

Č.j.: S 101-R/01-687/140/VŠ

V Praze dne 17.7.2001

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže v řízení zahájeném dne 31.5.2001 ve smyslu ustanovení § 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., na základě návrhu uchazeče EUREST, spol. s r.o., se sídlem U Pergamenky 12, 170 00 Praha 7, v právním zastoupení advokátem JUDr. Janem Běbrem, BÉBR & SEIDLOVÁ, AK, Ostrovského 3 – Ženské domovy, 150 00 Praha 5 - Smíchov, na přezkoumání rozhodnutí zadavatele České republiky – Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy, se sídlem Karmelitská 8, 118 12 Praha 1, zastoupeného ministrem školství, mládeže a tělovýchovy Eduardem Zemanem, o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži „Zajištění stravování v závodní jídelně Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy v rozsahu podle zadávací dokumentace“, vyhlášené zadavatelem zveřejněním v Obchodním věstníku č. 9/01 pod zn. 115370-09/01 dne 28.2.2001,

rozhodl takto:

rozhodnutím zadavatele České republiky – Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy, se sídlem Karmelitská 8, 118 12 Praha 1, zastoupeného ministrem školství, mládeže a tělovýchovy Eduardem Zemanem, Č.j.: 16 246/2001/196-13 ze dne 27.4.2001, o vyloučení uchazeče EUREST, spol. s r.o., se sídlem U Pergamenky 12, 170 00 Praha 7, v právním zastoupení advokátem JUDr. Janem Běbrem, BÉBR & SEIDLOVÁ, AK, Ostrovského 3 – Ženské domovy, 150 00 Praha 5 – Smíchov, z. další účasti ve shora uvedené obchodní veřejné soutěži nedošlo k porušení 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., proto se na základě ustanovení § 60 písm. b) téhož zákona, ve znění jeho novely, zákona č. 142/2001 Sb., návrh uchazeče na přezkoumání rozhodnutí zadavatele **zamítá**.

Odůvodnění

Zveřejněním v Obchodním věstníku č. 9/01 pod zn. 115370-09/01 vyhlásil dne 28.2.2001 zadavatel Česká republika – Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, se

sídlem Karmelitská 8, 118 12 Praha 1, zastoupený ministrem školství, mládeže a tělovýchovy Eduardem Zemanem (dále jen „zadavatel“) na základě zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998, zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb. a zákona č. 39/2001 Sb. (dále jen „zákon“) obchodní veřejnou soutěž „Zajištění stravování v závodní jídelně Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy v rozsahu podle zadávací dokumentace“.

Do konce soutěžní lhůty stanovené podmínkami obchodní veřejné soutěže doručili svoje nabídky tři uchazeči, jedním z nichž byl uchazeč EUREST, spol. s r.o., se sídlem U Pergamenky 12, 170 00 Praha 7, v právním zastoupení advokátem JUDr. Janem Běbrem, BÉBR & SEIDLOVÁ, AK, Ostrovského 3 – Ženské domovy, 150 00 Praha 5 – Smíchov (dále jen „uchazeč“).

Rozhodnutím Čj.: 16 246/2001/196-13 ze dne 27.4.2001 zadavatel po předchozím doporučení komise pro posouzení a hodnocení nabídek s odvoláním na ustanovení § 34 odst. 4 zákona vyloučil uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži s odůvodněním, že „Nabídka nesplňuje po obsahové stránce podmínky soutěže tím, že v rozporu se zněním bodu 3.1 soutěžních podmínek neobsahovala údaje o kvalifikačních předpokladech ve smyslu znění § 2b odst. 1 písm. g) zákona, tj. výzvou požadované čestné prohlášení, že uchazeč nebyl vyloučen z účasti při zadávání veřejných zakázek“.

Oznámení uvedeného rozhodnutí bylo uchazeči doručeno dne 3.5.2001.

S datem 11 .5.2001 vznesl uchazeč proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži námitky, které byly doručeny téhož dne.

Statutární orgán zadavatele dne 18.5.2001 oprávněnost uchazečem vznesených námitek přezkoumal a s podrobným odůvodněním jim nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách bylo uchazeči doručeno dne 22.5.2001.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel dne 31.5.2001 návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži z téhož dne, stejně tak i zadavatel; uvedeným dnem bylo zahájeno správní řízení u orgánu dohledu ve smyslu ustanovení § 57 odst. 1 zákona.

Uchazeč v návrhu mimo jiné uvádí:

„Máme za to, že rozhodnutím zadavatele byl porušen zákon o zadávání veřejných zakázek.

Kvalifikační předpoklady stanoví zákon v ustanovení § 2b odst. 1, písm. a) až g).

Z dikce ustanovení § 2b odst. 1 , písm. g) vyplývá, že kvalifikační předpoklady pro plnění veřejné zakázky splňuje uchazeč, který není vyloučen z účasti na zadávání veřejných zakázek podle § 63. Již tím, že uchazeč nebyl podle § 63 zákona z účasti na zadávání veřejných zakázek vyloučen, splňuje bez dalšího uvedený kvalifikační předpoklad, aniž by byl povinen to jakkoliv prokazovat.

Způsob prokazování kvalifikačních předpokladů zákon stanoví v ustanovení § 2c odst. 1. Čestné prohlášení k prokázání splnění kvalifikačních předpokladů vyžaduje zákon u předpokladů podle § 2b odst. 1 písm. b), c), d), e) a f). Písmenko g) zde uvedeno není a uchazeč proto není povinen tento předpoklad tímto způsobem prokazovat. Na tom nic nemění ani skutečnost, že si zadavatel tento způsob prokazování včlenil do zadání soutěže. Máme za

to, že zadavatel toto ani učinit nemůže, neboť by šlo o rozšiřování povinností uchazeče nad rámec požadovaný zákonem. Rozhodně v tomto případě nejde o stanovení dalšího předpokladu pro plnění veřejné zakázky ve smyslu § 2f zákona. Takto jej uchazeč však ani neformuluje.

Na podporu své argumentace odkazujeme i na rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20.10.2000, č.j.: S 140/2000-152/3541/2000-Vs. O problematice prokazování kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 1 písm. g) zákona je zde pojednáno na str. 5 pod označením „ad 4.“ A je jednoznačně konstatováno, že způsob prokazování tohoto kvalifikačního předpokladu zákonem upraven není. Uchazeč může tuto skutečnost deklarovat ve své nabídce, pokud tak však neučiní, není to důvod k jeho vyloučení z účasti na veřejné zakázce.

Dále napadáme neurčitost a nejasnost samotného zadání veřejné zakázky, jak jej učinil zadavatel, a to vzhledem k formulaci zadávací dokumentace. V části 2. Zadávací dokumentace je uvedeno, že součástí nabídky bude uchazečův návrh mandátní smlouvy ve smyslu § 566 a násl. obch. zák. Dále jsou uvedeny podmínky, které by měla taková smlouva dodržet. V textu se pak na několika místech hovoří o mandátní smlouvě, mandatáři a mandantovi. Mělo by tak jít o uskutečnění činnosti mandatářem (uchazečem) jménem mandanta (zadavatele) a na jeho účet. Tomuto však neodpovídá podmínka stanovená v čl. II. odst. 4., že nákup zboží se uskutečňuje vlastním jménem a na vlastní účet mandatáře, a zejména v čl. III., kde je stanoveno, že cena bude obsahovat veškeré náklady spojené s plněním předmětu smlouvy (tj. vč. nájemného za pronajaté zařízení bufetu a nájemného za veškeré pronajaté prostory). Z textu zadávací dokumentace není zřejmé, zda vůbec bude mezi uchazečem a zadavatelem uzavřena nějaká nájemní smlouva (viz čl. III.) nebo zda prostory a technologické zařízení poskytne zadavatel uchazeči v rámci plnění mandátní smlouvy (viz čl. VI. Spolupůsobení, práva a povinnosti mandanta a čl. VI. Spolupůsobení, práva a povinnosti mandatáře). Na str. 5 zadávací dokumentace je v části Způsob zpracování nabídky navíc uvedeno, že: „Ostatní body a části v návrhu smlouvy o dílo budou obsahově i rozsahem odpovídat ...“

Vzhledem k uvedeným nejasnostem jsme vznesli dotaz na společnost Tercier, spol. s r.o., která byla zadavatelem pověřena zajištěním zadání veřejné zakázky, jak má být tedy cena zpracována. Bylo nám sděleno, že cena má být předložena jako tzv. pevná, nemá se jednat o přeučtovávání nákladů. Tak jsme tedy naši nabídku zpracovali.

O odlišném pochopení zadání a tudíž i přístupu ke zpracování ceny v nabídce svědčí pouhý pohled na nabídky jednotlivých uchazečů. Zatímco naše nabídka je řádově porovnatelná s nabídkou vyloučeného uchazeče Aramark, nabídka dalšího uchazeče GTH Catering, a. s., je o více než polovinu nižší. Takovýto rozdíl rozhodně nemůže být způsoben pouze nižšími náklady na zajištění veřejné zakázky, ale je dán i jiným přístupem ke stanovení nabídkové ceny. K rozdílným přístupům mohlo dojít vzhledem k nejasnosti a nejednoznačnosti zadání, resp. zadávací dokumentace.

Vzhledem k výše uvedeným důvodům navrhuje, aby orgán dohledu rozhodl, že **napadeným rozhodnutím zadavatele o nevyhovění našim námítkám byl porušen zákon a zrušil ho**. Dále navrhuje, aby vzhledem k nepřesnému a neurčitému zadání orgán dohledu **zrušil zadání veřejné zakázky**.“

Spolu s dokumentací o zadání veřejné zakázky obdržel Úřad dne 7.6.2001 i stanovisko zadavatele k návrhu uchazeče, datované téhož dne.

Podle ustanovení § 58 zákona jsou účastníky řízení

- a) Česká republika – Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, se sídlem Karmelitská 8, 118 12 Praha 1, zastoupené ministrem školství, mládeže a tělovýchovy Eduardem Zemanem,
- b) EUREST, spol. s r.o., se sídlem U Pergamenky 12, 170 00 Praha 7, v právním zastoupení advokátem JUDr. Janem Běbrem, BÉBR & SEIDLOVÁ, AK, Ostrovského 3 – Ženské domovy, 150 00 Praha 5 – Smíchov.

Uvedeným účastníkům řízení oznámil Úřad dopisem Č.j.: S 101-O/01-687/140/VŠ ze dne 11.6.2001 zahájení správního řízení.

Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 57 a násl. zákona napadené rozhodnutí Č.j.: 16 246/2001/196-13 ze dne 27.4.2001. Ve správním řízení Úřad provedl podle ustanovení § 32 a § 34 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů s odvoláním na ustanovení § 61 zákona zjišťování a dokazování obsahem dokumentace o zadání veřejné zakázky, obsahem návrhu na přezkoumání rozhodnutí a obsahem stanoviska zadavatele k návrhu na přezkoumání rozhodnutí, přičemž dospěl k následujícím závěrům:

1. ze skutečnosti, že způsob prokazování splnění kvalifikačního předpokladu uvedeného v ustanovení § 2b odst. 1 písm. g) zákona zákon nestanoví nelze dovozovat, že je tím odňato právo zadavatele stanovit v zákoně absentující způsob prokazování splnění zmíněného kvalifikačního předpokladu v zadání veřejné zakázky, v daném případě v zadání obchodní veřejné soutěže. Naplní-li zadavatel toto právo, nejde o „rozšiřování povinností uchazeče nad rámec požadovaný zákonem“, ale naopak o účelné a žádoucí jednání zadavatele směřující k nesporné určitosti a srozumitelnosti zadání veřejné zakázky.
Uchazeč byl z další účasti v obchodní veřejné soutěži vyloučen s odvoláním na ustanovení § 34 odst. 4 zákona poprávu, neboť nesplnil podmínku (neprokázal splnění kvalifikačního předpokladu) způsobem stanoveným v zadání veřejné zakázky. Dovolávání se uchazeče jednoho ze závěrů rozhodnutí Úřadu Č.j.: S 140/2000-152/3541/2000-Vs ze dne 20.10.2000 má relevanci pouze v těch případech, kdy zadavatel nevyužije svého práva a v zadání veřejné zakázky nestanoví způsob prokazování splnění zmíněného kvalifikačního předpokladu;
2. pokud jde o uchazečem napadenou „neurčitost a nejasnost samotného zadání veřejné zakázky“, která nebyla napadána po zadání, ani v rámci uchazečem vznesených námitek, ale napadána je až v návrhu na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži, její existenci Úřad neshledal.

Stanovil-li zadavatel v úvodu zadávací dokumentace, že součástí nabídky bude uchazečův návrh mandátní smlouvy ve smyslu ustanovení § 566 a násl. obchodního zákoníku, shledává to Úřad přípustným, určitým a srozumitelným, stejně tak jako jednu z podmínek (podkladů) uvedených v čl. II bod 4 zadávací dokumentace, ze kterých má návrh smlouvy vycházet, totiž „- nákup zboží vlastním jménem a na vlastní účet mandátáře ...“, neboť volba smluvního typu, resp. vnesení prvku jiného smluvního typu do něj není v rozporu s předmětem veřejné zakázky, ani s právní úpravou závazkových vztahů v obchodním zákoníku, resp. smluvní volností stran. Za zcela nepodstatnou ve smyslu neurčitosti a nejasnosti pak Úřad považuje skutečnost, že se v textu zadávací dokumentace zjevným omylem vyskytuje jedinkrát slovní spojení „...v návrhu smlouvy o dílo“.

Stanovil-li pak zadavatel v čl. III. Cena služeb zadávací dokumentace, že „Cena bude obsahovat veškeré náklady spojené s plněním předmětu smlouvy (t.j. vč. nájemného za veškeré pronajaté prostory) ...“ a dopisem ze dne 16.3.2001 doplnil zadávací dokumentaci k uvedenému článku výší měsíčního nájemného za pronájem místností závodního bufetu, výší měsíční zálohy za úhradu tepla, vodného, stočného a odvozu odpadků, výší měsíční zálohy za úhradu elektrické energie a výší měsíčního pronájmu za užívání předmětů (to vše stran závodního bufetu), určitě a srozumitelně tím určil ve vztahu k ustanovením čl. VI. Spolupůsobení, práva a povinnosti mandanta a čl. VI. Spolupůsobení, práva a povinnosti mandátáře zadávací dokumentace, co bude předmětem nájemní smlouvy, resp. co bude obsahovat nabídková cena. Jinými slovy, určitě, srozumitelně a „jasně“ tím určil, že - obecně řečeno - ostatní prostory, zařízení, dokumentaci, vše potřebné k plnění předmětu veřejné zakázky, poskytne uchazeči bez úplaty v rámci plnění posledně uvedených článků zadávací dokumentace.

S ohledem na shora uvedené skutečnosti Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku.

Poučení

Proti tomuto rozhodnutí je možno podat do 15 dnů od jeho doručení rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, Letenská 3, pošt. příhr. 47, 118 01 Praha 011.

Ing. Petr A n t o n í n
ředitel odboru dohledu nad zadáváním
veřejných zakázek v Praze

Rozhodnutí obdrží:

1. Česká republika – Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, Karmelitská 8, 118 12 Praha 1, zastoupené ministrem školství, mládeže a tělovýchovy Eduardem Zemanem
2. AK BÉBR & SEIDLOVÁ, JUDr. Jan Bébr, Ostrovského 3 – Ženské domovy, 150 00 Praha 5 – Smíchov