu vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.“*
35. *Co se týká druhého důvodu, tedy nedostatku finančních prostředků na pořízení předmětu veřejné zakázky, připouští předseda Úřadu ve svém rozhodnutí, že „může být sice posouzen jako skutečnost, která vznikla a trvá v průběhu zadávacího řízení, nicméně závěr o tom, že nedostatek finančních prostředků byl objektivně dán a představoval důvod pro zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. d) případně e) zákona, musí mít oporu ve správním spise. Úřad se při svém rozhodování nezabýval otázkou, zda skutečně došlo k takové změně rozpočtu zadavatele, jež by představovala podstatnou změnu okolností, která nastala v době od zahájení zadávacího řízení, a kterou zadavatel nemohl předvídat, ani ji nezpůsobil (§ 84 odst. 2 písm. d) zákona). Byť zadavatel zrušení zadávacího řízení (ve vztahu k nedostatku finančních prostředků ani k dřívějšímu pořízení majetku) neodůvodnil naplněním důvodu dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, tato tvrzení zadavatele jsou (v případě jejich prokázání) způsobilá též k naplnění tohoto výpovědního důvodu, ačkoli zadavatel zrušení zadávacího řízení o toto ustanovení neopřel a důvody pro zrušení zadávacího řízení kvalifikoval výlučně jako důvody dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona.“*
36. *Předseda Úřadu stanovil, že má Úřad v rámci dalšího řízení posoudit, „zda nastaly skutkové okolnosti tvrzené zadavatelem a zda tyto představují důvody pro zrušení zadávacího řízení ve smyslu § 84 zákona. Úřad by se měl tedy zabývat otázkou, zda skutečně odpadla potřeba pořízení předmětu veřejné zakázky v důsledku toho, že mezi Českou republikou a vládou USA byla uzavřena smlouva FMS. V rámci tohoto posouzení je třeba se zabývat nejen otázkou vzniku a trvání smlouvy FMS, ale též tím, zda předmět plnění je totožný, případně zaměnitelný s předmětem plnění veřejné zakázky a zda jeho pořízení (případně smluvní zajištění) je skutečně důvodem pro zrušení zadávacího řízení. V případě, že uzavření smlouvy FMS nebude prokázáno, resp. pokud nebude shledáno relevantním důvodem pro zrušení*

zadávacího řízení ve smyslu § 84 odst. 2 písm. d) nebo e) zákona a jediným důvodem pro zrušení zadávacího řízení bude objektivní nedostatek finančních prostředků na uhrazení nabídkových cen (bude-li prokázán), je nutno zkoumat, zda zadavatel při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky nepochybil, když tuto zadával jako podlimitní, ačkoli obdržel pouze nabídkové ceny, jež dosahují hodnot pro nadlimitní veřejné zakázky. V případě, že by zadavatel nepostupoval v souladu s § 13 zákona, je s ohledem na dikci § 84 odst. 2 písm. d) zákona, vyloučena aplikace tohoto ustanovení, neboť jeho použití je mimo jiné podmíněno tím, že zadavatel podstatné změny okolností (zde v podobě nedostatku finančních prostředků) nezpůsobil. V případě, že by nedostatek finančních prostředků byl Úřadem prokázán (byť by tento byl důsledkem nerespektování § 13 zákona ze strany zadavatele), nechť Úřad posoudí, zda tento nedostatek finančních prostředků vede k naplnění hypotézy uvedené v ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona, jež zadavatele opravňuje ke zrušení zadávacího řízení.“

Pokračování správního řízení

37. Úřad poté, co mu byla věc vrácena k novému projednání, dopisem č. j. ÚOHS-S570/2011/VZ-20742/2012/511/MGr ze dne 15. 11. 2012 účastníky řízení vyrozuměl o pokračování řízení. Současně jim usnesením č. j. ÚOHS-S570/2011/VZ-20743/2012/511/MGr z téhož dne stanovil lhůty, ve kterých se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí a vyjádřit své stanovisko v řízení, a zadavateli stanovil lhůtu k podání písemného vysvětlení ke stanovení předpokládané hodnoty předmětné veřejné zakázky podle § 13 odst. 1 zákona a doložení podkladů osvědčujících uváděné skutečnosti, doložení podkladů prokazujících, že předmět veřejné zakázky byl pořízen cestou Foreign Military Sales za nabídkovou cenu z ledna 2010, a k doložení podkladů prokazujících snížení finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje, v období od zahájení zadávacího řízení do jeho zrušení.
38. Ve stanovené lhůtě se dne 26. 11. 2012 vyjádřil zadavatel, který ke stanovení předpokládané hodnoty uvedl, že „v dubnu roku 2010 byla vydána ministerstvem financí řídící dokumentace na akci 107V32000-4034 „KMT pro brýle nočního vidění“ (2 ks) a č. 107V32000-4035 „Kyslíkový přístroj“ (10 ks) a bylo rozhodnuto pořídit požadované komodity cestou agentury NAMSA. První cenová nabídka agentury činila cca 2 545 000 Kč. V průběhu vyjednávání agentura odmítla garantovat dodávky požadovaných komodit do konce roku 2010 a oznámila novou cenu zboží na rok 2011 v hodnotě 95 000 EUR, což představovalo včetně cla, DPH a odměny zprostředkovateli cca 3 500 000 Kč (...). Následně zadavatel výběrové řízení zrušil a akce byly v původním znění zrušeny i v IS SMVS (Informační systém správy majetku ve vlastnictví státu). V souvislosti s požadavkem zabezpečit působení posádek vrtulníků v mezinárodních misích rozhodl ředitel sekce vyzbrojování Ministerstva obrany pořídit potřebné komodity formou Foreign Military Sales. Ke splnění tohoto úkolu byla dne 6. dubna 2010 uzavřena smlouva mezi Českou republikou – Ministerstvem obrany a LOM PRAHA s.p., jejíž přílohu tvoří uzavřená smlouva mezi Českou republikou Ministerstvem obrany a americkou stranou a tabulka cen jednotlivých komodit včetně KMT pro brýle nočního vidění – zkušební sada a kyslíkový přístroj – kyslíkové vybavení (...). Součet cen předmětných komodit v porovnání s nabídkou NAMSA představuje cca 3 100 000 Kč, bez odměny pro zprostředkovatele.“ Zadavatel dále uvádí, že na základě přehodnocení priorit uživatele, manažera 3. úrovně byla akce 107VZ17100-4005 „Vybava posádek vrtulníků – nákup“ zrušena. Přílohou ke svému vyjádření zaslal zadavatel Úřadu kopii „SALES

AGREEMENT No. CZE-XX ON Acquisition of TEST SET INFRARED VIEWER and OXYGEN EQUIPMENT PHODS for the Czech Republic Ministry of Defence“, kopii smlouvy ke koupi komodit tvořících předmět veřejné zakázky a kopii stanoviska ke snížení prostředků. Navrhovatel se ve stanovené lhůtě ani později nevyjádřil.

Závěry Úřadu

39. Úřad na základě § 112 a násl. zákona přezkoumal postup zadavatele a po zhodnocení předložených podkladů, vycházejí zejména z dokumentace, vyjádření účastníků řízení a rozhodnutí předsedy Úřadu, návrh zamítl. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
40. Ze smlouvy „SALES AGREEMENT No. CZE-XX ON Acquisition of TEST SET INFRARED VIEWER and OXYGEN EQUIPMENT PHODS for the Czech Republic Ministry of Defence“ (popis zboží je v příloze č. 1 k dané smlouvě, resp. ANNEX 1) vyplývá, že se vztahuje na pořízení 2 ks brýlí na noční vidění ANV126A-001 („TEST SET, INFRARED VIEWER“) a 10 ks kyslíkového přístroje („OXYGEN EQUIPMENT PHODS“). Cenové ujednání je obsaženo v čl. 5. „AMOUNT OF THE AGREEMENT“ předmětné smlouvy, přičemž cena je čl. 5.1 dohodnuta na 95 000 Euro.
41. Jak vyplývá z vyjádření zadavatele a rovněž z podkladů doložených Úřadu v rámci pokračování správního řízení, zadavatel vycházel při stanovení výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky z cen, které mu byly za předmět veřejné zakázky nabídnuty dříve.
42. Ze zprávy o posouzení hodnocení nabídek ze dne 26. 7. 2011 vyplývá, že nabídková cena uchazečů o veřejnou zakázku činila 8 056 219,20 Kč s DPH (tedy 6 713 516,- Kč bez DPH) a 8 400 792,- Kč s DPH (tedy 7 000 660,- Kč bez DPH).
43. Jak vyplývá z bodů 5. – 7. odůvodnění tohoto rozhodnutí, nebylo po vyhodnocení nabídek vyhověno požadavku ředitele odboru pořizování strategických zakázek o navýšení finančních prostředků pro tuto veřejnou zakázku tak, aby se vyrovnaly nejnižší nabídkové ceně navrhovatele. Naopak byly prostředky vyčleněné na veřejnou zakázku stornovány a ředitel odboru pořizování strategických zakázek byl požádán o zrušení zadávacího řízení.
44. V § 13 odst. 1 zákona je stanoveno, že se předpokládanou hodnotou veřejné zakázky pro účely tohoto zákona rozumí zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky, který je zadavatel povinen stanovit pro účely postupu v zadávacím řízení před jeho zahájením. Při stanovení předpokládané hodnoty je vždy rozhodná cena bez daně z přidané hodnoty. Z odst. 2 citovaného ustanovení dále vyplývá, že předpokládanou hodnotu stanoví zadavatel v souladu s pravidly stanovenými v tomto zákoně a na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění; nemá-li zadavatel k dispozici takové údaje, stanoví předpokládanou hodnotu na základě údajů a informací získaných průzkumem trhu s požadovaným plněním, popřípadě na základě údajů a informací získaných jiným vhodným způsobem. Pro stanovení výše předpokládané hodnoty je rozhodný den odeslání oznámení či výzvy o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění.
45. Po posouzení veškerých okolností případu a rovněž s přihlédnutím k podkladům doplněným zadavatelem na základě usnesení č. j. ÚOHS-S570/2011/VZ-20743/2012/511/MGr ze dne 5. 11. 2012, dospěl Úřad k závěru, že zadavatel při zrušení zadávacího řízení nepostupoval v rozporu se zákonem. K tomu Úřad uvádí, že zadavatel vycházel při stanovení předpokládané hodnoty z cen, které mu byly za předmět veřejné zakázky dříve nabídnuty,

tedy z objektivních hledisek. Zadavatel předpokládanou hodnotu veřejné zakázky určil podle vyšší z nabízených cen, přičemž tuto cenu ještě navýšil.

46. Stanovením předpokládané hodnoty a rovněž zařazením zakázky podle výše předpokládané hodnoty do „kategorie“ zakázky podlimitní zadavatel určil, v jakých finančních hranicích předpokládá vyšší nabídkových cen. Rovněž to je určitým signálem pro finanční možnosti zadavatele. Z výše uvedeného vyplývá (viz bod 42.), že zadavatel obdržel dvě nabídky, přičemž obě nabídkové ceny spadají do hodnot pro nadlimitní veřejnou zakázku a jsou zhruba dvojnásobné oproti výši předpokládané hodnoty. V takovémto případě nemůže žádný dodavatel s jistotou očekávat, že bude zadavatel disponovat dostatečnými finančními prostředky pro takovéto plnění, resp. že bude mít vyčleněno dostatečné množství finančních prostředků na danou akci ve svém rozpočtu, neboť i zadavatelé s rozpočty o vyšších finančních objemech mají vyčleněny určité sumy peněz na jednotlivé rozpočtové kapitoly či akce.
47. Úřad k věci dále uvádí, že zadavatel odůvodnil rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení rovněž skutečnostmi, které nezakládají legitimní důvod pro zrušení zadávacího řízení, tedy tím, že byl předmět veřejné zakázky pořízen zadavatelem již jinou cestou a jeho aktuální potřeba tedy odpadla. Nicméně nedostatek finančních prostředků s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem daného případu tak, jak jsou popsány výše, lze považovat za legitimní důvod pro zrušení zadávacího řízení a hodnocení ostatních uvedených důvodů již není pro posouzení případu nezbytné.
48. K navrhovatelem namítané účelnosti zrušení zadávacího řízení až v poslední den zadávací lhůty Úřad uvádí, že ze zadávací dokumentace vyplývá, že se ředitel odboru pořizování strategických zakázek v dopise ze dne 1. 8. 2011 snažil o navýšení finančních prostředků, aby mohl zadávací řízení řádně dokončit, což způsobilo časovou prodlevu mezi hodnocením nabídek a rozhodnutím o zrušení zadávacího řízení. V souvislostech šetřeného případu lze tedy považovat zrušení zadávacího řízení za učiněné bez zbytečného odkladu, přičemž není zřejmé, jak by mohl termín zrušení ovlivnit postavení uchazečů o veřejnou zakázku, neboť zadávací lhůta stanoví dobu, po kterou jsou uchazeči o veřejnou zakázku vázáni svými nabídkami, po jejím uplynutí dochází k oslabení postavení zadavatele, jež nemůže po uchazečích požadovat uzavření smlouvy, nikoliv k oslabení postavení uchazečů.
49. Na základě všech skutečností uvedených v tomto rozhodnutí Úřad dospěl k závěru, že v daném případě nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona, a proto Úřad rozhodl v šetřené věci tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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, třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 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

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Česká republika – Ministerstvo obrany, Tychonova 1, 160 01 Praha 6 (k č. j.: 2280/2011-1140)
2. Glomex MS, s.r.o., Pod Lipami 2562/31, 130 00 Praha 3 – Žižkov

Vypraveno dne

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