

Č.j.: 3R62/03-Ku

V Brně dne 12.1.2004

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 4.11.2003 podaném společností EDS, s.r.o., se sídlem Thámova 11/183, 186 00 Praha 8, zast. jednatelem Vlastimilem Pekařem, právně zast. Petrem Slachem, advokátem advokátní kanceláře Squire, Sanders&Dempsey, v.o.s., se sídlem Václavské nám. 57/813, 110 00 Praha 1, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 588-R/03-702/140/VŠ ze dne 14.10.2003, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele - České republiky – Ministerstva obrany, se sídlem Tychonova 1, 160 00 Praha 6, zast. ministrem obrany Miroslavem Kostelkou, při zadání veřejné zakázky na provedení a dodání „Úvodní studie Průřezového informačního systému Ministerstva obrany“, výzvou ze dne 30.5.2003 více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle § 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., 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 588-R/03-702/140/VŠ ze dne 14.10.2003

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

Česká republika – Ministerstvo obrany, se sídlem Tychonova 1, 160 00 Praha 6, zast.ministrem obrany Miroslavem Kostelkou (dále jen „zadavatel“) vyzval více zájemců k podání nabídky na provedení a dodání „Úvodní studie Průřezového informačního systému Ministerstva obrany“ (dále jen „soutěž“) podle § 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. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon“).

Zadavatel obdržel do konce soutěžní lhůty celkem pět nabídek, mezi nimi i nabídku společnosti EDS, s.r.o., se sídlem Thámova 11/183, 186 00 Praha 8, zast.Vlastimilem Pekařem (dále jen „uchazeč“), který však byl rozhodnutím zadavatele ze dne 24.7.2003 pod č.j.: 03/373-25-4164 podle ustanovení § 49 odst. 9 zákona vyloučen z další účasti na veřejné zakázce. Jako důvod vyloučení uchazeče zadavatel uvedl, že „jste:

- 1) konečnou nabídkovou cenu pro zadavatele nerozčlenili dle čl. 5 výzvy na dvě položky, a
- 2) nesplnili požadavek stanovený zadavatelem v čl. 11 výzvy, a to tím, že součástí Vaší nabídky je dokument s textem v jazyce jiném než českém bez překladu provedeného tlumočnickem zapsaným v seznamu dle zákona č. 36/1967“.

Proti tomuto rozhodnutí podal dne 1.8.2003 uchazeč námitky. Statutární orgán zadavatele dne 11.8.2003 oprávněnost uchazečem vznesených námitek přezkoumal a námitku ke shora uvedenému prvnímu důvodu vyloučení shledal oprávněnou, námitce k druhému důvodu vyloučení uchazeče však s odůvodněním 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 a uchazeč.

Ve svém návrhu uchazeč zejména uvádí, že nabídka má být dle výzvy zadavatele zpracována v českém jazyce, ale také, že strany nabídky mají být podle této výzvy očíslovány – viz body 11.1 a 11.3 výzvy. Jak vyplývá z nabídky uchazeče, vše, co bylo požadováno zadavatelem pro hodnocení, bylo přeloženo do českého jazyka a rovněž i očíslováno – viz strana 1 až 157 nabídky. Aby toto bylo jednoznačně zřejmé, v patičce nabídky pro hodnocení je jasně uvedeno, že jde o „Odpověď společnosti EDS na Výzvu k podání nabídky na provedení a dodání Úvodní studie Průřezového informačního systému Ministerstva obrany, č.j. 03/373/6-4164, ze dne 30.5.03“. Předmětná příloha, na základě které zadavatel rozhodl o vyloučení nabídky uchazeče z další účasti na veřejné zakázce a statutární orgán zadavatele toto rozhodnutí potvrdil, byla v nabídce sice uvedena v obsahu, i když je jasné, že jde o přílohu a byla sice prošita šňůrkou, ale neměla očíslovány stránky. V tomto případě však neznamená, že vše, co je prošito, je nedílnou součástí nabídky. Uchazeč dále upozorňuje, že číslování nabídkových materiálů prakticky nahrazuje parafování jednotlivých stran a tedy strany, které nebyly parafovány (tedy očíslovány) jsou pouze navíc a slouží pouze jako propagační materiál (jinak by nebyl přece problém jednotlivé stránky v přílohách ručně očíslovat). Z textu nabídky vyplývá, že požadavek na český překlad je určen pro reference, které tvoří 70% hodnotícího kritéria a tedy přílohy nemohly v žádném případě zvýhodnit

uchazeče proti ostatním. Požadavek zadavatele na předložení nabídky v českém jazyce je zcela pochopitelný vzhledem k tomu, že český jazyk je v České republice úředním jazykem. Z tohoto důvodu také všechny materiály v nabídce rozhodné pro hodnocení této nabídky jsou v českém jazyce. Sporná příloha byť prošíta, ale neočíslovaná je skutečně pouze marketingovým materiálem, který nemá žádný vliv na rozhodování o naší nabídce.

Na závěr svého návrhu žádá uchazeč o zrušení rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení „a navrácení nabídky společnosti EDS, s.r.o. do výběrového řízení“.

ÚOHS po přezkoumání návrhu a veškerého spisového materiálu vydal dne 14.10.2003 pod č.j. S 588-R/03-702/140/VŠ rozhodnutí, kterým podle § 60 písm. a) zákona zamítl návrh uchazeče s tím, že rozhodnutím zadavatele o jeho vyloučení č.j. 03/373-25-4164 ze dne 24.7.2003 nedošlo k porušení zákona.

Své rozhodnutí odůvodnil ÚOHS zejména tím, že v bodě 11.1. čl. 11. Požadavek na formální úpravu, strukturu a obsah nabídky podmínek zadání veřejné zakázky (výzvy) zadavatel stanovil, že „Nabídka bude zpracována v 1 originále a 9 naprosto s originálem shodných kopiích v písemné formě v českém jazyce s číslovanými stránkami“, v bodě 11.3. téhož článku, že „Na dalším listu nabídky uchazeče bude „OBSAH“ s uvedením názvu jednotlivých kapitol (částí, bodů, příloh apod.) a čísel stránek“ a v bodě 11.4. písm. l) téhož článku pak, že „V případě, že součástí nabídky budou dokumenty v jiném než českém jazyce, je uchazeč povinen přiložit i jejich překlad provedený tlumočnickem zapsaným do seznamu dle zákona č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících. Všechny výtisky nabídky budou prošity, provázány šňůrkou, jejichž konec po převázání musí být přelepen zálepkou a opatřen razítkem uchazeče“. Uchazeč pak v předložené nabídce na nečíslovaných úvodních stranách uvádí obsah nabídky, v jehož samotném závěru stojí: „Přílohy

1. Případové studie EDS systémů a vyvinutých aplikací pro vojenský sektor
2. EDS v obraně – katalog.“

Druhou výše uvedenou přílohu nabídky tvoří barevný katalog, sestávající s titulní strany s názvem „EDS – in defence“, deseti samostatně číslovaných stran (1 až 10) a závěrečné strany, přičemž celý je pojednán jako kombinace textu v anglickém jazyce a ilustračních fotografií. Jako závěrečná součást nabídky je katalog spolu s ostatními jejími součástmi provázán šňůrkou, jejíž konec po převázání je přelepen a opatřen razítkem uchazeče. Na rozdíl od ostatních dokumentů v anglickém jazyce, které jsou součástí nabídky uchazeče a je k nim přiložen zadavatelem požadovaný překlad provedený tlumočnickem, k uvedenému katalogu (dokumentu) zadavatelem požadovaný překlad provedený tlumočnickem přiložen není. Z uvedeného vyplývá, že uchazeč u dokumentu, který je nespornou součástí jeho nabídky a je v jiném než českém jazyce, nesplnil ve výše uvedeném bodě 11.4. písm. l) čl. 11 podmínek zadání veřejné zakázky (výzvy) zadavatelem stanovený požadavek a byl proto podle ustanovení § 49 odst. 9 zákona vyloučen z další účasti na veřejné zakázce právem. Dále ÚOHS uvádí, že pokud by zadavatel uchazeče nevyloučil z další účasti na veřejné zakázce, jednal by v rozporu s ustanovením § 11 odst. 1 zákona, protože žádný z uchazečů o veřejnou zakázku nesmí být zvýhodněn proti ostatním s výjimkami uvedenými v ustanovení § 11 odst. 2 a 3 zákona.

Proti tomuto rozhodnutí podal uchazeč v zákonné lhůtě rozklad, v němž zejména namítá, že napadené rozhodnutí je v rozporu se zákonem, a to § 2 písm. g) zákona s tím, že za součást nabídky nemůže být považován dokument, jehož předložení není požadováno v zadání veřejné zakázky a zadavatel tedy nebyl oprávněn uchazeče vyloučit z další účasti na

veřejné zakázce. Tím, že ÚOHS rozhodnutí zadavatele potvrdil, porušil základní pravidlo správního řízení. Dále uchazeč uvádí, že pojem nabídka je v § 2 písm. g) zákona definován jako návrh na uzavření smlouvy doložený doklady požadovanými v zadání veřejné zakázky. Za součást nabídky nelze tedy považovat dokument, který není návrhem smlouvy, ani nebyl požadován v zadání veřejné zakázky. V dané věci je nutno vycházet z uvedené definice a nikoli z hledisek, jako je formální úprava dokumentu, skutečnost, že byl podán současně s nabídkou, případně skutečnost, že byl zahrnut do jednoho dokumentu s nabídkou.

Uchazeč dále uvádí, že katalog EDS v obraně není návrhem smlouvy a nepatří ani mezi doklady, kterými měl podle zadání veřejné zakázky být návrh smlouvy doložen. Jelikož katalog EDS v obraně nelze považovat za součást nabídky, zadavatel nebyl oprávněn navrhovatele vyloučit z další účasti na veřejné zakázce a ÚOHS porušil princip legality správního řízení.

Ze zadání veřejné zakázky nevyplývá, že by nabídka měla být vyřazena z důvodu, že k nabídce byl jako příloha přiložen katalog EDS v obraně, jehož předložení v zadání nebylo požadováno, a který tedy nebyl součástí nabídky. Přiložením katalogu EDS v obraně neporušil uchazeč žádný jiný požadavek. Jak zadání soutěže, zejména článek 11, tak zákon v § 9 odst. 1 upravuje formální a obsahové náležitosti nabídky, avšak z těchto ustanovení nevyplývá, že by k nabídce nesměl být přiložen dokument, který nevyhovuje zákonné definici podle § 2 písm. g) zákona a není proto její součástí, byť by byl jako její součást, respektive jako její příloha, označen a splňoval by zároveň některé další formální znaky začlenění do nabídky (prošití šňůrkou apod.).

Vlastní výzva k podání nabídky je zmatečná, neboť přisuzuje hodnotovou váhu referencím, které nejsou ve výzvě požadovány, a tudíž nejsou součástí nabídky a je v rozporu s kontraktačním principem. Z výzvy není jasné, co bude tvořit jedno z celkově tří kritérií, kterému navíc zadavatel přiřadil 70% váhovou hodnotu. Dále je výzva zmatečná i z toho důvodu, že vyžaduje jednání, které je v rozporu s doktrínou uznávaným kontraktačním postupem, kdy smluvní strana předkládá svoji nabídku, tj. návrh smlouvy, nikoli pouze smluvní podmínky a adresát tohoto návrhu jej buď akceptuje, nebo odmítne, nebo modifikuje, to však již s účinky nového návrhu.

Dále uchazeč uvádí, že došlo i k formálním vadám řízení, kdy v oznámení o zahájení správního řízení ÚOHS zmiňuje možnost vyjádřit se ke zjištěným skutečnostem, které budou podkladem pro rozhodnutí, a to do 10.10.2003. Není však jisté, že ÚOHS bude k 10.10. 2003 mít veškeré podklady, které bude potřebovat k rozhodnutí ve věci. V této souvislosti pak uchazeč odkazuje na § 23 správního řádu. Jako další formální vadu vidí uchazeč v tom, že v napadeném rozhodnutí zcela chybí hodnocení jednotlivých podkladů pro rozhodnutí a právní analýza.

Závěrem svého rozkladu uchazeč požaduje, aby předseda ÚOHS změnil napadené rozhodnutí tak, že rozhodnutí zadavatele ze dne 24.7.2003 o jeho vyloučení se zrušuje.

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 tým, že svým rozhodnutím č.j. S 588-R/03-702/140/VŠ ze dne 14.10.2003 zamítl podle § 60 písm. a) zákona návrh uchazeče s tím, že zadavatel svým rozhodnutím č.j. 03/373-25-4164 ze dne 24.7.2003 o vyloučení uchazeče ze soutěže neporušil zákon, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

K jednotlivým námitkám rozkladu pak uvádím následující.

Zadavatel ve výzvě jednoznačně v bodě „11. Požadavek na formální úpravu, strukturu a obsah nabídky“ uvedl, že budou-li součástí nabídky dokumenty v jiném než českém jazyce, je uchazeč povinen přiložit i jejich překlad provedený tlumočnickem zapsaným v seznamu dle zákona č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících. Z předložené nabídky uchazeče nepochybně vyplývá, že tato se člení na dvanáct částí a dvě přílohy. První přílohou jsou „Případové studie EDS systémů a vyvinutých aplikací pro vojenský sektor“ a druhou přílohou je katalog „EDS v obraně“, který je však v anglickém jazyce bez požadovaného překladu do českého jazyka. Tyto obě přílohy jsou neoddělitelně zařazeny v nabídce uchazeče. Tato nabídka je podle požadavků zadavatele prošita, provázána šňůrkou, jejíž konce jsou po převázání přelepeny zálepkou a opatřeny razítkem uchazeče. Uchazeč tedy nepostupoval v souladu s článkem 11. výzvy, když i katalog EDS v obraně neopatřil překladem.

K námitkám uchazeče odkazujícím na vymezení pojmu nabídky pak uvádím, že posuzovat v daném případě nabídku uchazeče pouze ve světle vymezení základního pojmu nabídky podle ustanovení § 2 písm. g) zákona lze považovat za nepřipustné zjednodušení, které zcela pomíjí projev vůle uchazeče, jenž splněním požadavků zadavatele stanovených v bodě 11.1., 11.3. a 11.4. písm. l) věta poslední bodu „11. Požadavek na formální úpravu, strukturu a obsah nabídky“ výzvy, učinil zcela vědomě vše proto, aby se katalog EDS v obraně („EDS – in defence“) stal součástí nabídky uchazeče. Odkazem na vymezení základního pojmu nabídky podle ustanovení § 2 písm. g) zákona nelze učinit nicotným projev vůle uchazeče, ani právní následky tohoto projevu vůle. Důvodem vyloučení uchazeče z další účasti na veřejné zakázce bylo nesplnění bodu 11. výzvy, a to zadavatelem stanoveného požadavku, že dokumenty předložené v jiném než českém jazyce musí být přeloženy. Zadavatel přitom nerozlišoval, o jaké dokumenty se mělo jednat a je zcela nerozhodné, zda katalog EDS v obraně je pouze „marketingovým materiálem“. Významné pro posouzení dané věci je ta skutečnost, že tento „materiál“ byl v jiném než v českém jazyce a nebyl opatřen překladem. K námitkám uchazeče, že katalog EDS v obraně nebyl zadavatelem požadován v zadání, a že není součástí nabídky pak uvádím, že není zcela zřejmé, proč ho tedy uchazeč předkládal v nabídce, začlenil ho do nabídky, prošil šňůrkou, přelepil a orazítkoval.

K námitkám, že výzva zadavatele je zmatečná, když není jasné, co bude tvořit jedno z celkově tří kritérií, kterému navíc přiřadil zadavatel váhu 70% uvádím, že zadavatel v bodě „4. Způsob hodnocení nabídek“ výzvy zcela jednoznačně stanovil, co rozumí pod pojmem reference, a které reference bude hodnotit. V citovaném bodě je srozumitelně a nade vší pochybnost uvedeno, že „referencemi se rozumí doporučení, dobrozdání, kladný posudek apod. čili to, co zadavateli osvědčí technickou, materiální, odbornou, kapacitní a jinou schopnost ke splnění zakázky, nikoliv pouhý seznam provedených obdobných zakázek“. Dále zadavatel specifikuje, že budou „v rámci tohoto kritéria hodnoceny reference provedených obdobných zakázek v roce 1999 a po něm a pouze reference osvědčující výstavbu nebo integraci informačních systémů atd“. Zadavatel také ve výzvě uvedl, že budou hodnoceny pouze reference od subjektů, jejichž počet uživatelů informačních systémů, přesahuje 500. Takto popsany způsob hodnocení není zmatečný, jak namítá uchazeč v rozkladu. Námitku o zmatečnosti výzvy namítl uchazeč až v rozkladu, nenamítl ji v námitkách, ba ani v návrhu a

pokud by celá výzva byla zmatečná, zajisté by uchazeč v rozkladu nepožadoval vrátit zpět do „zmatečné soutěže“. To, že není uvedeno v bodě 11. výzvy, že součástí nabídky musí být reference, není vadou zadání, jak tvrdí uchazeč v rozkladu. V daném případě jsou „reference uchazeče“ kritériem hodnocení a ne kvalifikačním předpokladem, při jejímž nesplnění musí zadavatel vyloučit příslušného uchazeče ze soutěže. V daném kritériu by pak příslušný uchazeč byl hodnocen např. pouze 1 bodem tak, jak vyplývá ze způsobu hodnocení nabídek, které si zadavatel stanovil (nabídka vyhovuje nejméně – 1 bod).

K další námitce týkající se zmatečnosti výzvy uvádím, že ani vyhlášením bodu „13. Všeobecné smluvní podmínky“, zadavatel neporušil zákon. V bodě 13 výzvy zadavatel stanovil, že „Součástí této výzvy jsou následující všeobecné smluvní podmínky, které budou obsaženy ve smlouvě uzavřené na základě této veřejné zakázky v souladu s § 49 odst. 10 zákona s uchazečem, jež předloží nejvhodnější nabídku. Každý uchazeč o tuto veřejnou zakázku předloží ve své nabídce souhlas s textem těchto všeobecných smluvních podmínek. Ve výsledné smlouvě pak budou ze strany uchazeče doplněny pouze údaje o něm a údaje o ceně, které budou vycházet z uchazečovy nabídky. Smlouva s uchazečem se ve smyslu § 262 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů, se bude řídit tímto zákonem a ustanoveními zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právu souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (dále jen „AZ“) a bude uzavřena dle § 269 odst. 2 Obch.“. Textem výzvy nebyl narušen kontraktní postup, jak tvrdí uchazeč v rozkladu. Je pouze na uchazeči, zda souhlasí s těmito všeobecnými smluvními podmínkami. Pokud by kterýkoliv uchazeč nesouhlasil s textem všeobecných smluvních podmínek, zajisté by do soutěže nepodal nabídku a navíc by neprojevil „souhlas s textem všeobecných smluvních podmínek“, který měl být dle bodu 11. výzvy součástí nabídky. Uchazeč však tento souhlas projevil a až v rozkladu namítá zmatečnost výzvy, když ji neuplatnil před podáním nabídky, neuplatnil ji ani v námitkách a ba ani v návrhu na přezkoumání rozhodnutí zadavatele.

K námitkám, že v oznámení o zahájení správního řízení byl uchazeč vyzván k vyjádření se ke všem zjištěným skutečnostem uvádím, že ÚOHS sice s jistotou nemůže skutečně dne 16.9.2003 vědět, že k 10.10.2003 bude mít již veškeré podklady nutné pro vydání rozhodnutí, ale za vzniklé situace, běhu času i možnosti uložení sankce podle § 62 zákona a povinnosti dostát ustanovení § 33 odst. 2 správního řádu, to lze předpokládat. V případě nutnosti doplnění dokazování, může ÚOHS stanovený termín vždy prodloužit. K této situaci však nedošlo a žádnému z účastníků řízení nebylo právo na vyjádření se k podkladům řízení nebo právo k nahlédnutí do spisu odepřeno, jak tvrdí uchazeč.

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

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Česká republika - Ministerstvo obrany, se sídlem Tychonova 1, 160 00 Praha 6, zast. ministrem obrany Miroslavem Kostelkou,
2. Petr Slach, advokát advokátní kanceláře Squire, Sanders&Dempsey, v.o.s., se sídlem Václavské nám. 57/813, 110 00 Praha 1,
3. spis.