

Č. j. S 190/01-153/4198/01-GS

V Brně dne 23. října 2001

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 19. 9. 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 – města Hodonín, se sídlem Horní valy 2, 695 35 Hodonín, zastoupeného Ing. Jiřím Kolibou, starostou – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Kompletní vybavení konvektomaty v objektech školních jídelen mateřských škol v Hodoníně“ zadávané písemnou výzvou ze dne 19. 3. 2001 podle § 49a 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. a zákona č. 39/2001 Sb., rozhodl takto:

Zadavatel město Hodonín porušil § 3 odst. 4 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. a zákona č. 39/2001 Sb. v návaznosti na ustanovení § 49a odst. 1 téhož zákona, neboť zadal veřejnou zakázku způsobem uvedeným v posledně citovaném ustanovení zákona, i když výše budoucího peněžitého závazku ze smlouvy bez daně z přidané hodnoty by přesáhla limit pro zvolený způsob zadání veřejné zakázky.

Podle § 59 písm. a) 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., Úřad pro ochranu hospodářské soutěže **ruší** rozhodnutí zadavatele – města Hodonín – o výběru nejvhodnější nabídky ve veřejné zakázce „Kompletní vybavení konvektomaty v objektech školních jídelen mateřských škol v Hodoníně“, a současně **ruší** i zadání této veřejné zakázky.

Odůvodnění

Zadavatel – město Hodonín, se sídlem Horní valy 2, 695 35 Hodonín, zastoupené Ing. Jiřím Kolibou, starostou (dále jen „zadavatel“) – vyzval podle § 49a 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. a zákona č. 39/2001 Sb. (dále jen „zákon“) pět zájemců k podání nabídky na veřejnou zakázku „Kompletní vybavení konvektomaty v objektech školních jídelen mateřských škol v Hodoníně“, a to dopisy ze dne 19. 3. 2001, jejichž přílohou byla nedatovaná výzva (dále jen „výzva“) specifikující požadavky zadavatele, jak vyplývá z dokumentace o zadání předmětné veřejné zakázky (dále jen „dokumentace“).

V podmínkách výzvy zadavatel stanovil tato kritéria hodnocení nabídek:

- cena včetně DPH rozepsaná dle částí zařízení,
- účelnost řešení v daných podmínkách,
- záruka na dílo, nabídka servisu,
- celková výhodnost nabídky,
- reference.

Z „Protokolu z otevírání obálek (dle § 30)“ ze dne 17. 4. 2001 vyplývá, že zadavatel obdržel celkem pět nabídek. Zadavatel z další účasti na předmětné veřejné zakázce vyloučil celkem tři uchazeče, přičemž uchazeči Vojtěch Lukeš, bytem Bílovice 162, Bílovice (dále jen „Lukeš“) a obchodní společnost RETIGO s. r. o., Rožnov pod Radhoštěm, byli vyloučeni z důvodu neúplnosti čestného prohlášení. Své rozhodnutí o jejich vyloučení zadavatel oznámil jmenovaným uchazečům dopisy ze dne 14. 6. 2001.

Ze „Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek“ ze dne 17. 4. 2001 (dále jen „zpráva“) vyplývá, že nabídky byly hodnoceny dle kritérií hodnocení stanovených ve výzvě, přičemž jako nejvhodnější byla vyhodnocena nabídka uchazeče UNIS – JAKOS, s. r. o., Uherské Hradiště (dále jen „UNIS – JAKOS“). Své rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zadavatel hodnoceným uchazečům oznámil dopisy ze dne 14. 6. 2001.

Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení protestoval uchazeč Lukeš dopisem ze dne 2. 7. 2001 označeným jako „Námitky proti Oznámení o vyloučení uchazeče z dalšího posuzování a hodnocení nabídek k výzvě Kompletní vybavení konvektomaty v objektech školních jídelen mateřských škol v Hodoníně“, jež zadavatel obdržel dne 4. 7. 2001. Zadavatel se rozhodl dopisem ze dne 3. 8. 2001 „námitkám“ nevyhovět. „Rozhodnutí zadavatele o námitkách“ uchazeč Lukeš obdržel dne 8. 8. 2001, jak vyplývá z doručky.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) obdržel dne 15. 8. 2001 od uchazeče Lukeše dopis ze dne 14. 8. 2001 označený jako „návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele“, ve kterém je poukazováno na porušení zákona zadavatelem při zadávání předmětné veřejné zakázky. Jelikož šetřená veřejná zakázka byla zadána zjednodušeným zadáním podle § 49a zákona a poněvadž podle ustanovení § 53 odst. 1 zákona může uchazeč vznést námitky pouze proti jednotlivým úkonům zadavatele učiněným v průběhu obchodní veřejné soutěže a proti úkonům zadavatele při zadání veřejné zakázky postupy uvedenými v § 49 zákona z důvodu, že zadavatel porušil ustanovení tohoto zákona, nebylo podání uchazeče Lukeše ze dne 14. 8. 2001 považováno za návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách podle § 57 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 poslední novele“), ale za podnět k přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání předmětné veřejné zakázky.

Po přezkoumání dokumentace získal orgán dohledu pochybnosti o správnosti úkonů a postupů zadavatele učiněných v průběhu výběrového řízení, a proto zahájil správního řízení z vlastního podnětu ve věci přezkoumávání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele při zadávání výše uvedené veřejné zakázky.

Podle § 58 zákona po poslední novele účastníkem tohoto správního řízení je zadavatel.

Dopisem č. j. S 190/01-153/3754/01-GS ze dne 18. 9. 2001 seznámil orgán dohledu účastníka správního řízení se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí, a dal mu možnost se k nim vyjádřit, jakož i ke způsobu jejich zjištění, popřípadě navrhnout doplnění šetření ve lhůtě do 27. 9. 2001, přičemž rozhodnutím č. j. S 190/01-153/3753/01-GS z téhož dne orgán dohledu zadavateli uložil předběžné opatření nepokračovat v zadávání předmětné veřejné zakázky a neuzavírat smlouvu na předmět plnění této veřejné zakázky. Zadavatel obdržel oznámení o zahájení správního řízení dne 19. 9. 2001, a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno. K zahájenému správnímu řízení se zadavatel vyjádřil dopisem ze dne 24. 9. 2001 (viz dále).

Orgán dohledu po přezkoumání a zhodnocení všech podkladů dospěl k následujícím rozhodným skutečnostem.

Uchazeč UNIS – JAKOS, jehož nabídka byla zadavatelem vybrána jak nejvhodnější, ve své nabídce uvedl následující nabídkové ceny (viz „Rekapitulace ceny včetně DPH“ na straně 5):

- varianta a): cena celkem za 7 sad konvektomatů s příslušenstvím po objemové slevě činí 1 761 282,- Kč vč. DPH,
- varianta b): cena celkem za 7 sad konvektomatů s příslušenstvím po objemové slevě činí 1 428 592,- Kč vč. DPH.

Jelikož žádná z nabídek ostatních uchazečů však neobsahuje nabídkovou cenu právě pro 7 kusů, resp. sad konvektomatů, a poněvadž v těchto nabídkách jsou uváděny ceny pro jednotlivé varianty konvektomatů, přičemž není specifikován počet kusů, orgán dohledu se v oznámení o zahájení správního řízení dotázal zadavatele zda předmětem plnění je dodávka 7 ks zařízení a jaká předpokládaná výše peněžitého závazku, by mu ze zadání předmětné veřejné zakázky vznikla.

Zadavatel ve svém stanovisku (viz dopis ze dne 24. 9. 2001) uvedl, že se jedná o dodávku 7 ks konvektomatů, což vyplývá z taxativního výčtu školních jídelen a jejich kapacit uvedených v předmětu zakázky. Zadavatel dále uvedl, že k předpokládané výši peněžitého závazku dospěl průzkumem trhu a již realizovanými zakázkami z předešlých let, přičemž cena jednoho konvektomatu vynásobená požadovaným počtem tj. 7 ks konvektomatů nepřekročila hodnotu 2 500 000,- Kč.

Podle § 67 odst. 1 zákona při použití tohoto zákona je rozhodující celková výše peněžitého závazku bez daně z přidané hodnoty, který vznikne zadavateli ze zadání veřejné zakázky, spočívající v plnění stejného nebo srovnatelného druhu. Spočívá-li zadávání veřejné

zakázky v uzavření několika samostatných smluv, je rozhodující součet všech peněžitých závazků, které zadavateli vzniknou ze zadání veřejné zakázky v jednom rozpočtovém roce.

Z ustanovení § 49 odst. 1 zákona vyplývá, že u veřejných zakázek, u kterých výše budoucího peněžitého závazku ze smlouvy bez daně z přidané hodnoty přesáhne 2 500 000,- Kč, jde-li o nemovitost s výjimkou nájmu nebo o soubor strojů nebo zařízení tvořících samostatný funkční celek, a 1 000 000,- Kč v ostatních případech a nepřesahuje částky stanovené v § 3 odst. 2 a 3 zákona, může zadavatel uzavřít smlouvu na podkladě písemné výzvy učiněné nejméně pěti zájemcům.

K výše uvedenému orgán dohledu uvádí, že předmětem plnění šetřené veřejné zakázky je 7 kusů konvektomatů, které lze pořízovat jako samostatné výrobky (kusy), přičemž fungování jednoho kusu konvektomatu není podmíněno fungováním jiného ze sedmi kusů konvektomatů, tzn., že soubor 7 kusů konvektomatů netvoří samostatný funkční celek. Z uvedeného důvodu byla pro zadavatele při volbě způsobu zadání předmětné veřejné zakázky rozhodující skutečnost, zda výše budoucího peněžitého závazku nepřesáhne částku 1 000 000,- Kč bez DPH, a ne částku 2 500 000,- Kč bez DPH, jak se zadavatel mylně domníval (po přepočtu cena za 1 kus konvektomatu bez DPH, kterou ve svých nabídkách uvedli jednotliví uchazeči, vynásobená počtem 7 kusů konvektomatů vždy přesáhne částku 1 000 000,- Kč).

Tím, že zadavatel zadal veřejnou zakázku podle § 49a zákona, i když výše peněžitého závazku bez daně z přidané hodnoty přesáhla částku 1 000 000,- Kč, porušil § 3 odst. 4 v návaznosti na § 49a odst. 1 zákona, neboť nezvolil správnou formu zadání veřejné zakázky.

Z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci (např. č. j. 2 A 2/99 ze dne 24.6.1999) lze dovodit, že zkoumání dalších důvodů pro uložení nového výběru (resp. pro zrušení zadání veřejné zakázky) je nadbytečné, existuje-li alespoň jeden oprávněný důvod. Pro úplnost orgán dohledu uvádí následující skutečnosti.

Jako čtvrté kritérium v pořadí zadavatel stanovil „celkovou výhodnost nabídky“. Zadavatel v podmínkách výzvy neuvedl žádné další informace o tom, které skutečnosti budou v rámci kritéria „výhodnost nabídky“ hodnoceny.

Podle § 2 písm. g) zákona se nabídkou rozumí návrh na uzavření smlouvy, doložený doklady požadovanými v zadání veřejné zakázky. Nabídkou je tedy nejen návrh smlouvy o dílo, ale i veškeré údaje v nabídce uvedené (vč. nabídkové ceny, prokázání kvalifikačních předpokladů uchazeče, atd.). Aby bylo hodnocení nabídek podle předmětného kritéria v souladu se zákonem, musel by zadavatel v rámci tohoto kritéria hodnotit teoreticky i prakticky komplexně celou nabídku, neboť tato je návrhem na uzavření smlouvy (§ 2 písm. g) zákona).

Vzhledem k tomu, že zadavatel neupřesnil, které skutečnosti budou hodnoceny v rámci kritéria „celková výhodnost nabídky“, a jelikož ani z dokumentace není zřejmé, co zadavatel zamýšlel hodnotit, orgán dohledu uvádí, že obsah čtvrtého kritéria je nejasný, neboť není patrné, jak má vypadat nabídka, aby tomuto kritériu vyhověla, případně vyhověla nejlépe.

Orgán dohledu na základě výše uvedeného konstatuje, že zadavatel nedodržel jednu ze základních zásad zadávacího procesu – transparentnost, neboť v zadání předmětné veřejné zakázky nestanovil jedno z kritérií hodnocení nabídek jasně a srozumitelně.

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“.

V podmínkách výzvy pod „Obsahem nabídky“ v bodě 8. zadavatel stanovil (začátek citace): „Doložení kvalifikačních předpokladů podle § 2b, způsobem podle § 2c zákona č. 199/1994 ve znění zákona č. 28/2000“ (konec citace).

Ve svém „rozhodnutí o námitkách“ ze dne 3. 8. 2001 zadavatel uvedl, že v případě uchazeče Lukeše nebyly prokázány kvalifikační předpoklady podle § 2b odst. 1 písm. d) a e) zákona. Zadavatel rovněž připojil poučení, že proti jeho rozhodnutí je možno podat do 10 kalendářních dnů návrh na zahájení řízení o přezkoumání rozhodnutí u orgánu dohledu.

Uchazeč Lukeš ve své nabídce doložil čestné prohlášení, ve kterém je mj. uvedeno, že: (začátek citace) „... prokazují splnění kvalifikačních předpokladů dle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb. /dále jen zákona/, tímto způsobem: ...“ (konec citace).

Dle § 2c odst. 1 zákona uchazeč prokazuje splnění kvalifikačních předpokladů uvedených v § 2b odst. 1 písm. a) zákona dokladem o oprávnění k podnikání, včetně výpisu z Obchodního rejstříku, a čestným prohlášením o splnění kvalifikačních předpokladů uvedených v § 2b odst. 1 písm. b), c), d), e) a f) zákona.

Z uvedené citace čestného prohlášení uchazeče Lukeše vyplývá, že uchazeč učinil čestné prohlášení dle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb., což jinými slovy znamená, že čestně prohlásil, že splňuje kvalifikační předpoklady podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, a jeho novelizací zákony č. 148/1996 Sb. a č. 93/1998 Sb. Přesto, že čestné prohlášení uchazeče Lukeše týkající se splnění kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 1 písm. d) a e) zákona neobsahuje přesnou textaci uvedenou v zákoně, nelze je shledat neúplným, protože bylo učiněno dle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb. a uvedená formulace se vztahuje na celé čestné prohlášení a tudíž i na písm. d) a e), z čehož vyplývá, že znění písm. d) a e) obsahují v okamžiku, kdy uchazeč čestné prohlášení činil, úplnou textaci, neboť text uvedený v § 2b odst. 1 písm. a) až f) zákona č. 199/1994Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb., je totožný s textem, který je uveden v §2b odst. 1 písm. a) až f) zákona. Absence či nepřesnosti ve znění čestného prohlášení

týkajících se kvalifikačních předpokladů stanovených v § 2b odst. 1 písm. d) a e) zákona nemohly být tedy důvodem pro vyřazení nabídky a vyloučení uchazeče Lukeše z další účasti na veřejné zakázce (jiný stav by nastal, pokud by uchazeč v čestném prohlášení neuvedl formulaci „ve znění zákona č. 93/1998 Sb.“, pak by nebylo prokázané, že své prohlášení formuloval pod znalostí jednotlivých novel zákona).

„Rozhodnutí o námitkách“ ze dne 3. 8. 2001 obsahuje poučení, že proti rozhodnutí zadavatele je možno podat do 10 kalendářních dnů návrh na zahájení řízení o přezkoumání rozhodnutí u orgánu dohledu. K tomu orgán dohledu uvádí, že námitky, resp. návrh lze vznést pouze proti jednotlivým úkonům zadavatele učiněným v průběhu obchodní veřejné soutěže a proti úkonům zadavatele při zadání veřejné zakázky postupy uvedenými v § 49 (viz výše), zadavatel tedy chybně uvedl, že proti jeho „rozhodnutí o námitkách“ lze podat návrh k orgánu dohledu, neboť předmětná veřejná zakázka byla zadávána podle § 49a zákona.

Orgán dohledu, aplikujíc zásadu vyšetřovací za účelem vydání rozhodnutí v souladu se zásadou materiální pravdy, posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a na základě všech zjištěných a uvedených skutečností rozhodl, jak je uvedeno ve výroku.

Po posouzení případu ve všech souvislostech orgán dohledu konstatuje, že zejména nesprávná volba způsobu zadání veřejné zakázky představuje porušení zákona, které svým charakterem neumožnilo jako nápravu uložit zadavateli pouze provedení nového výběru nejvhodnější nabídky. Na základě všech zjištěných skutečností orgán dohledu rozhodl, že veřejnou zakázku ruší.

V rozhodnutí orgánu 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, 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.

Poněvadž účastníky správního řízení nejsou i další uchazeči o veřejnou zakázku je nutné, aby zadavatel zrušení veřejné zakázky oznámil jednotlivým uchazečům.

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů 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

Obdrží účastník správního řízení:

Město Hodonín, se sídlem Horní Valy 2, 695 35 Hodonín, zast. Ing. Jiřím Kolibou