

Č. j.: S 151/01-152/3561/01-Po/jl

V Brně dne 3. září 2001

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 24.7.2001 z vlastního podnětu podle § 57 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. a zákona č. 142/2001 Sb. v návaznosti na § 18 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb. a zákona č. 227/2000 Sb. ve věci přezkoumávání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele České republiky, Ministerstva zemědělství, Těšnov 17, 117 05 Praha 1, zastoupeného Ing. Janem Fenclem, ministrem – učiněných při zadávání veřejné zakázky „dodávka software firmy Microsoft podle podmínek smlouvy Select“, zadané výzvou ze dne 18.10.1999 podle § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb., **rozhodl takto:**

Zadavatel Česká republika – Ministerstvo zemědělství závažným způsobem porušil:

- § 49 odst. 4 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb., v návaznosti na § 6 odst. 3 cit. zákona, neboť nehodnotil nabídky podle kritérií uvedených v zadání veřejné zakázky,
- § 50 odst. 1 písm. c) zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb., neboť navýšil cenu za splnění veřejné zakázky stanovenou ve smlouvě uzavřené s uchazečem Compaq Computer, s. r. o., dne 14.12.1999, aniž by respektoval hranici 50 % ceny původní veřejné zakázky, do níž je ještě možno postupovat při zadávání veřejné zakázky výzvou jednomu zájemci podle § 50 odst. 1 písm. c) cit. zákona.

Za zjištěná závažná porušení zákona č. 199/1994 Sb. o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb. se zadavateli Ministerstvu zemědělství České republiky, podle § 62 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. a zákona č. 142/2001 Sb. ukládá pokuta ve výši 10 000,- Kč (deset tisíc korun českých). Pokuta je splatná do 30 dní od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754 - 24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 1510115001.

## O d ů v o d n ě n í

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) obdržel dne 3.4.2001 od České republiky – Ministerstva zemědělství, Těšnov 17, 117 05 Praha 1, zastoupeného Ing. Janem Fenclem, ministrem (dále jen „zadavatel“), „Zprávu o provedené kontrole zadávání veřejných zakázek – nákup výpočetní techniky na odboru statistických a informačních služeb Ministerstva zemědělství ČR“ (dále jen „kontrolní zpráva“), kterou vypracoval „odbor vnitřní kontroly a supervize – 1010“ Ministerstva zemědělství.

V kontrolní zprávě je mj. uvedeno, že v průběhu zadávání veřejné zakázky „dodávka software firmy Microsoft podle podmínek smlouvy Select“ nebylo provedeno hodnocení nabídek v souladu s kritérii uvedenými v podmínkách soutěže, čímž došlo k ovlivnění výsledného pořadí firem.

Orgán dohledu si proto od zadavatele vyžádal dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky.

Z dokumentace o zadání předmětné veřejné zakázky orgán dohledu zjistil, že zadavatel dopisem ze dne 18.10.1999 vyzval podle § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb. (dále jen „zákon“) pět zájemců k předložení nabídky na veřejnou zakázku „dodávka software firmy Microsoft podle podmínek smlouvy Select“. Ve lhůtě pro podání nabídek Zadavatel obdržel nabídky čtyř uchazečů; žádný z nich nebyl z další účasti na veřejné zakázce vyloučen. Dne 14.12.1999 zadavatel uzavřel „prováděcí smlouvu o dodávkách software Microsoft a souvisejících služeb“ s uchazečem Compaq Computer, s. r. o., , Na Pankráci 26, 140 00 Praha 4 (dále jen „Compaq“), jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější.

Jelikož po prostudování dokumentace o zadání veřejné zakázky získal orgán dohledu pochybnosti o správnosti rozhodnutí a dalších úkonů učiněných zadavatelem v průběhu zadávání uvedené veřejné zakázky, zahájil správní řízení z úřední povinnosti, jehož jediným účastníkem je zadavatel.

Zahájení řízení oznámil orgán dohledu zadavateli dopisem č.j.S 151/01-152/3006/01–Po ze dne 20.7.2001, v němž uvedl skutečnosti, které budou podkladem pro rozhodnutí a stanovil lhůtu, ve které se účastník řízení mohl k podkladům pro rozhodnutí vyjádřit.

V dopise č. j. S 151/01-152/3006/01–Po ze dne 20.7.2001 orgán dohledu mj. uvedl následující (zestručněno):

Ke způsobu zadání veřejné zakázky orgán dohledu zjistil, že v bodu 1. výzvy „Vymezení plnění veřejné zakázky“ zadavatel uvedl: „Dodávka softwaru firmy Microsoft podle podmínek rámcové smlouvy Microsoft Select, ver. 4.0, č. 38-50022 uzavřené mezi Úřadem pro státní informační systém, Havelkova 22, 13 000 Praha 3 a firmou Microsoft Ireland Operations Limited dne 31. 5. 1999. Účelem veřejné zakázky je uzavření prováděcí smlouvy na dodávku software firmy Microsoft podle podmínek uvedené rámcové smlouvy Microsoft-Select, ver. 4.0. MZe ČR v této smlouvě vystupuje jako Registrovaný zákazník a současně je afilací Hlavního zákazníka (ÚSIS), vybraný zájemce bude Hlavním prodejcem. K prováděcí smlouvě mohou přistoupit další rozpočtové organizace z resortu Ministerstva zemědělství jako afilace Hlavního zákazníka, kterým budou poskytnuty sublicence podle

ustanovení čl. 12 d) rámcové smlouvy.“ Konkrétní informace o druhu požadovaných produktů nebo jejich množstvích ve výzvě uvedeny nejsou.

Ke smlouvě uzavřené dne 14.12.1999 a k nabídce uchazeče Compaq orgán dohledu v oznámení o zahájení správního řízení uvedl skutečnosti, které vypovídají o tom, že obsah uzavřené smlouvy se liší od obsahu návrhu smlouvy předloženého v nabídce uchazeče Compaq.

Ke kritériím hodnocení bylo uvedeno zjištění, že zadavatel kritéria hodnocení ve výzvě stanovil takto: služby nabízené dodavatelem, cena produktů (způsob konstrukce ceny od doporučené ceny firmou Microsoft) a ceny dalších služeb, seznam významných zakázek (tj. zkušenost dodavatele, zavedení a perspektivnost firmy na trhu), návrh smlouvy o dodávce. Ze zprávy zadavatele „o výběru nejvhodnější nabídky“ ze dne 24.11.1999 vyplývá, že nabídky byly hodnoceny podle těchto kritérií: splnění požadavků zadání, nabízené služby, ceny produktů Microsoft, ceny dalších služeb, reference, návrh smlouvy. Nejvyšší váha (10) byla při hodnocení přidělena kritériu „splnění požadavků zadání“.

Dopisem č. j. S 151/01-152/3006/01–Po ze dne 20.7.2001 orgán dohledu mj. rovněž požádal zadavatele o vysvětlení některých skutečností. Zadavatel žádosti orgánu dohledu vyhověl a požadované skutečnosti sdělil dopisem ze dne 31.7.2001. Na základě skutečností uvedených v dopisu zadavatele ze dne 31.7.2001 požádal orgán dohledu zadavatele mj. o sdělení výše finančního závazku, která zadavateli vznikla ze zadání veřejné zakázky (ze smlouvy uzavřené dne 14.12.1999 a jejích dodatků) a o zaujetí stanoviska k navýšení ceny za splnění veřejné zakázky o více než 50 %. Zadavatel dopisem ze dne 10.8.2001, doplněným dopisem ze dne 27.8.2001, orgánu dohledu mj. sdělil, že výše finančních prostředků vynaložených na „dodávku software firmy Microsoft podle podmínek smlouvy Select“ v letech 1999, 2000 a do 30.6.2001 činila 7 588 092, 45 Kč a že k navýšení ceny o více než 50 % došlo nedopatřením objednávkou afilace Ministerstva zemědělství Státní meliorační zprávy bez předchozího souhlasu Ministerstva zemědělství.

Po přezkoumání dokumentace o zadání veřejné zakázky orgán dohledu k podání účastníka správního řízení a k celému případu uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### Ke způsobu zadání veřejné zakázky

Podle § 67 odst. 1 cit. zákona rozhodující pro použití tohoto zákona, t.j. pro způsob zadání veřejné zakázky, je výše předpokládaného peněžitého závazku bez daně z přidané hodnoty, který vznikne zadavateli ze zadání veřejné zakázky. Znalost rozsahu veřejné zakázky a tím i předpokládané výše budoucího peněžitého závazku je nezbytná pro určení příslušného způsobu zadání veřejné zakázky. Zadavatel v zadání předmětné veřejné zakázky nedostatečně specifikoval její předmět a rozsah, od kterého se odvíjí i způsob zpracování nabídek uchazeči o veřejnou zakázku, což ve svém důsledku vedlo k tomu, že smlouva o plnění veřejné zakázky uzavřená s vybraným uchazečem se lišila od smlouvy doložené v nabídce předložené vybraným uchazečem.

Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že stanovení přesných a transparentních podmínek zadání veřejné zakázky považuje za prioritní rovněž Vrchní soud v Olomouci např. ve svém rozsudku č. j. 2 A 4/2000 ze dne 29.6.2000, ve kterém je mj. uvedeno: „...S výjimkou přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu nejde o správní řízení, tedy zákon neobsahuje procesní normu, jíž by se mělo zadávání veřejných zakázek řídit, nýbrž o postup

závazný stejnou měrou pro zadavatele i pro uchazeče. Uvádění příslušných ustanovení zákona upravujících tento postup do praxe přináší s sebou úskalí potřeby výkladu. Jelikož výklad zákona působící toliko inter partes nemůže podat zadavatel, lze jej očekávat od správního orgánu realizujícího svou dohledovou pravomoc. Při jeho úvahách o zákonnosti rozhodnutí zadavatele by mělo být vůdčí směřování k co největší průhlednosti aplikovaných postupů. Výklad zákona nemůže abstrahovat od požadavku transparentnosti procesu zadávání. V posuzovaném případě to znamená, že zadání zadávacích a soutěžních podmínek musí být jednoznačné a srozumitelné“.

K výše uvedeným skutečnostem orgán dohledu konstatuje, že vymezení podmínek výzvy včetně předmětu plnění veřejné zakázky sice nebylo zcela konkrétní, avšak s ohledem na to, že žádným ze zájemců o veřejnou zakázku nebyly podmínky zadání zpochybněny a s přihlédnutím k době zadání předmětné veřejné zakázky a posuzování obdobných případů v daném období, nezpochybňuje vlastní zadání veřejné zakázky (zakázka již byla realizována). Orgán dohledu však zdůrazňuje, že v současné době, kdy zákon o zadávání veřejných zakázek je v účinnosti již více než šest let, by zjištění (např. při přezkumu postupu zadavatele na základě návrhu některého z uchazečů o veřejnou zakázku) takto či obdobně stanovených nekonkrétních podmínek zadání veřejné zakázky bylo důvodem ke zrušení zadání veřejné zakázky.

Ke skutečnosti, že obsah smlouvy doložené v nabídce uchazeče, se liší od smlouvy uzavřené dne 14.12.1999 zadavatel ve svém stanovisku ze dne 10.8.2001 mj. uvedl, že sice nemá k dispozici kompletní dokumentaci, ale domnívá se, že „v nabídce se jednalo o obecnou smlouvu na dodávku HW a SW společnosti Compaq (jednalo se o návrh smlouvy) a konečná smlouva se z tohoto důvodu liší“. K uvedenému orgán dohledu konstatuje, že podle § 2 písm. f) zákona je „nabídkou návrh na uzavření smlouvy...“ a tudíž smlouva o plnění veřejné zakázky by měla být uzavřena ve znění, které v základních ustanoveních bude shodné s předloženou nabídkou což je důležité i z hlediska § 70 zákona, podle kterého „Smlouva na veřejnou zakázku uzavřená v rozporu s tímto zákonem je neplatná. Změny ve smlouvě v rozporu s podmínkami obchodní veřejné soutěže jsou neplatné.“ V této souvislosti je však k ust. § 70 zákona nutno konstatovat, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže není orgánem, který by mohl rozhodnout o platnosti či neplatnosti uzavřené smlouvy o plnění veřejné zakázky jako soukromoprávního vztahu mezi zadavatelem a uchazečem. Té se může dovolávat pouze ten, kdo jako dotčený má na tomto určení právní zájem, přičemž o platnosti či neplatnosti smlouvy by musel rozhodnout příslušný soud.

K porušení § 49 odst. 4 v návaznosti na § 6 odst. 3 zákona

Z dokumentace o zadání veřejné zakázky, ze zprávy „o posouzení a hodnocení nabídek“ ze dne 24.11.1999 vyplývá, že zadavatel nehodnotil nabídky podle zveřejněných kritérií. Nabídky byly navíc hodnoceny dalším kritériem, neuvedeným v podmínkách výzvy, zařazeným před kritéria uvedená ve výzvě na první místo, a to „splnění požadavků zadání“. Postup zadavatele tedy byl v rozporu s § 6 odst. 3 zákona, podle kterého rozhodne-li se zadavatel pro způsob hodnocení pomocí více kritérií, uvede jednotlivá kritéria v podmínkách soutěže v sestupném pořadí podle stupně významu, který jim přisuzuje.

K posuzování a hodnocení nabídek orgán dohledu pro úplnost uvádí následující.

Posouzení a hodnocení nabídek po odborné stránce (zda a jak nabídky splňují požadavky zadavatele uvedené v zadání veřejné zakázky) náleží podle zákona zadavateli

veřejné zakázky (u obchodní veřejné soutěže také komisi pro posouzení a hodnocení nabídek) a je třeba dodat, že uvedený princip aplikuje orgán dohledu i ve své rozhodovací praxi, přičemž se opírá o precedentní druhostupňová rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a rovněž o rozsudky Vrchního soudu v Olomouci, např. č. j. 2 A 1/99 či 2 A 7/2000. Orgán dohledu nemůže zadavatele, resp. členy komise pro posouzení a hodnocení nabídek v odborném hodnocení nabídek zastoupit a nařídít zadavateli, jak má nabídky v jednotlivých kritériích hodnotit, případně nač má klást důraz. Hodnocení nabídek v objektivně měřitelných kritériích (např. nabídková cena) však logicky musí být provedeno přesně podle údajů uvedených v nabídkách jednotlivých uchazečů (např. nejnižší cena musí být hodnocena nejlépe).

Hodnocení nabídek (zadavatel by měl zvolit kritéria, která umožní přehledné a jednoznačné hodnocení nabídek s ohledem na předmět a rozsah veřejné zakázky) je klíčovou etapou celého procesu výběru nejvhodnější nabídky. Základním problémem hodnocení nabídek je pak odvození určité celkové výsledné užitnosti nabídky, do které se promítají výsledky hodnocení nabídek podle jednotlivých kritérií. Konečné pořadí hodnocených nabídek se pak stanoví podle výsledné užitnosti jednotlivých nabídek.

Stanovení prosté užitnosti nabídek při hodnocení pomocí více kritérií je založeno na převedení různých hodnot kvalitativních a kvantitativních kritérií na „společného jmenovatele“ (podobně jako při sčítání zlomků o nestejném jmenovateli, např.  $1/3 + 1/4 = 7/12$ ). V různých veřejných zakázkách je hodnocení nabídek prováděno pomocí různých kritérií (např. nabídková cena, lhůta výstavby, způsob provádění úklidu, reference, parametry přístroje, záruky za jakost), která mohou být vyjádřena v různých měrných jednotkách (např. koruny, měsíce, procenta) nebo nejsou vyjádřena v žádných jednotkách, takže v původní formě se nedají početně slučovat. Prostředkem k převedení hodnot různých kritérií na „společného jmenovatele“ může být např. bodování, klasifikování ap. nabídek v jednotlivých kritériích. Prosté užitnosti však nevyjadřují přesně výslednou užitnost nabídek, neboť jednotlivá kritéria jsou v zadání veřejné zakázky seřazena z hlediska jejich důležitosti (významu) pro zadavatele, a tudíž nemají při hodnocení nabídek stejný význam, resp. váhu. Je proto nutné rozlišit kritéria podle jejich významu, a hodnocením dospět k vážené užitnosti nabídek, které dosáhneme např. přiřazením odpovídající váhy k jednotlivým sestupně seřazeným kritériím a poté vynásobením přidělených bodů příslušnou vahou.

K porušení § 50 odst. 1 písm. c) zákona

Podmínkou, jejíž splnění je nezbytným předpokladem pro možnost zadat veřejnou zakázku podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona je, že dodatečná nebo opakovaná veřejná zakázka nesmí svým rozsahem překročit 50 % ceny původní veřejné zakázky. V daném případě došlo na základě § 50 odst. 1 písm. c) zákona dne 10.10.2000 k uzavření dodatku ke smlouvě ze dne 14.12.1999 a k navýšení ceny stanovené ve smlouvě o dílo o 50 % a následně další objednávkou, aniž by byla učiněna na základě některého ze způsobů zadávání veřejných zakázek, k dalšímu navýšení ceny o 144 788,11 Kč, čímž došlo k překročení hranice 50 % ceny původní veřejné zakázky.

Při posuzování míry závažnosti porušení zákona zadavatelem vzal orgán dohledu v úvahu zejména to, že nabídky nebyly hodnoceny podle kritérií uvedených v zadání veřejné zakázky. Přihlédl však i k době zadání veřejné zakázky (zejména při posuzování podmínek výzvy) a k posuzování obdobných případů v daném období.

Vzhledem ke zjištěným závažným porušením zákona a s přihlédnutím k tomu, že předmětná veřejná zakázka je již dokončena, nelze dosáhnout provedení nápravy tak, že by zadavateli bylo uloženo nové zadání veřejné zakázky. Orgán dohledu proto zvolil postup podle části čtvrté hlavy IV. zákona a uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Podle § 62 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. a zákona č. 142/2001 Sb. (dále jen „zákon po novele“), „zjistí-li orgán dohledu, že zadavatel závažně či opětovně porušil ustanovení tohoto zákona, může mu uložit pokutu do výše 1 % ceny zakázky....“. Výše peněžitého závazku včetně DPH, který vznikl zadavateli z veřejných zakázek zadaných v rozporu se zákonem činila 7 588 092,45 Kč a 1 % z této částky činí 75 880,92 Kč. Po zvážení všech okolností případu však orgán dohledu rozhodl o uložení pokuty pouze ve výši 10 000,- Kč. Před uložení pokuty orgán dohledu rovněž ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená ve větě druhé § 62 odst. 1 zákona po novele, a to, že pokutu lze uložit jen do jednoho roku ode dne, kdy se orgán dohledu dozvěděl, že zadavatel porušil ustanovení tohoto zákona, nejpozději však do tří let ode dne, kdy došlo k tomuto porušení (podnět od odboru vnitřní kontroly a supervize Ministerstva zemědělství orgán dohledu obdržel orgán dohledu dne 3.4.2001 a k porušení zákona o zadávání veřejných zakázek došlo v letech 1999 a 2000, jak vyplývá ze spisového materiálu).

Dohled nad dodržováním zákona podle § 52 zákona o zadávání veřejných zakázek spočívá mimo jiné i v kontrole postupů zadavatelů při zadávání veřejných zakázek a v ukládání sankcí. Pokuta uložená zadavateli za zjištěná porušení zákona při zadávání předmětných veřejných zakázek vystihuje dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní - postih za porušení povinností stanovených zákonem a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k takovému chování, které je v souladu se zákonem.

V rozhodnutí orgán dohledu zohlednil nabytí účinnosti jednotlivých novel zákona o zadávání veřejných zakázek. V této souvislosti pak poukazuje na rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 5/99 ze dne 4.11.1999 (poslední odstavec na str. 8), z něhož vyplývá, že závazný postup zadavatelů musí být vždy posuzován podle zákona o zadávání veřejných zakázek účinného v době jejich zadání, avšak řízení před orgánem dohledu musí být posuzováno vždy podle předpisů platných v době rozhodování, neboť hlava III a IV části čtvrté zákona má charakter zvláštního procesního předpisu, kterým se Úřad pro ochranu hospodářské soutěže řídí, a na nějž přechodná ustanovení novelizací nedopadají.

Orgán dohledu posoudil celý případ, a na základě všech popsanych skutečností rozhodl, jak je uvedeno ve výroku.

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 - odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Petr Hanák  
ředitel odboru dohledu  
nad zadáváním veřejných zakázek v Brně

Obdrží:

Ministerstvo zemědělství, Těšnov 17, 117 05 Praha 1, zast. Ing. Janem Fenclem