



2 A 13/99 - 37

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Vrchní soud v Olomouci rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Václava Novotného a soudců JUDr. Ludmily Valentové a JUDr. Marie Turkové v právní věci žalobce VANKOL s.r.o., K Moravině 5/1872, Praha 9, zast. JUDr. Františkem Jarošem, advokátem se sídlem K Moravině 5/1872, Praha 9, proti žalovanému Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, Joštova 8, Brno, o přezkoumání rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 5.8.1999 č.j. 3R 25/99-Ku,

t a k t o :

I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 5.8.1999 č.j. 3R 25/99-Ku se zrušuje a věc se mu vrací k dalšímu řízení.

II. Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26.4.1999 č.j. S 46/99-274/140/BT se zrušuje a věc se mu vrací k dalšímu řízení.

III. Žalovaný je **povinen** zaplatit žalobci k rukám jeho právního zástupce na nákladech řízení částku 3.150,- Kč, a to do 30-ti dnů od právní moci tohoto rozsudku.

O d ů v o d n ě n í

Žalobou podanou u Vrchního soudu v Olomouci dne 12.10.1999 se žalobce domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 5.8.1999 č.j. 3R 25/99-Ku, kterým byl zamítnut rozklad žalobce a potvrzeno rozhodnutí správního orgánu prvního stupně ze dne 26.4.1999 č.j. S 46/99-247/140/BT, kterým byl zamítnut návrh žalobce na přezkoumání rozhodnutí zadavatele - Kancelář Senátu, se sídlem Valdštejské nám. 17/4, Praha 1, o námitkách proti vyloučení uchazeče z další účasti na veřejné zakázce na „Provedení restaurátorských prací na objektu C Valdštejského paláce v Praze 1“ zadané výzvou více zájemcům podle § 49 zákona. Zadavatel uvedl jako důvod vyloučení žalobce z další účasti na veřejné zakázce nesplnění ustanovení § 2e a § 49 zák.č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „zákon“), a to nesplnění podmínky výzvy podle písm. j) bodu 5. Uchazeč nepředložil závazný a neměnný jmenný seznam restaurátorů, kteří budou jednotlivé práce na zakázce provádět. Právním důvodem vyloučení žalobce bylo podle zadavatele nesplnění kvalifikačních předpokladů uchazeče, kdy tzv. nepředložení seznamu restaurátorů je posuzováno jako kvalifikační předpoklad. Žalovaný ve svém rozhodnutí konstatoval, že zdůvodnění, které zadavatel použil ve svém rozhodnutí o vyloučení uchazeče, neodpovídá důvodu, pro který k vyloučení došlo. Důvodem vyloučení byla neúplnost nabídky, a tak důvod pro vyloučení pro nesplnění kvalifikačních předpokladů podle § 2e zákona není namístě. Následně žalovaný uvedl, že nepřesná právní

kvalifikace důvodu vyloučení není takovým opomenutím, které by mělo za následek neplatnost vyloučení. Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže uvedl, že vyloučení uchazeče z důvodu nesplnění kvalifikačních předpokladů nelze vykládat v restriktivním pojetí, tj. vyloučení jen z důvodu nesplnění dle § 2b zákona, ale v širším pojetí, tzn. vyloučit ho musí vždy, když uchazeč nesplní obecný požadavek nebo další předpoklady stanovené ve výzvě. Žalobce k tomu uvedl, že v daném případě zadavatel stanovil pouze požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů uchazeče, nestanovil však žádné další předpoklady pro plnění veřejné zakázky, ani nevymezil požadavky na prokázání dalších kvalifikačních předpokladů.

Žalovaný se vyjádřil k podané žalobě obsahově shodně jako v rozhodnutích samých a navrhl žalobu zamítnout a že neshledal v postupu zadavatele porušení zákona, které by odůvodňovalo zahájení řízení z vlastního podnětu.

Soud zjistil ze správního spisu předloženého žalovaným tyto rozhodné skutečnosti.

Zadavatel zaslal výzvu k podání nabídky na plnění veřejné zakázky podle § 49 zákona žalobci dne 29.12.1998. V ní jsou pod písmenem j) uvedeny další podmínky, mj. pod bodem 5, že uchazeč o veřejnou zakázku předloží jmenný seznam restaurátorů s odpovídající licencí Ministerstva kultury, kteří budou jednotlivé práce na zakázce provádět a pod bodem 16 je uvedeno, že zadavatel bude hodnotit pouze nabídky, které pokryjí celý předmět výzvy. Podle protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 9.2.1999 zasedala komise ve dvoučlenném složení. U nabídky žalobce je poznámka, že nevyhověla kontrole úplnosti, neboť nebyl přiložen seznam restaurátorů. Rozhodnutím vedoucího Kanceláře Senátu ze dne 9.2.1999 byl žalobce spolu s dalším uchazečem podle § 2e a § 49 odst. 5 zákona vyloučen ze soutěže. Současně bylo uloženo právnímu oddělení, aby s tímto rozhodnutím vyloučené uchazeče o veřejnou zakázku

písemně seznámil. Stalo se tak dopisem ze dne 16.2.1999, v němž je uvedeno, že podle § 2e, § 49 odst. 5 zákona byla nabídka z další účasti na veřejné zakázce vyloučena. Důvodem vyloučení bylo nesplnění podmínky výzvy podle písm. j) bodu 5. Uchazeč - žalobce nepředložil závazný a neměnný jmenný seznam restaurátorů, kteří budou jednotlivé práce na zakázce provádět. Jako nejvhodnější byla shledána nabídka třetího uchazeče. O námitce, kterou žalobce uplatnil dne 22.2.1999, rozhodl zadavatel tak, že ačkoliv ve výzvě k podání nabídky na plnění veřejné zakázky byla v bodu 5 uvedena podmínka předložení jmenného seznamu restaurátorů, žalobce tuto podmínku nesplnil, když pouze sdělil, že spolupracoval s uvedenými restaurátory, restaurátorskými firmami a skupinami. Proto komise pro otevírání obálek nemohla jednat jinak, než neúplnou nabídku firmy žalobce ve smyslu § 29 odst. 5 vyřadit z dalšího posuzování. Proti tomuto rozhodnutí podal žalobce návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele u orgánu dohledu dne 11.3.1999.

Rozhodnutím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26.4.1999 č.j S 46/99-274/140/BT byl návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele zamítnut s odůvodněním, že žalobce podmínku zadavatele nesplnil, neboť měl předložit jmenný seznam restaurátorů s licenci Ministerstva kultury, kteří budou jednotlivé práce na zakázce provádět. Namísto toho uvedl výčet restaurátorů se kterými spolupracoval a bez jakéhokoliv upřesnění přiložil mj. povolení Ministerstva kultury k provádění restaurátorských prací pro 12 restaurátorů, přičemž není zřejmé, zda tyto osoby budou požadované práce provádět. Zdůvodnění, které zadavatel použil ve svém rozhodnutí o vyloučení uchazeče z dalšího projednávání veřejné zakázky, neodpovídá důvodu, pro který k vyloučení došlo. Důvodem byla neúplnost nabídky spočívající v tom, že uchazeč nepředložil doklady, které v zadání veřejné zakázky zadavatel požaduje. Zadavatel postupoval správně když nabídku vyloučil, neboť si v zadávací dokumentaci sám stanovil, že bude hodnotit pouze ty nabídky, které pokryjí celý předmět výzvy. I když je pravdou, že

zadavatel použil jako zdůvodnění vyloučení uchazeče z další účasti ustanovení § 2e a § 49 odst. 5 zákona a argumentace podle § 2e není namístě, ztotožňuje se s názorem zadavatele, že byl dán důvod pro vyloučení uchazeče jednak samotným zněním zadání výzvy a jednak ust. § 49 odst. 5. Zadavatel fakticky postupoval podle § 29 odst. 5 zákona a případné použití části druhé zákona u jiných způsobů zadání veřejné zakázky podle části třetí záleží na svobodném rozhodnutí zadavatele a není v rozporu se zákonem. Nepřesná právní kvalifikace důvodu vyloučení není takovým opomenutím, které by mělo za následek neplatnost takto učiněného úkonu. O rozkladu žalobce rozhodl předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže rozhodnutím ze dne 5.8.1999 č.j. 3R 25/99-Ku tak, že rozhodnutí prvostupňového orgánu potvrdil a podaný rozklad zamítl. V důvodech svého rozhodnutí uvedl, že vedle kvalifikačních předpokladů podle § 2b zákona hodnotí zadavatel i další předpoklady pro plnění veřejné zakázky dle § 2f zákona. Poukázal na nemožnost vykládat neplnění kvalifikačních předpokladů restriktivním způsobem, ale uvedl, že zadavatel vyloučí uchazeče vždy, pokud nesplní obecný požadavek nebo další předpoklady stanovené ve výzvě. Proto také nepředložení jmeného seznamu restaurátorů považoval za nesplnění obecného požadavku výzvy, stejně jako za nesplnění speciálního dalšího předpokladu pro plnění veřejné zakázky. Proto měl za prokázané, že zadavatel nepochybil, když uchazeče ze soutěže vyloučil a neshledal ani důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí správního orgánu prvního stupně změnit či zrušit.

Oba účastníci řízení souhlasili ve smyslu § 250f o.s.ř., aby soud rozhodl bez nařízení jednání.

Soud přezkoumal rozhodnutí žalovaného včetně řízení, které mu předcházelo a žalobu shledal důvodnou.

Ve správním soudnictví přezkoumávají soudy na základě žalob nebo opravných prostředků zákonnost rozhodnutí orgánů veřejné

správy. Podle § 249 odst. 1 o.s.ř., řízení se zahajuje na návrh, který se nazývá žalobou. Podle druhého odstavce žaloba musí obsahovat označení rozhodnutí správního orgánu, které napadá, vyjádření, v jakém rozsahu se toto rozhodnutí napadá, uvedení důvodu, v čem žalobce spatřuje nezákonnost rozhodnutí správního orgánu a jaký konečný návrh činí. V daném případě je nepochybné, že žalobce usiluje o zrušení rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 5.8.1999 č.j. 3R 25/99-Ku včetně rozhodnutí správního orgánu prvního stupně.

Podle § 250i odst. 1 o.s.ř. při přezkoumávání zákonnosti rozhodnutí je pro soud rozhodující skutkový stav, který tu byl v době vydání napadeného rozhodnutí. Dokazování se neprovádí. Podle třetího odstavce k vadám řízení před správním orgánem soud přihlédne, jestliže vzniklé vady mohly mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Podle § 245 odst. 2 o.s.ř. u rozhodnutí, které správní orgán vydal na základě zákonem povolené volné úvahy (správní uvážení), přezkoumává soud pouze, zda takové rozhodnutí nevybočuje z mezí a z hledisek zákonem stanovených.

V daném případě se právní režim posuzování veřejné zakázky, jakož i řízení před orgánem dohledu, řídí zákonem č. 199/1994 Sb. ve znění novel zák.č. 148/1996 Sb. a zák.č. 93/1998 Sb..

Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí správně konstatoval rozpor mezi důvodem, pro který došlo k vyloučení uchazeče - žalobce z dalšího projednávání veřejné zakázky a důvodem, jak byl uveden v rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení. Z této skutečnosti však nevyvodil správné právní závěry.

Zadavatel pod písmenem j) bod 5 uvedl jako tzv. další podmínku předložení jmenného seznamu restaurátorů. Jeho nepřiložení k nabídce sankcionoval vyloučením žalobce ze soutěže podle § 2e a § 49 odst. 5 zákona.

Soud podává konstantní výklad smyslu zákona, že totiž jeho cílem je zajištění nejvyšší možné průhlednosti procesu zadávání veřejných zakázek a fair prostředí pokud jde o použití prostředku státního rozpočtu, resp. rozpočtů a fondů uvedených v § 2 písm. a) zákona. S výjimkou přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu nejde o správní řízení, tedy zákon neobsahuje procesní normu, již by se mělo zadávání veřejných zakázek řídit, nýbrž postup závazný stejnou měrou pro zadavatele i pro uchazeče. Uvádění příslušných ustanovení zákona upravujících tento postup do praxe přináší s sebou úskalí potřeby výkladu některých ustanovení zákona. Jelikož výklad zákona působící závazně 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 vůdčím směřování k co největší průhlednosti aplikovaných postupů. Výklad zákona nemůže abstrahovat od požadavku transparentnosti procesu zadávání. V posuzovaném případě to znamená, že zadatelovo rozhodnutí musí být jednoznačné a srozumitelné. Takovýto požadavek však rozhodně nesplňuje. Nesprávnost spočívá již v tom, že vyloučena byla nabídka uchazeče, ačkoli rozhodnutí zadavatele ze dne 9.2."1990" vylučuje podle stejného paragrafu (§ 2e, § 49 odst. 5 zákona) ze soutěže uchazeče. Vyloučení uchazeče sice odpovídá dikci § 2e („Neprokáže-li uchazeč některý z kvalifikačních předpokladů, popř. nesplní povinnost podle § 2d, musí ho zadavatel vyloučit z účasti v dalším jednání o veřejné zakázce. Rozhodnutí o vyloučení zadavatel bezodkladně sdělí vyloučenému uchazeči.“) i § 49 odst. 5 zákona („Doklady a údaje předložené uchazečem zadavatel vyhodnotí podle § 2c, popř. podle kritérií stanovených v zadání nebo v kvalifikační dokumentaci. Neprokáže-li uchazeč některý z kvalifikačních předpokladů, musí ho zadavatel z další účasti na veřejné zakázce vyloučit.“), avšak váže se toliko na neprokázání některého z kvalifikačních předpokladů. Co za ně lze považovat, uvádí § 2b zákona a způsoby prokazování § 2c zákona. Tímto kvalifikačním předpokladem nemůže být a ani není

požadavek vyjádřený jako „další podmínka“ podle písmene j) bod 5 výzvy učiněné dle § 49 zákona. To konečně správně zaznamenal i žalovaný ve svém prvostupňovém rozhodnutí. Pochybení, které je žalobci vytýkáno zadavatelem je po obsahové stránce neúplnost nabídky. Tu však nelze sankcionovat vyloučením uchazeče z další účasti na veřejné zakázce. Úkony zadavatele, které učinil v souvislosti se zjištěním, že nebyl předložen požadovaný seznam restaurátorů, nelze považovat za přezkoumatelné. Nepřezkoumatelnost spočívá v nesrozumitelnosti úmyslu zadavatele, zda hodlal vyloučit ze soutěže uchazeče - žalobce či jeho nabídku. Nesrozumitelnost spočívá také v obsahovém rozporu mezi výrokem o vyloučení ze soutěže, ať již uchazeče či nabídky, právní kvalifikací a vlastním zdůvodněním tohoto postupu. Tato pochybení jsou dostačující k tomu, aby rozhodnutí zadavatele o námitkách, které bezvýhradně předchozí postup zadavatele akceptovalo, bylo charakterizováno jako porušení zákona.

Soud si je vědom obtíží, které v praxi působí výklad § 49, zejména pokud jde o vazby na část druhou zákona. V obecné rovině souhlasí s názorem žalovaného, že lze v případě výzvy učiněné dle § 49 zákona fakticky postupovat podle části druhé zákona, avšak tento postup nesmí být na úkor zásady transparentnosti, a to od samého počátku. Žalobce nebyl seznámen s tím, jaké další postupy zadavatel zvolí kromě těch, které jsou výslovně stanoveny v § 49 zákona. Je proto nadmíru důležité pečlivě vyhodnocovat všechny okolnosti každé nastalé situace, aby nesprávnou aplikací části druhé zákona nebylo narušeno fair prostředí pro řádný průběh procesu o zadávání. V posuzovaném případě se žalobce nemohl dozvědět dopředu o pravidlech zadávání jinak, než z výzvy a z platných ustanovení zákona. To, že důsledkem neúplnosti nabídky bude postup podle § 29 odst. 5 zákona, na který ustanovení § 49 odst. 4 zákona neodkazuje, nemohl žalobce předvídat. Z výzvy samotné se ničeho nepodává o možnosti zadavatele neúplnou nabídku ze soutěže vyloučit a nelze se toho dopracovat ani poukazem na písmeno j) bod 16, nelze vysledovat

ani návaznost na ustanovení § 29 odst. 5 zákona. Takováto aplikace části druhé zákona nad rámec § 49 zákona jde proti účelu zákona nerespektujíc zmiňovanou zásadu transparentnosti. Zadavatel ostatně nepostupoval ani příliš důsledně podle části druhé zákona, např. pokud jde o ustanovení § 29 odst. 1, když komise pro otevírání obálek s nabídkami uchazečů byla sestavena toliko ze dvou osob; to však je nad rámec citovaného § 49 a nešlo k tíži uchazečů.

Zadavatel ve výzvě seznámil uchazeče s tím, jaký bude způsob hodnocení nabídek (písmeno d), písmeno j) bod 3 a také, že bude hodnotit pouze nabídky, které pokryjí celý předmět výzvy - písmeno j) bod 16). Obsah a rozsah prací je uveden na příloze č. 1 výzvy. O tom, že uchazeče, který předloží neúplnou nabídku, vyloučí ze soutěže nebo jeho nabídku, není žádné zmínky. Proto v daném případě úvaha žalovaného v prvním stupni o použití § 29 odst. 5 zákona nebyl namístě.

Nad rámec přezkoumávaného rozhodnutí zadavatele se žalovaný zabýval tím, zda uchazeč předložil koncesní listinu a zda mohl nastat důsledek případného jejího nepředložení, tj. vyloučení ze soutěže dle § 2e, § 49 odst. 5 zákona právě pro tento důvod. Protože okolností rozhodnou pro posouzení zákonnosti rozhodnutí žalovaného byl jeho nesprávný právní názor, pokud jde o zjištěná pochybení zadavatele, když vylučoval žalobce ze soutěže, bylo nadbytečné v této fázi řízení se zabývat správností postupu zadavatele po obsahové stránce, totiž, zda skutečně seznam restaurátorů nebyl v požadované formě předložen. Žalovaný by mohl akceptovat jen takový postup zadavatele, kterým by onen nevykročil z rámce § 49 písm. d) a j) bodu 3 výzvy. Výzva zadavatele nestanoví žádnou sankci za nesplnění ustanovení písmene j) bodu 5, nezahrnuje toto ustanovení ani mezi kritéria hodnocení nabídek. Ustanovení § 49 zákona nedisponuje obecným odkazem na přiměřené použití části druhé zákona, toliko výslovně jen některých jeho paragrafů. Proto nelze ze strany zadavatele při výzvě učiněné podle § 49 volně aplikovat libovolná

ustanovení části druhé zákona, aniž by takovýto postup měl oporu v samotném ustanovení § 49, např. v jeho odstavcích 4 a 5, tj. aniž by se stal součástí kritérií hodnocení nabídek nebo vyhodnocení dokladu a údajů podle kritérií stanovených v zadání nebo v kvalifikační dokumentaci. Nic takového však výzva zadavatele neobsahovala s výjimkou písmene j) bodu 3 výzvy.

Ze shora uvedených důvodů proto soud zrušil rozhodnutí žalovaného v prvním i ve druhém stupni. V novém rozhodnutí bude žalovaný vycházet z vyjádřeného právního názoru soudu, že zadavatel svým rozhodnutím porušil zákon, a to v rozsahu a z důvodů, jak byly formulovány shora.

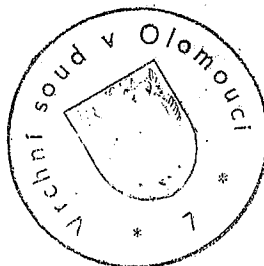
Výrok o nákladech soudního řízení se opírá o ustanovení § 250k odst. 1 o.s.ř. a vychází ze skutečnosti, že žalobce byl v tomto soudním řízení úspěšný. Přiznaná částka sestává z 2x úkonu právní pomoci po 1.000,- Kč, zaplaceného soudního poplatku 1.000,- Kč, 2x režijní paušál po 75,- Kč, tedy celkem částka 3.150,- Kč. Tuto částku soud uložil žalovanému zaplatit k rukám právního zástupce žalobce v přiměřené lhůtě do 30-ti dnů od právní moci rozhodnutí s ohledem na délku trvání bankovních operací.

P o u ě n í : Proti tomuto rozhodnutí **n e n í** opravný prostředek přípustný (§ 250j odst. 4 o.s.ř.).

V Olomouci dne 22.12.1999

Za správnost vyhotovení:

P. Oklešťková *Oklešťková*



JUDr. Václav Novotný, v.r.
předseda senátu