

Č.j.: 3R10/04-Ku

V Brně dne 19.4.2004

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 4.2.2004 podaném společností ZENIT, spol. s r.o., se sídlem Radlická 138, 150 21 Praha 5, zast. RNDr. Vladimírem Machatkou, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 617-R/03-917/140/OŠ ze dne 19.1.2004, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Česká republika – Ministerstvo obrany, se sídlem Tychonova 1, 160 01 Praha 6, zast. ministrem obrany Miroslavem Kostelkou, při zadání veřejné zakázky na dodávku a montáž „Vyhledávací světlomety SX-16 pro vrtulníky W3A SOKOL“, výzvou více zájemcům k podání nabídky ze dne 18.9.2003, 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 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:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 617-R/03-917/140/OŠ ze dne 19.1.2004

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m .

Odůvodnění

Ministerstvo obrany, se sídlem Tychonova 1, 160 01 Praha 6, zast. ministrem obrany Miroslavem Kostelkou (dále jen „zadavatel“) vyzval dne 18.9.2003 devět zájemců k podání nabídky na dodávku a montáž „Vyhledávací světlomety SX-16 pro vrtulníky W3A SOKOL“ (dále jen „soutěž“) podle ustanovení § 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“).

V soutěžní lhůtě obdržel zadavatel dvě nabídky, mezi nimi i nabídku společnosti Zenit, spol. s r.o., se sídlem Radlická 138, 150 21 Praha 5, zast. RNDr. Vladimírem Machatkou (dále jen „uchazeč“), která byla ze soutěže vyřazena. Zadavatel pak dne 15.10.2003 pod č.j. 70429-19/2003/5888 rozhodl o vyloučení uchazeče z dalšího posuzování a hodnocení s tím, že uchazeč neprokázal kvalifikační předpoklady pro plnění veřejné zakázky, doba plnění uvedená v nabídce neodpovídá požadavku zadavatele a rozklad nabídkové ceny taktéž neodpovídá požadavku zadavatele.

Proti tomuto rozhodnutí podal uchazeč dne 30.10.2003 námitky, kterým statutární zástupce zadavatele po jejich přezkoumání svým rozhodnutím ze dne 6.11.2003 pod č.j. 5598/2003-8764, nevyhověl. Zároveň uchazeče poučil o možnosti podat návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“). Uchazeč tohoto práva využil. ÚOHS i zadavatel obdrželi výše uvedený návrh dne 20.11.2003 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 uvádí, že předložená koncesní listina plně pokrývá předmět veřejné zakázky, neboť pojem „vojenská zbraň“ je již z gramatického výkladu zjevně širší než pojem „technika“. Názoru uchazeče v podstatě přisvědčuje i ta část odůvodnění rozhodnutí ministra obrany o nevyhovění námitkám, která odkazuje na ust. § 2 odst. 10 písm. c) zákona č. 219/1999 Sb., které sice definuje pojem „vojenská technika“, avšak terminologie užitá v zákoně č. 455/1991 Sb. v úplném znění, tedy v zákoně přijatém dříve, tento pojem nezná a neumožňuje získat koncesní listinu s předmětem podnikání tak, jak vyvozuje zadavatel. Uchazeči nemůže být tato skutečnost přičítána k jeho tíži, když nemá schopnost tento nesoulad mezi dvěma obecně závaznými právními předpisy (stejně právní síly) nijak ovlivnit. Uchazeč se navíc po celou dobu zařazení vrtulníků W3A SOKOL do služby v AČR pravidelně o zakázky týkající se těchto letounů, a nikdy v minulosti nebyl při předložení koncesní listiny (viz výše) pro nesplnění kvalifikačních předpokladů vyloučen.

Pokud zadavatel poukazuje na nedodržení podmínek ze strany uchazeče v bodě týkajícím se doby plnění veřejné zakázky (20.11.2003), musí být zadání veřejné zakázky objektivně považováno i z hlediska ÚOHS v tomto bodě za nesplnitelné, a nemůže být důvodem vyloučení uchazeče. Zadavateli je známo, že jeden z vrtulníků je na dříve smluvně zajištěných revizních pracích v Polsku s termínem dokončení v březnu 2004.

Podle názoru uchazeče je požadavek zadavatele na rozklad ceny v rozporu s ustanovením § 17 – 20 zákona č. 513/1991 Sb. v úplném znění, neboť o rozsahu obchodního tajemství rozhoduje výlučně podnikatel a uchazeč tak nemá právo bez souhlasu svých

obchodních partnerů rozhodnout tak, jak požaduje zadavatel, neboť by se vystavil riziku možných žalob z jejich strany.

Závěrem návrhu pak uchazeč požaduje, aby ÚOHS po provedeném správním řízení shora uvedené rozhodnutí zadavatele zrušil a uložil mu zařadit uchazeče zpět mezi ostatní uchazeče o předmětnou veřejnou zakázku, nebo zadání veřejné zakázky zrušil.

Po posouzení a prošetření případu vydal ÚOHS dne 19.1.2004 pod č.j. S 617-R/03-917/140/OŠ rozhodnutí, kterým podle § 60 písm. a) zákona návrh uchazeče zamítl s tím, že rozhodnutím zadavatele o vyloučení uchazeče ze soutěže nedošlo k porušení zákona.

Své rozhodnutí odůvodnil ÚOHS zejména tím, že uchazeč byl z účasti v dalším jednání o veřejné zakázce vyloučen ve smyslu § 2e zákona oprávněně, protože nepředložil oprávnění k podnikání na předmět podnikání „Údržba letadel, jejich součástí a výrobků letecké techniky“. Předmětem plnění veřejné zakázky bylo „zabudování světlometů na vrtulníky W3A SOKOL“, které jsou charakterizovány jako vojenská technika v ustanovení § 2 odst. 10 písm. c) zákona č. 219/1999 Sb., o ozbrojených silách České republiky. Nejednalo se tedy o zbraně, ale o leteckou techniku a uchazeč měl předložit ve smyslu „Přílohy č. 2 k zákonu č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), ve znění pozdějších předpisů, živnostenský list na vázanou živnost s předmětem podnikání „vývoj, projektování, výroba, zkoušky, údržba, opravy, modifikace a konstrukční změny letecké techniky“. ÚOHS z předložené dokumentace zjistil, že další uchazeč AVIATION SERVICE, a.s., předložil Živnostenský list č.j. ŽO/0050169/02/Zak/001 Ev. č. 310024-000007617 na předmět podnikání „Údržba letadel, jejich součástí a výrobků letecké techniky“ ze dne 13.3.2003.

Dále ÚOHS uvádí, že zadavatel v bodě 2 výzvy „Doba plnění veřejné zakázky“ stanovil, že plnění zahájí vítězný uchazeč ihned po podpisu smlouvy a ukončí nejpozději do 20.11.2003. Uchazeč ve své nabídce na straně 15 uvedl, že doba plnění je 14-16 týdnů po objednání a podpisu smlouvy, na straně 17 v bodě 6. písm. c) uvedl, že u jednoho vrtulníku bude práce provedena ve Swidniku v březnu 2004. To je v rozporu s podmínkou zadavatele uvedenou v bodě 2 výzvy, že uchazeč ukončí práce do 20.11.2003 a současně i s podepsanou smlouvou o dílo, která je přílohou č. 1 výzvy, kde uchazeč garantuje v článku IV. bodě 2 provedení díla do 20.11.2003. Uchazeč nesplnil podmínku dobu plnění veřejné zakázky tak, jak zadavatel požadoval.

K nesplnění požadavku na rozklad ceny ÚOHS uvádí, že zadavatel stanovil v bodě 10 výzvy „Požadavek na jednotný způsob zpracování nabídkové ceny“ s tím, že požaduje: „Sestavení nabídkové ceny musí navazovat na úplnou specifikaci prací a dodávek materiální povahy, na zdůvodněný výpočet podílu výrobní a správní režie. Podrobná kalkulace nabídkové ceny nejméně v rozsahu výše navrženého položkového členění s rozpisem v položkách zahrnutých činností bude zpracována uchazečem jako příloha č. 4 návrhu smlouvy.“ Zadavatel postupoval podle ustanovení § 49 odst. 5 zákona, ve kterém je uvedeno, že zadavatel může ve výzvě stanovit další požadavky, které musí být shodné pro všechny zájemce. Tuto podmínku uchazeč ve své nabídce nesplnil, protože v nabídce uvedl nabídkovou cenu celkem bez požadovaného členění, čímž nesplnil požadavek na jednotný způsob zpracování nabídkové ceny, tak jak jej zadavatel požadoval v bodě 10 výzvy. Není při tom relevantní, zda uchazeč informace o ceně považuje za obchodní tajemství.

Proti tomuto rozhodnutí podal uchazeč v zákonné lhůtě rozklad, v němž ke kvalifikačním předpokladům uvádí, že jím předložená koncesní listina „Vývoj, výroba, opravy, úpravy, přeprava, nákup, prodej, půjčování, uschovávání a znehodnocování vojenských zbraní“ plně pokrývá předmět veřejné zakázky, neboť vyloučení uchazeče

s odkazem na § 2 odst. 2 zákona č. 219/1999 Sb. je účelové a odkaz na předložený živnostenský list jiného uchazeče s jiným názvem je právně irelevantní. Dále uvádí, že zákon č. 219/1999 Sb., o ozbrojených silách ČR není obecně závazným právním předpisem, který je určující normou pro oblast upravenou živnostenským zákonem v platném znění, neboť předmět zákona upravený v § 1 obsahuje úplně jiné určení. Pokud v platné právní úpravě dochází k terminologické kolizi, nelze tuto kolizi vykládat k tíži uchazeče. Tvrzení ÚOHS, že uchazeč měl předložit živnostenský list „Údržba letadel, jejich součástí a výrobků letecké techniky“ nemá oporu v obecně závazné právní úpravě a výklad těchto právních předpisů překračuje přezkumnou pravomoc ÚOHS založenou zákonem o zadávání veřejných zakázek.

K době plnění veřejné zakázky uchazeč opětovně uvádí, že jeden z vrtulníků (trupové číslo 0712) je s vědomím zadavatele na pravidelné technické údržbě u výrobce v Polské republice (tyto práce shodou okolností zajišťuje uchazeč v termínu březen 2004), takže zadání veřejné zakázky bylo od počátku objektivně nesplnitelné.

K obchodnímu tajemství uchazeč uvádí, že nezpochybňuje právo zadavatele na postup podle § 49 odst. 5 zákona, ale nutit uchazeče k postupu, který znamenal porušení jeho závazků vůči třetím subjektům není možné akceptovat, neboť předmětné citlivé cenové informace nepovažuje za obchodní tajemství pouze uchazeč, ale i třetí subjekty, které se neucházejí o veřejnou zakázku.

Závěrem rozkladu uchazeč požaduje, aby napadené rozhodnutí bylo zrušeno a zadavateli uloženo zařadit uchazeče zpět mezi ostatní uchazeče nebo zadání veřejné zakázky zrušit.

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 tím, že svým rozhodnutím č.j. S 617-R/03-917/140/OŠ ze dne 19.1.2004 návrh uchazeče podle § 60 písm. a) zákona zamítl s tím, že zadavatel svým rozhodnutím o vyloučení uchazeče ze soutěže zákon neporušil, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

K námitkám uchazeče pak uvádím následující. Jak nepochybně vyplývá z nabídky předložené uchazečem, tento předložil pro prokázání kvalifikačních předpokladů výpis z obchodního rejstříku, povolení Ministerstva průmyslu a obchodu k provádění zahraničního obchodu s vojenským materiálem, živnostenský list na předmět podnikání „koupě zboží za účelem jeho dalšího prodeje a prodej“ a koncesní listinu s předmětem podnikání „vývoj, výroba, opravy, úpravy, přeprava, nákup, prodej, půjčování, uschovávání a znehodnocování vojenských zbraní“. Předložená koncesní listina je však doložena na předmět podnikání, který neodpovídá předmětu plnění veřejné zakázky, jak požadoval zadavatel. Vrtulník W3A SOKOL není vojenská zbraň, proto ani na předmět plnění veřejné zakázky – zabudování světlometů právě na zmíněné vrtulníky, nelze akceptovat předloženou koncesní listinu, která se vztahuje toliko na vojenské zbraně. Ustanovení § 2 odst. 10 zákona č. 219/1999 Sb., o ozbrojených silách České republiky, v platném znění, taxativně vymezuje a vysvětluje pojem „vojenská technika“ s tím, že mezi vojenskou techniku spadá mimo jiné i vojenská letadla. Podle písm. c) citovaného ustanovení „vojenská letadla jsou zařízení způsobilá létat v atmosféře, která byla konstruována, vyrobena nebo upravena pro plnění úkolů ozbrojených sil; vojenská letadla se člení na vojenská cvičná letadla, vojenská cvičně bojová letadla, vojenská bojová letadla, vojenská dopravní letadla a vojenská letadla zvláštního určení“. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že v daném případě se jedná o vojenskou techniku a

ne vojenské zbraně. K námitkám, že ÚOHS překračuje své kompetence dané mu zákonem, když provádí výklad jiných právních předpisů uvádím, že podle § 51 zákona ÚOHS vykonává dohled nad dodržováním zákona při zadávání veřejných zakázek, který dle § 52 zákona spočívá zejména v přezkoumávání úkonů zadavatele, v kontrole postupů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, v účasti zástupců ÚOHS při otevírání obálek, ukládání sankcí apod. Vyloučení uchazeče ze soutěže je nepochybně úkon zadavatele při zadávání veřejných zakázek a ÚOHS je povinen přezkoumat, zda zadavatel vyloučením uchazeče ze soutěže porušil či neporušil zákon a s tímto přezkumem pak souvisí i výklad „jiných právních předpisů“. Při své přezkumné činnosti pak ÚOHS vychází zejména ze zadavatelem předložené dokumentace o zadání, ze které pak vyplývají i vyhlášené požadavky zadavatele na prokázání kvalifikačních předpokladů, které se pak váží i na předmět plnění veřejné zakázky, v daném případě na dodávku a montáž vyhledávacích světlometů SX-16 pro vrtulníky W3A SOKOL.

K námitce týkající se doby plnění veřejné zakázky uvádím, že zadavatel si ve výzvě pod bodem 2 s názvem „Doba plnění veřejné zakázky“ jasně stanovil, že „Plnění veřejné zakázky zahájit ihned po podpisu smlouvy a ukončit nejpozději do 20. listopadu 2003“. Uchazeč však ve své nabídce na straně 15 uvedl, že doba plnění je 14 –16 týdnů po objednání a podpisu smlouvy a na straně 17 pak uchazeč uvedl, že je doba u jednoho vrtulníku stanovena na březen 2004. Uchazeč tedy nesplnil požadavek zadavatele na dobu plnění a navíc v návrhu smlouvy o dílo v rozporu s uvedenými skutečnostmi garantuje provedení díla do 20.11.2003. Tvrzení uchazeče, že jeden z vrtulníků je u výrobce v Polské republice nemá vliv na skutečnost, že uchazeč nesplnil požadavek zadavatele na dobu plnění veřejné zakázky, a že v jeho nabídce byla uvedena rozporná data.

K námitce týkající se ceny v souvislosti s obchodním tajemstvím uvádím, že jestliže považoval uchazeč při zpracování své nabídky požadovaný rozklad ceny za obchodní tajemství, měl na tuto skutečnost zadavatele v nabídce upozornit a zadavatel by k těmto informacím přistupoval jako k informacím obsahujícím obchodní tajemství a za jejich případné neoprávněné sdělení či zpřístupnění třetím osobám by nesl odpovědnost. Uchazeč však měl rozklad ceny v nabídce uvést tak, jak ve výzvě požadoval zadavatel, bez ohledu na to, zda tyto skutečnosti považoval za obchodní tajemství či nikoliv. Uchazeč v nabídce uvedl pouze celkovou nabídkovou cenu bez požadovaného členění a nesplnil tak požadavek výzvy uvedený pod bodem 10 s názvem „Požadavek na jednotný způsob zpracování nabídkové ceny“.

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 01 Praha 6, zast. ministrem Miroslav Kostelka
2. Zenit spol. s r.o., se sídlem Radlická 138, 150 21 Praha 5, zast. jednatelem RNDr. Vladimírem Machatkou,
3. spis.