

Č.j.: 3R72/03-Ku

V Brně dne 30.1.2004

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 20.11.2003 podaném společností ODEON, s.r.o., se sídlem Petrská 29, 110 00 Praha 1, zast. jednatelem Ing. Zdeňkem Chytilým, CSc., právně zast. Mgr. Ladislavem Pavlů, advokátem AK Pavlů, Viková, se sídlem Hradební 3, 110 00 Praha 1, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 587-R/03-696/140/VŠ ze dne 29.10.2003, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele - České republiky – Ministerstva zahraničních věcí, se sídlem Loretánské náměstí 5, 118 00 Praha 1, zast. ministrem zahraničních věcí JUDr. Cyrilem Svobodou, v obchodní veřejné soutěži na „Nákup letenek a zajištění souvisejících služeb“, vyhlášené dne 29.4.2003 v Obchodním věstníku č. 17/03 pod zn. 170207-17/03 podle 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., jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu zvláštní komise ustavené podle § 61 odst 2 téhož zákona, rozhodl takto:

Napadené rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 587-R/03-696/140/VŠ ze dne 29.10.2003

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

Odůvodnění

Česká republika – Ministerstvo zahraničních věcí, se sídlem Loretánské nám. 5, 118 00 Praha 1, zast. ministrem zahraničních věcí JUDr. Cyrilem Svobodou (dále jen „zadavatel“) vyhlásil dne 29.4.2003 v Obchodním věstníku č. 17/03 pod zn. 170207-17/03 podle 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. a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon“) obchodní veřejnou soutěž k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku „Nákup letenek a zajištění souvisejících služeb“ (dále jen „soutěž“).

Do konce soutěžní lhůty obdržel zadavatel pět nabídek, mezi nimi i nabídku společnosti ODEON, s.r.o., se sídlem Petrákova 29, 110 00 Praha 1, zast. Ing. Zdeňkem Chytilým, CSc., právně zast. Mgr. Ladislavem Pavlů, advokátem AK Pavlů, Viková, se sídlem Hradební 3, 110 00 Praha 1 (dále jen „uchazeč“).

Po provedeném posouzení a hodnocení předložených nabídek doporučila komise pro posouzení a hodnocení nabídek (dále jen „komise“) pořadí nabídek, které se umístily na prvním až třetím místě takto:

1. ASIANA, spol. s r.o., se sídlem Terronská 68, 160 00 Praha 6, zast. PhDr. Šárkou Litvinovou (dále jen „ASIANA“),
2. uchazeč,
3. American Express, spol. s r.o., se sídlem Na Příkopě 1096/19, 117 19 Praha 1, zast. Ing. Janem Brázdou (dále jen „American Express“).

Zadavatel se s tímto doporučením ztotožnil a své rozhodnutí ze dne 8.8.2003 č.j. 103 710/2003 o výběru nejvhodnější nabídky oznámil dne 11.8.2003 všem hodnoceným uchazečům.

Proti tomuto rozhodnutí podal dne 12.8.2003 uchazeč námitky, kterým statutární zástupce po jejich přezkoumání dne 27.8.2003 nevyhověl. Zároveň uchazeče poučil o možnosti podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání rozhodnutí zadavatele (dále jen „návrh“) u orgánu dohledu, kterým je Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“). Uchazeč tohoto práva využil. ÚOHS obdržel výše uvedený návrh dne 5.9.2003 a tímto dnem bylo podle § 57 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení, jehož účastníky podle § 58 zákona jsou zadavatel, uchazeč, ASIANA a American Express.

Ve svém návrhu uchazeč zejména uvádí, že dle jeho mínění zadavatel porušil ustanovení § 34 odst. 4 zákona tím, že nevyločil z další účasti na veřejné zakázce uchazeče ASIANA z důvodu nesplnění soutěžní podmínky č. 5 bod f), čímž porušil ustanovení § 11 odst. 1 zákona, neboť tímto postupem zvýhodnil uvedeného uchazeče vůči jiným uchazečům o veřejnou zakázku. Toto tvrzení uchazeč odůvodňuje tím, že za účelem prokázání dalších kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky uložil zadavatel uchazečům v zadávací dokumentaci předložit mimo jiné údaje o obchodním obrátu uchazeče z činností

souvisejících s předmětem plnění 2000, 2001, 2002 (soutěžní podmínka č. 5 bod f). K tomuto bodu soutěžní podmínky č. 5 pak v zadávací dokumentaci soutěže zadavatel uvedl tento komentář: „Uchazeč v nabídce předloží údaje o celkovém obchodním obratu společnosti (osoby podávající nabídku) dosaženého za jednotlivé roky 2000, 2001 a 2002. Dále pak uvede obchodní obrat dosažený z činností (předmětu podnikání) obdobných, jako je předmět plnění veřejné zakázky (z činností obsahově souvisejících s předmětem plnění zadávané veřejné zakázky) za jednotlivé roky 1999, 2000, 2001 a 2002“.

Pokud jde o hodnocení splnění výše uvedené soutěžní podmínky, jak uvádí uchazeč, vyplývá ze zprávy komise o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 22.7.2003, s jejímž závěrem se zadavatel při rozhodování o výběru nejvhodnější nabídky ztotožnil, že zatímco ostatní uchazeči v souladu se soutěžní podmínkou č. 5 bod f) doložili jednak jejich celkový obchodní obrat a jednak obrat za prodej letenek dosažený v příslušných letech (viz zpráva komise – tabulka obsahující přehled obrátů dosažených jednotlivými uchazeči), uchazeč ASIANA předložil pouze celkový obchodní obrat společnosti s tím, že tento je shodný s obchodním obratem dosaženým z činností obdobných jako předmět plnění veřejné zakázky. V poskytnutém údaji zadavatel neshledal nedostatky a při hodnocení (kvantitativním) obratu uchazečů dosaženého z činností souvisejících s předmětem plnění vycházel u uchazeče ASIANA z celkového obchodního obratu. Dle mínění uchazeče však nemůže být celkový obchodní obrat uvedené společnosti shodný s obratem z činností souvisejících s předmětem plnění veřejné zakázky. Dle názoru uchazeče je třeba při výkladu pojmů „činnosti obdobné jako je předmět plnění veřejné zakázky“ či „činnosti obsahově související s předmětem plnění veřejné zakázky“ vycházet ze samotného názvu veřejné zakázky „Nákup letenek a zajištění s tím souvisejících služeb a rozumět těmito pojmi další činnosti (vedle prodeje letenek), které by měl vybraný uchazeč pro zadavatele zajišťovat, jejichž zajištění požaduje zadavatel v zadávací dokumentaci. Z tohoto důvodu by pak uvedený uchazeč ASIANA měl provozovat a mít obrat pouze z prodeje letenek a činností souvisejících s předmětem plnění veřejné zakázky, jež jsou specifikovány v zadání obchodní veřejné soutěže (př. rezervace letenek, jejich doručování, organizační a administrativní zajištění ...). Z výpisu z obchodního rejstříku, internetové nabídky a výroční zprávy společnosti ASIANA vyplývá, jak uvádí uchazeč, že tato společnost poskytuje a zajišťuje i služby, jež nelze zahrnout mezi prodej letenek, případně činnosti související s plněním veřejné zakázky. Jedná se např. o zajištění různých typů ubytování, sjednávání cestovního pojištění, studijní programy v zahraničí, pracovní programy v zahraničí, asistence při vyřizování víz. Z výroční zprávy uchazeče ASIANA za rok dokonce vyplývá, uvádí uchazeč, že se rozšiřuje škála nabízených služeb. „Kromě letenek, hotelů, pronájmu automobilů, je to zajišťování víz, studijních pobytů v zahraničí a dalších.“ Dále ze zprávy vyplývá, že společnost provozuje linkovou autobusovou dopravu na lince Praha – Karlovy Vary, kterážto také přímo nesouvisí s činností, jež se týká veřejné zakázky. Pokud uvedený uchazeč tyto činnosti provozuje, má z nich samozřejmě obrat a ten měl (stejně tak jako to učinili ostatní uchazeči) odlišit od obratu souvisejícího s předmětem plnění zakázky. Z výpisu z obchodního rejstříku je dále nepochybné, že uvedený uchazeč podniká i v oblasti nákupu a prodeje zboží, což již vůbec nesouvisí s předmětem zakázky.

Celkový obchodní obrat uvedené společnosti by byl shodný s obchodním obratem z činností souvisejících s předmětem plnění veřejné zakázky pouze za předpokladu, že bychom činnosti související (podobné) s předmětem plnění veřejné zakázky dle mínění uchazeče nesprávně interpretovali jako veškeré činnosti a služby, které s předmětem plnění veřejné zakázky nějak souvisejí. V tomto případě by ale tvrzení o tom, že celkový obchodní

obrat je shodný s obratem z činností souvisejících s předmětem plnění veřejné zakázky platilo i pro další, ne-li všechny uchazeče veřejné soutěže.

Na závěr svého návrhu se uchazeč domáhá, aby ÚOHS přezkoumal rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, toto rozhodnutí zrušil pro porušení zákona, případně zrušil celé zadání veřejné zakázky.

ÚOHS po přezkoumání návrhu a veškerého spisového materiálu vydal dne 29.10.2003 pod č.j. S 587-R/03-696/140/VŠ rozhodnutí, kterým podle § 59 písm. b) zákona zamítl návrh uchazeče s tím, že rozhodnutím zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky č.j. 103 710/2003 ze dne 8.8.2003 nedošlo k porušení zákona.

Své rozhodnutí odůvodnil ÚOHS zejména tím, že v soutěžní podmínce č. 1. Vymezení plnění veřejné zakázky podmínek zadání obchodní veřejné soutěže a zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že „Předmětem plnění veřejné zakázky je nákup letenek pro potřeby Ministerstva zahraničních věcí ČR a zajištění s tím souvisejících služeb. Rozsah a obsah předmětu plnění veřejné zakázky jsou podrobně specifikovány v zadávací dokumentaci soutěže. Uchazeči mohou podávat nabídky pouze na komplexní zajištění plnění veřejné zakázky v rozsahu nákupu letenek podle zadávací dokumentace soutěže („Tabulka 1 modelového výpočtu celkové výše nabídkové ceny“) a v rozsahu některých dalších služeb a činností s tím souvisejících. Nabídky k plnění veřejné zakázky musí být podány v souladu s těmito soutěžními podmínkami, v souladu se zadávací dokumentací soutěže a zejména pak v souladu s požadavky zadavatele na nákup letenek a zajištění služeb souvisejících s nákupem podle zadávací dokumentace soutěže. Nabídky na dílčí plnění se nepřipouští“.

Pokud zadavatel vyhlásil v komentáři k soutěžní podmínce č. 1 mezi „Požadavky zadavatele na nákup letenek a zajištění služeb souvisejících s nákupem letenek“ rovněž požadavek „l) Vybraný uchazeč je povinen v určitých případech na požadavek zadavatele rezervovat a zajistit v určených destinacích železniční jízdenky, lodní lístky, autobusové jízdenky a vozidla z půjčoven“, uchazečovo pojmání vymezení širě předmětu plnění veřejné zakázky je od samého počátku výrazně užší, než jaké vymezení širě předmětu plnění veřejné zakázky ve skutečnosti je. V soutěžní podmínce č. 5. Požadavky na prokázání dalších předpokladů k plnění veřejné zakázky podmínek zadání obchodní veřejné soutěže a zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že „Uchazeči prokáží další předpoklady k plnění veřejné zakázky tím, že předloží ... f) Údaje o obchodním obratu uchazeče z činností souvisejících s předmětem plnění (v nabídkách podrobně specifikovat) za roky 2000, 2001 a 2002“, aby pak dále v zadávací dokumentaci v komentáři k soutěžní podmínce č. 5 stanovil „K bodu f) Uchazeč v nabídce předloží údaje o celkovém obchodním obratu společnosti (osoby podávající nabídku) dosaženého za jednotlivé roky 2000, 2001 a 2002. Dále pak uvede obchodní obrat dosažený z činností (předmětu podnikání) obdobných, jako je předmět plnění zadávané veřejné zakázky (z činností obsahově souvisejících s předmětem plnění zadávané veřejné zakázky) za jednotlivé roky 1999, 2000, 2001 a 2002“.

Uchazeč ASIANA předložil ve své nabídce na straně 59 pod nadpisem „Celkové obchodní obraty společnosti (soutěž. pod. 5 f)“ hodnoty obchodních obrátů v korunách českých za léta 1999 až 2002, pod nimiž je uvedeno, že „Obchodní obrat dosažený z činností obdobných jako je předmět plnění zadávané veřejné zakázky je stejný jako celkový obchodní obrat společnosti“. Tento požadavek zadavatele uchazeč ASIANA tedy splnil. K tomu pak ÚOHS dále uvádí, že prokázání zadavatelem stanoveného dalšího předpokladu k plnění veřejné zakázky není v podmínkách zadání veřejné soutěže, ani v zadávací dokumentaci

vázáno na prokázání či ověření pravdivosti uchazečem ASIANA uvedených údajů. Dále ÚOHS uvádí, že ne vše, co má společnost zapsáno v předmětu podnikání je v tom kterém období předmětem jejího obchodního obratu. Zadavatel tedy neporušil § 34 odst. 4 zákona tím, že nevyloučil společnost ASIANA z další účasti v soutěži, neporušil ani § 11 odst. 1 zákona a hodnocení bylo provedeno v souladu s kritérii uvedenými v podmínkách zadání.

Proti tomuto rozhodnutí podal uchazeč v zákonné lhůtě rozklad, v němž zejména namítá, že zadavatel porušil § 34 odst. 4 zákona tím, že nevyloučil z další účasti v soutěži společnost ASIANA z důvodu nesplnění soutěžní podmínky č. 5) bod f), čímž porušil § 11 odst. 1 zákona. Uchazeč dále odkazuje na vymezení plnění veřejné zakázky a uvádí, že mezi předmět veřejné zakázky je třeba pojímat tyto činnosti: nákup letenek pro potřeby zadavatele, rezervace a zajištění železničních jízdenek, lodních lístků, autobusových jízdenek a zajištění vozidel z půjčoven a to pro potřeby zadavatele. Za účelem prokázání dalších kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky uložil zadavatel uchazečům předložit mimo jiné údaje o obchodním obratu uchazeče z činností souvisejících s předmětem plnění 2000,2001, 2002 (soutěžní podmínka č. 5) bod f). Uchazeči tedy měli předložit jednak údaje o celkovém obchodním obratu dosaženého v příslušných letech a jednak údaje o obchodním obratu dosaženého z činností obsahově souvisejících s plněním veřejné zakázky. Zatímco ostatní uchazeči doložili jednak jejich celkový obchodní obrat a jednak obchodní obrat dosažený z činností obdobných, uchazeč ASIANA předložil pouze celkový obchodní obrat společnosti s tím, že tento je shodný s obchodním obratem dosaženým z činností obdobných jako je předmět plnění veřejné zakázky. ASIANA se přitom zabývá řadou dalších činností a uchazeč se domnívá, že celkový obrat této společnosti není shodný s obratem z činností souvisejících s plněním veřejné zakázky. ASIANA k soutěžní podmínce č. 5 bod f) předložila pouze údaj o celkovém obchodním obratu a nikoli o obratu z činností souvisejících s předmětem plnění veřejné zakázky. Zadavatel tím, že ASIANU z důvodu nedoložení příslušných informací a podkladů z veřejné soutěže nevyloučil, porušil § 34 odst. 4 a § 11 odst. 1 zákona.

Závěrem svého rozkladu pak uchazeč navrhuje, aby předseda ÚOHS napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil k novému projednání.

Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:

ÚOHS tím, že svým rozhodnutím č.j. S 587-R/03-696/140/VŠ ze dne 29.10.2003 návrh uchazeče podle § 59 písm. b) zákona zamítl s tím, že zadavatel svým rozhodnutím č.j. 103710/2003 ze dne 8.8.2003 zákon neporušil, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

K námitkám rozkladu pak uvádím následující. Jak nepochybně vyplývá z předložené spisové dokumentace, zadavatel si v souladu s § 5 odst. 2 zákona vymezil další podmínky soutěže a tyto vyhlásil současně s podmínkami soutěže, jak mu ukládá citované ustanovení. Jednalo se o požadavek zadavatele na prokázání dalších předpokladů k plnění veřejné zakázky vyhlášené zadavatelem pod bodem „5) Požadavky na prokázání dalších předpokladů k plnění veřejné zakázky“, kde pod písm. f) zadavatel požadoval, aby „Údaje o obchodním obratu uchazeče z činností souvisejících s předmětem plnění (v nabídkách podrobně specifikovat) za roky 2000, 2001 a 2002“. V zadávací dokumentaci pak zadavatel provedl bližší vysvětlení a specifikaci svých požadavků uvedených bodu f). Zadavatel uvedl, že „Uchazeč v nabídce předloží údaje o celkovém obchodním obratu společnosti (osoby

podávající nabídku) dosaženého za jednotlivé roky 2000,2001 a 2002. Dále pak uvede obchodní obrat dosažený z činností (předmětu podnikání) obdobných, jako je předmět plnění zadávané veřejné zakázky (z činností obsahově souvisejících s předmětem plnění zadávané veřejné zakázky) za jednotlivé roky 1999, 2000, 2001 a 2002.“. Na straně 59 nabídky uchazeče ASIANA jsou pod nadpisem „Celkové obraty společnosti (soutěž. pod.5f)“ uvedeny celkové obraty společnosti ASIANA v zajišťování letenek za roky 1999 – 2002. Pod tímto přehledem je pak sděleno, že „obchodní obrat dosažený z činností obdobných jako je předmět plnění zadávané veřejné zakázky je stejný jako celkový obchodní obrat společnosti“. Nelze tedy souhlasit s námitkami uchazeče, že společnost nesplnila danou podmínku.

K pravdivosti údajů uvedených v nabídce společnosti ASIANA uvádím, že jakékoliv prokázání nebo ověření pravdivosti těchto údajů zadavatel jako součást nabídky nepožadoval. Je věcí zadavatele, aby pokud by měl nějaké pochybnosti o správnosti či pravdivosti určitých údajů, si je případně ověřit, ale v daném případě zadavatel pochybnosti o správnosti údajů neměl a nabídku společnosti ASIANA vybral jako nejvhodnější. V této souvislosti taktéž odkazuji na ustanovení § 2h zákona, kde je mimo jiné stanoveno, že za úplnost a správnost údajů obsažených v zadávací dokumentaci odpovídá zadavatel. Ve svém stanovisku k návrhu ze dne 12.9.2003 č.j. 130 517/2003 zadavatel pak na straně páté tohoto stanoviska vysvětlil, jaké důvody ho vedly k stanovení dané soutěžní podmínky. Zadavatel chtěl zajistit, aby úroveň poskytovaného plnění byla bezkolizní a pro zadavatele na co možná nejvíce vyhovující kvalitativní úrovni vzhledem k tomu, že předpokládaná výše peněžitého závazku ze smlouvy bude činit cca 31 – 32 mil. Kč.

Námítka uchazeče, že se „domnívá, že“ celkový obrat společnosti ASIANA není shodný s obratem z činností souvisejících s plněním veřejné zakázky, jsou vzhledem k výše uvedenému bezpředmětné a zadavatel tedy nepostupoval v rozporu se zákonem, když společnost ASIANA nevyhloučil ze soutěže pro nesplnění podmínek soutěže. Přezkoumal jsem i postupy zadavatele při výběru nejvhodnější nabídky a zjistil jsem, že výběrem nejvhodnější nabídky nedošlo k porušení zákona.

Pro úplnost uvádím, že podle § 52 zákona spočívá dohled nad dodržováním zákona prováděný ÚOHS zejména v přezkoumávání úkonů zadavatele, v kontrole postupů zadavatelů při zadávání veřejných zakázek, v účasti zástupců ÚOHS při otevírání obálek s nabídkami, zabezpečování statistických údajů a v ukládání sankcí. Dohled nad dodržováním zákona nespočívá v přezkoumávání pravdivosti údajů uvedených uchazeči v nabídkách či ověřování těchto údajů.

Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Ministerstvo zahraničních věcí, Loretánské nám. 5, 118 00 Praha 1, zastoupené místopředsedou vlády a ministrem zahraničních věcí JUDr. Cyrilem Svobodou
2. AK Pavlů, Viková, Mgr. Ladislav Pavlů, advokát, Hradební 3, 110 00 Praha 1
3. ASIANA, spol. s r.o., Terronská 68, 160 00 Praha 6, jednající PhDr. Šárkou Litvinovou
4. American Express, spol. s r.o., Na Příkopě 1096/19, 117 19 Praha 1, jednající jednatelem ing. Janem Brázdou