



ČESKÁ REPUBLIKA

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže Joštova 8, Brno	
Došlo:	24 -08- 2005
Číslo: 6163/01	Vyřizuje:
Přílohy:	

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jaroslava Tesáka, Ph.D., a soudců JUDr. Jaroslavy Skoumalové a Mgr. Bc. Radovana Havelce v právní věci žalobce společnosti **SDS EXMOST, spol. s r.o.**, se sídlem v Brně, Lipová 28, právně zast. JUDr. Václavem Pumprlou, advokátem se sídlem v Brně, Příkop 4, proti žalovanému **předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem v Brně, Joštova 8, o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13.9.2004, č.j. 2R 36/04-Hr, **se zrušuje** a věc se mu vrací k dalšímu řízení.
- II. Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30.4.2004, č.j. VZ/S 29/04-152/1968/04-Der, **se zrušuje**.
- III. Žalovaný je povinen nahradit žalobci náklady řízení ve výši 5.225,- Kč, k rukám JUDr. Václava Pumprly, advokáta se sídlem v Brně, Příkop 4, a to do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku.

Odůvodnění:

Žalobou podanou u Krajského soudu v Brně dne 29.11.2004 se žalobce domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. 2R 36/04-Hr, ze dne 13.9.2004 a zrušení rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. VZ/S 29/04-152/1968/04-Der ze dne 30.4.2004 a vrácení věci k dalšímu řízení. V žalobě žalobce uvedl, že zadavatel - Ředitelství silnic a dálnic ČR, vyhlásilo dne 24.9.2003 v Obchodním věstníku č. 38, číslo inzerátu 179742-38 03, obchodní veřejnou soutěž na zhotovení veřejné zakázky „I/ 8 Bořislav - Teplice - oprava mostů“. Pod bodem 2.5.4. zadání veřejné zakázky byly

zadavatelem stanoveny Finanční předpoklady takto: „Uchazeč musí mít přístup k úvěru a dalším finančním zdrojům adekvátním k zajištění požadovaných finančních toků během realizace zakázky. V každém případě by měl být úvěr větší než 40 mil. Kč". Ve formuláři Díl 1, část 4, formulář 4.4, finanční výkazy v bodě 4.4.6 zadavatel požadoval: Připojte reference potvrzení o finanční situaci společnosti a výši možného úvěru (uvést maximální objem úvěru) v Kč nebo v ekvivalentu Kč. Žalobkyně podala nabídku zadavateli na provedení veřejné zakázky, stejně jako další zájemci.

Rozhodnutím zadavatele ze dne 15.12.2003 byla žalobkyně vyloučena z další účasti ve veřejné soutěži z důvodu, že její nabídka nevyhověla z hlediska obsahového splnění podmínek soutěže, neboť nebyl doložen doklad o zajištění a potvrzení úvěru bankou. Proti tomuto rozhodnutí zadavatele podala žalobkyně zadavateli námitky ze dne 23.12.2003, na základě nichž zadavatel své rozhodnutí o vyloučení žalobkyně z veřejné soutěže zrušil a žalobkyni opět zařadil do soutěže. Následně zadavatel jako nejvhodnější nabídku na realizaci veřejné zakázky vybral svým rozhodnutím ze dne 15.1.2004 nabídku žalobkyně. Proti tomuto rozhodnutí zadavatele podal účastník soutěže firma INSKY dne 23.1.2004 námitky, kterým zadavatel svým rozhodnutím ze dne 2.2.2004 nevyhověl. Firma INSKY následně dne 13.2.2004 podala úřadu dohledu návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele. Rozhodnutím ze dne 30.4.2004 č.j. VZ/S29/04-152/1968/04-Der úřad dohledu rozhodl, že zadavatel porušil ustanovení § 34 odst. 4 z.v.z., zrušil jeho rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a uložil zadavateli provést nový výběr. Žalobkyně proti výše uvedenému rozhodnutí úřadu dohledu podala k předsedovi úřadu dohledu rozklad ze dne 30.5.2004, o němž předseda úřadu dohledu rozhodl dne 13.9.2004 tak, že potvrdil rozhodnutí úřadu dohledu ze dne 30.4.2004 a podaný rozklad zamítl. Toto rozhodnutí předsedy úřadu dohledu bylo doručeno žalobkyni dne 5.10.2004. Žalobce považuje výrok napadeného rozhodnutí za nezákonný z následujících skutkových a právních důvodů (žalobní body): V odůvodnění napadeného rozhodnutí, stejně jako v prvostupňovém rozhodnutí žalovaného, není vůbec uvedeno z jakých skutečností bylo správním orgánem dovozováno, co konkrétně je obsahem požadavku zadavatele, podle něhož „uchazeč musí mít přístup k úvěru". Při vědomí toho, že institut „přístupu k úvěru" není v českém právním řádu vůbec definován a v zadání veřejné soutěže není blíže uvedeno co se takovou situací vlastně rozumí, nelze ze zadání veřejné zakázky jednoznačně zjistit, kdy je vlastně splněn požadavek onoho přístupu k úvěru. Na splnění tohoto požadavku, tak jak byl zadán, lze totiž nahlížet mnoha způsoby. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se uvádí (na str. 7), že z potvrzení předloženého společností SDS EXMOST nevyplývá, že úvěr bude v konečném důsledku skutečně poskytnut. Ale takto požadavek zadavatele formulován nebyl, tedy nebylo v něm uvedeno, že zadavatel požaduje prokázání toho, že bude zadavateli úvěr skutečně poskytnut. Bylo pouze požadováno, aby měl uchazeč přístup k úvěru. Toto lze nepochybně interpretovat i tak, že banka u níž má uchazeč účet, vzhledem k informacím o uchazeči na základě předchozí spolupráce, uchazeči potvrdí, že je připravena jednat o poskytnutí úvěru. Pokud se jedná o formulaci zadání „V každém případě by měl být úvěr vyšší než 40 mil. Kč.", lze konstatovat, že z formálně logického hlediska formulace „by měl být", nepochybně ani neznamená totéž jako „musí být", a je tedy opět otázkou, zda a co vlastně byl povinen uchazeč předložit zadavateli ve vztahu ke splnění takto nejasně formulovaného zadání. Druhá věta bodu 2.5.4 předmětného zadání, tedy že v každém případě, by měl být úvěr větší než 40 mil. Kč se z hlediska formálně logického výkladu může vztahovat pouze k tomu, k jaké výši úvěru by měl mít uchazeč přístup. Nemůže ale znamenat, že uchazeč již má mít uzavřenu smlouvu o poskytnutí konkrétního úvěru. To by logicky musel zadavatel v první větě požadovat sjednaný, tedy již poskytnutý úvěr, tak ale zadání finančních požadavků formulováno není. V každém případě i vyhlášení veřejné soutěže je právním úkonem a musí splňovat požadavky kladené právní úpravou na určitost a

srozumitelnost právního úkonu, jak to stanoví § 37 občanského zákoníku, a to pod sankcí neplatnosti neurčitě nebo nesrozumitelně formulované části zadání. Žalobce se domnívá, že pokud požadavek zadavatele na přístup k úvěru není jasně formulován, takže je neurčitý a nesrozumitelný, nejenže jej nelze přezkoumat z hlediska toho zda byl splněn, ale nelze k němu vůbec přihlížet. Toto uznal i zadavatel, když zrušil své původní rozhodnutí o vyloučení žalobce z veřejné zakázky a na základě námitek žalobce ze dne 23.12.2003, zrušil své rozhodnutí o vyloučení žalobce ze soutěže a jeho nabídku hodnotil. Tím, že napadená rozhodnutí správního orgánu zcela pomíjejí tento závažný nedostatek zadání, veřejné zakázky, a dospívají k závěru, že SDS EXMOST požadavek zadavatele na přístup k úvěru nesplnil, zjevně diskriminují žalobce a porušují tím ustanovení § 59 z.v.z., neboť správní orgán dovedl v konkrétním případě neexistující porušení § 34 odst. 4 z.v.z., tedy, že žalobce nesplnil obsahové podmínky soutěže, což neodpovídá skutečnosti. V bankovních informacích či potvrzeních bank řady uchazečů předmětné obchodní veřejné soutěže jsou formulace, které v žádném případě nejsou jednoznačným potvrzením toho, že byl uchazeči poskytnut úvěr na konkrétní akci, tedy stavbu „I/8 Bořislav Teplice - oprava mostů“, jak požadavek „přístupu k úvěru“ interpretuje úřad dohledu v napadených rozhodnutích. Přitom zadavatel tyto uchazeče rovněž nevyločil ze soutěže pro nesplnění obsahových náležitostí soutěže a úřad dohledu ve svých rozhodnutích se těmito skutečnostmi vůbec nezabýval, a to i přesto, že mu z předložených nabídek musely být známy. Přestože dále uvedené konkrétní údaje uvádí žalobce jen příkladmo, neboť nemá k dispozici údaje o všech předložených nabídkách, a uvedené nabídky jsou nabídkami dalších dvou účastníků řízení před správním orgánem, jsou tyto skutečnosti poměrně výmluvné: V potvrzení České spořitelny, a.s. ze dne 30.10.2003, pro společnost INSKY spol. s r.o. se uvádí: Potvrzujeme, že jsme připraveni jednat s firmou INSKY spol. s r.o. o poskytnutí úvěru ve výši 40.000.000,- CZK za účelem profinancování veřejné zakázky "I/8 Bořislav - Teplice - oprava mostů". Kromě výše uvedeného potvrzení předložila firma INSKY do nabídky vyjádření České spořitelny o tom, že má u peněžního ústavu účet s kontokorentním úvěrem s povoleným rámcem s osmiciferným zůstatkem při střední hranici. Je tedy zřejmé, že tento uchazeč, stejně jako společnost SDS EXMOST nepředložil potvrzení o konkrétní výši již poskytnutého úvěru na předmětnou veřejnou zakázku, ale pouze potvrzení o tom, že banka je připravena s ním o takovém úvěru jednat. Současně sice předložil vyjádření banky o tom, že má možnost čerpat kontokorentní úvěr, tento se ale nevztahuje na konkrétní veřejnou zakázku. Ani z této bankovní informace ale nevyplývá kolik vlastně konkrétně je příslušná výše kontokorentního úvěru a samozřejmě není vůbec nijak zajištěno a uchazeč to nemůže garantovat, že v případě potřeby opravdu bude moci takovýto kontokorent čerpat, neboť může být již použit na jinou stavební akci nebo jinou veřejnou zakázku, případně může banka tyto podmínky uchazeči změnit, takže v době realizace veřejné zakázky nemusí mít uchazeč faktickou možnost čerpat kontokorentní úvěr. V potvrzení o bonitě klienta, vystaveného dne 9.9.2003 bankou HVB Bank pro společnost Max Bögl a Josef Krýsl, kom. spol., jejíž nabídka byla dle rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky vyhodnocena jako třetí nejvhodnější nabídka, je uvedeno: „V případě vzniku přechodné potřeby finančních prostředků je banka připravena zahájit s klientem v rámci standardního úvěrového procesu jednání o poskytnutí úvěru, řádově ve výši 500 mil. Kč.“ Je tedy zřejmé, že tento uchazeč, stejně jako společnost SDS EXMOST, nedoložil potvrzení o konkrétní výši již poskytnutého úvěru. Z výše uvedených informací, je zřejmé, že na základě zadavatelem nejasně a neurčitě vyhlášených podmínek veřejné soutěže - tedy onoho sporného „přístupu k úvěru“, uchazeči chápali pojetí přístupu k úvěru poměrně široce, přičemž nabídky uchazečů byly komisí zadavatele pro posuzování nabídek posuzovány

rozdílně, když některé nabídky uchazečů přes jejich nejasný obsah z hlediska prokazování onoho přístupu k úvěru (nebylo doloženo, že uchazeči mají schválen úvěr ve výši nejméně 40 mil. Kč jenom a pouze na předmětnou zakázku), byly posouzeny jako vyhovující a hodnoceny, ale úřad dohledu, na rozdíl od nabídky žalobkyně, v jejich případě nedovodil nesplnění obsahových podmínek. Zatímco zadavatel si tuto pro žalobce diskriminující situaci po vznesených námitkách uvědomil a zrušil své rozhodnutí o vyloučení žalobce z dalšího posuzování nabídek, napadeným rozhodnutím úřadu dohledu dochází v rozporu s ustanovením § 11 z.v.z., k diskriminaci a znerovnoprávnění společnosti SDS EXMOST, oproti jiným uchazečům, neboť přes závažné nedostatky a nejasnosti o obsahu zadavatelem požadovaného „přístupu k úvěru“, k němuž by pro jeho neurčitost a tedy neplatnost, nemělo být vůbec přihlíženo, neboť obsah této formulace nebyl dosud vysvětlen ani zadavatelem ani úřadem dohledu, setrvává úřad dohledu na stanovisku, že nabídka žalobce na rozdíl od nabídek jiných uchazečů nesplňuje obsahové náležitosti nabídky na předmětnou veřejnou soutěž. Pokud se žalobce i přes výše uvedené zásadní nedostatky vymezení přístupu k úvěru snažili tento pojem vyložit, domnívá se, že logický výklad pojmu přístupu k úvěru sice může na jedné straně zahrnovat situaci, kdy již uchazeč má úvěr sjednán a tedy i podepsanou smlouvu o úvěru, ale stejně tak může tato situace - přístup k úvěru, na druhé straně znamenat, že uchazeč doloží, že konkrétní banka, u níž má uchazeč dlouhodobě účet, na základě svých bankovních informací o uchazeči, potvrdí, že je připravena jednat s uchazečem o poskytnutí úvěru, za předpokladu, že s uchazečem bude uzavřena smlouva o dílo na realizaci předmětné veřejné zakázky. Nelze přece připustit situaci, že zadavatel vyhlásí obecný a blíže nevymezený požadavek - přístup k úvěru a následně bude mimo rámec právní úpravy a nezávisle na konkrétním obsahu tohoto požadavku ve vyhlášení veřejné soutěže jiná osoba, byť je to úřad dohledu, dovozovat značně extenzivním výkladem, co měl vlastně zadavatel na mysli když formuloval tento nekonkrétní požadavek, ačkoliv ani sám zadavatel takovýto výklad svého požadavku ani nepotvrdil. Tento postup správního orgánu považuje za porušení § 11 z.v.z., neboť je jím znevýhodněna žalobkyně oproti jiným uchazečům. Namísto jasné argumentace o tom, jaký je tedy vlastně obsah onoho sporného pojmu přístupu k úvěru, se v odůvodnění rozhodnutí předsedy úřadu dohledu ze dne 13.4.2004 na str. 7 poslední odst. dole uvádí, že „vymezil-li zadavatel konkrétní požadavek na doložení přístupu k úvěru“ a dále na str. 8 třetí odst. shora „požadavek zadavatele na doložení částky úvěru vyšší než 40 mil. Kč však byl formulován jednoznačně“. Tento nedostatek, tedy na straně jedné jakákoliv absence obsahového vymezení pojmu „přístupu k úvěru“ úřadem dohledu, v odůvodnění napadených rozhodnutí, a na straně druhé účelové a zjednodušené pouhé konstatování úřadu dohledu, avšak bez návaznosti na spisovou dokumentaci veřejné zakázky, že zadavatel jednoznačně vymezil požadavek na doložení úvěru, domnívá se žalobce, nejen že neodpovídá skutečnosti, ale porušuje řadu právních principů a norem, podle nichž měl žalovaný postupovat v řízení předcházejícím vydání napadeného rozhodnutí, neboť je zřejmé, že otázka toho, zda nabídka žalobce splňuje obsahové náležitosti je závislá na tom, zda a jak bude obsahově vymezen pojem přístupu k úvěru. Tato základní skutečnost a souvislost je ale napadeným rozhodnutím zcela přehlížena. Je při tom zřejmé, že jednoznačně tak, aby tento pojem nemohl být vykládán různě, pojem „přístupu k úvěru“, vymezit nelze. Nelze akceptovat, aby v odůvodnění napadeného rozhodnutí, kdy veškerý spisový materiál byl pracovníky úřadu dohledu již dvakrát posuzován, se uvádělo, ve vztahu k žalobcem předložené bankovní informaci, v níž je uvedeno, že banka je připravena vstoupit s žalobcem do jednání o případném poskytnutí úvěru, že „z uvedeného dokumentu nevyplývá, že úvěr bude v konečném výsledku skutečně poskytnut a již vůbec v něm není garantována jeho minimální výše“, viz. str. 7 druhý odst. zespona, čímž se zdůvodňuje, že nabídka SDS EXMOST měla být zadavatelem vyloučena, když ze spisového materiálu a obsahu nabídek je známo, že minimálně oba další účastníci řízení, tedy jak uchazeč INSKY, tak uchazeč Max Bögl a Josef Krýsl, mají rovněž ve svých

bankovních informacích uvedeno, že banka je připravena s nimi jednat o poskytnutí úvěru a tedy stejně jako žalobce oba tito uchazeči nedoložili, že mají zajištěn konkrétní úvěr, v konkrétní výši, na konkrétní akci. Je přitom naprosto nerozhodné, zda se v těchto informacích hovoří o konkrétní výši úvěru či nikoliv, neboť není v případě neuvedení výše úvěru vyloučeno, že toto potvrzení zahrnuje možnost sjednání úvěru i v požadované výši. Pokud tedy tento úvěr neměl sloužit pro financování realizace díla, jak dovodil úřad dohledu v odůvodnění napadených rozhodnutí, ale pouze ke garantování bezproblémového průběhu realizace veřejné zakázky, musel by tento zajišťovací úvěr mít takové vlastnosti, aby byl schopen tuto zajišťovací (garanční) funkci plnit. Stěží lze připustit myšlenku, že by zadavatel požadoval zajišťovací úvěr, který by nebyl schopen plnit onu zajišťovací funkci. V případě úvěru poskytnutého uchazeči na konkrétní akce a s dobou čerpání v průběhu celého období realizace stavby, by byl tento požadavek na zajišťovací funkci úvěru logicky splněn. V případě kontokorentního úvěru, ale tento požadavek zcela evidentně splněn není, neboť tento typ úvěru nemůže vůbec garantovat, že bude mít uchazeč možnost je čerpat na konkrétní veřejnou zakázku, neboť může být vyčerpán na jiné stavby či veřejné zakázky realizované uchazečem nebo na jiné provozní potřeby uchazeče, takže fakticky neplní pro zadavatele onu v odůvodnění napadených rozhodnutí tak zdůrazňovanou garanční funkci. To samozřejmě neznamená, že by uchazeč nemohl opravdu v případě potřeby čerpat na veřejnou zakázku kontokorentní úvěr. Nicméně stále zůstává pravdou, a toto je pro zadavatele z hlediska jistoty klíčové, zda je opravdu garantováno, že uchazeč v případě kontokorentního úvěru bude mít 100 % možnost tento úvěr čerpat pro potřeby předmětné veřejné zakázky. Je přitom zjevné, že žádná taková garance v případě kontokorentního úvěru dána není, neboť jej lze čerpat na cokoli jiného a zadavatel nemá jistotu ani žádnou záruku, že uchazeč nepoužije kontokorentní úvěr na jiné své potřeby. Uvedené nedostatky napadených rozhodnutí způsobují, že v tomto směru jsou napadená rozhodnutí nepřezkoumatelná a tedy v rozporu s jednou ze základních zásad správního řízení, upravené v ustanovení § 47 odst. 3 spr. řádu, podle něhož v odůvodnění rozhodnutí správní orgán uvede, které skutečnosti byly odkladem rozhodnutí a jakými úvahami byl veden při hodnocení důkazů. Dále žalobce poukazuje na skutečnost, že ačkoliv v napadeném rozhodnutí žalovaný dospěl k závěru, že žalobce nesplnil odborné předpoklady vyhlášené zadavatelem, a proto zrušil rozhodnutí zadavatele z 15.1.2004, v jiném svém dřívějším rozhodnutí č.j. S 3/2000-150/359/2000-11 žalovaný dovozoval zcela opačný výklad z.v.z., tedy že „odborné posouzení (zda nabídky splňují požadavky zadavatele uvedené v zadání veřejné zakázky), stejně jako hodnocení nabídek (jak nabídky splňují požadavky zadavatele uvedené v zadání veřejné nabídky) ponechává zákon na zadavateli, a úřad dohledu v minulosti deklaroval ve svých rozhodnutích, že tento princip respektuje ve své rozhodovací praxi“. V závěru odůvodnění napadených rozhodnutí se rovněž zdůrazňuje, že úřad dohledu dohlíží ve smyslu ustanovení § 51 z.č. 199/94 Sb., na dodržování právního rámce. V konkrétním případě ale správní orgán, ačkoliv je, jeho povinností i dohled nad tím, zda obsah podmínek soutěže uvedený v ustanovení § 5 z.č. 199/94 Sb., odpovídá obecným požadavkům kladeným na právní úkon, tedy zda odpovídá i § 37 občanského zákoníku, přestože v konkrétním případě zadavatel požadavek na přístup k úvěru nevymezil v souladu s tímto ustanovením, což i sám zadavatel uznal, úřad dohledu toto zjevné a nepochybné porušení nejen § 37 občanského zákoníku a § 5 odst. 1 písm. c) z.č. 199/94 Sb., opakovaně přehlíží a nezabývá se jím. Dokonce v odůvodnění předsedy úřadu dohledu na str. 8 dole se uvádí, že se jeví neúčelnou diskuse o obsahovém naplnění zadavatelem vymezeného požadavku, byla-li potřeba zadavatele stanovena do konkrétního požadavku na doložení

přístupu k úvěru. Takovéto pojetí dohledu nad právním rámcem v němž probíhá veřejná soutěž, máme za to že, je porušením ustanovení § 52 odst. 1 písm. a) z.č. 199/94 Sb.

Ve svém doplnění žaloby ze dne 29.12.2004 žalobce uvedl, že žalovaný sice není oprávněn posoudit obsah pojmu „přístup k úvěru“, neboť to je věcí zadavatele, ale současně je úřad dohledu oprávněn rozhodnout, že nabídka žalobce neobsahovala údaje požadované zadavatelem k doložení onoho přístupu k úvěru. Taková interpretace vyhlášení veřejné soutěže, je ale naprosto vytržena z kontextu, neboť je přece nutno posuzovat vyhlášení veřejné soutěže jako celku, neboť zadavatel primárně požadoval aby uchazeč měl přístup k úvěru a tento blíže nedefinovaný přístup k úvěru chtěl doložit doklady jakoby měl mít uchazeč již poskytnutý úvěr. Máme za to, že onen přístup k úvěru a další od tohoto požadavku se odvíjející údaje je nutno posuzovat v celku, a vcelku je nutno zkoumat zda jsou dostatečně konkrétní určité a srozumitelné, aby jejich splnění mohl zadavatel přezkoumávat, protože pokud ne, nemělo by být k nim vůbec přihlíženo, neboť se jedná o neplatnou část právního úkonu - vyhlášení veřejné soutěže. Je zjevné, že již v době, kdy úřad dohledu argumentoval tím, že má zadavatel vyložit co to vlastně je onen přístup k úvěru bylo úřadu dohledu známo, že toto zadavatel učinit nemůže ani teoreticky, neboť rozhodnutí předsedy úřadu dohledu o zamítnutí návrhu na obnovu řízení je datováno 26.11.2004 zatímco rozhodnutí zadavatele o vyloučení SDS EXMOST z veřejné soutěže je datováno již 18.10.2004 a návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele v předmětné věci byl podán dne 15.11.2004, tedy 11 dnů před rozhodnutím předsedy úřadu dohledu o zamítnutí návrhu na obnovu řízení.

Z dopisu ŘSD ČR uchazeči ze dne 16.12.2004 jasně vyplývá, že jediným podkladem a důvodem proč zadavatel vyloučil nabídku uchazeče svým rozhodnutím ze dne 18.10.2004 z předmětné veřejné soutěže bylo rozhodnutí úřadu dohledu č.j. VZ/S29/04-152/1968/04 Der ze dne 30.4.2004 potvrzené rozhodnutím předsedy úřadu dohledu č.j. 2R 36/04-Hr ze dne 13.9.2004.

Z dopisu zadavatele ze dne 16.12.2004 rovněž vyplývá, že názor zadavatele je takový, že neměl v úmyslu žalobce vyloučit z předmětné veřejné soutěže a nebýt rozhodnutí žalovaného, zadavatel by sám společnost SDS EXMOST z veřejné soutěže nevyloučil a zadavatel se ztotožňuje s žalobcem v názoru na to, že ve vyhlášení předmětné veřejné soutěže vyhlášený požadavek na přístup k úvěru je nekonkrétní a nelze na základě něho vyloučit společnost SDS EXMOST z veřejné soutěže.

Žalovaný ve vyjádření ze dne 18.1.2005 uvedl, že žalobce v rámci svých námitek především vytrhává z kontextu část odůvodnění napadeného rozhodnutí č.j. 2R 36/04 – Hr, kde se mimo jiné říká, že ze žalobcem předloženého vyjádření banky nevyplývá, že úvěr bude v konečném výsledku skutečně poskytnut a již vůbec v něm není garantována jeho minimální výše. Z této citace pak žalobce dovozuje domnělý právní názor žalovaného, že uchazeči splňovali požadavek zadavatele, že „uchazeč musí mít přístup k úvěru a dalším finančním zdrojům adekvátním k zajištění požadovaných finančních toků během realizace zakázky. V každém případě by měl být úvěr větší než 40 mil. Kč“ pouze tehdy, pokud již měli uzavřenou příslušnou smlouvu o úvěru. Taková interpretace napadeného rozhodnutí předsedy Úřadu však není správná. Žalovaný v rámci své dohledové činnosti v šetřeném případě nepodával výklad toho, jakým způsobem je možno naplnit zadavatelem obecně formulovanou podmínku požadavku, avšak přezkoumával správné posouzení těch skutečností, které jsou objektivně zjištěitelné a hodnotitelné. Mezi tyto objektivně hodnotitelné skutečnosti pak zcela jistě náleží požadavek zadavatele na minimální výši případného budoucího úvěru ve výši nejméně 40 mil. Kč a splnění tohoto požadavku zadavatele žalobce ve své nabídce nedoložil, neboť v jím

předloženém bankovním sdělení se ke konkrétní výši případného budoucího úvěru nic neuvádí.

V této souvislosti se pak žalovaný nemůže ztotožnit s názorem žalobce, že „je přitom naprosto nerozhodné, zda se v těchto informacích hovoří o konkrétní výši úvěru či nikoliv, neboť není v případě neuvedení výše úvěru vyloučeno, že toto potvrzení zahrnuje možnost sjednání úvěru i v požadované výši“. Žalobce je v rámci své nabídky mimo jiné povinen předložit doklady, které nepochybně prokazují splnění kvalifikačních předpokladů a dalších požadavků zadavatele, a nikoliv pouze předložit takové doklady, které splnění těchto požadavků „nevylučují“.

Žalobce ve své žalobě namítá neurčitost, nesrozumitelnost a nejasnost výše uvedeného požadavku zadavatele, následkem čehož dle tvrzení žalobce „uchazeči chápali pojetí přístupu k úvěru poměrně široce“. Rovněž s tímto tvrzením žalobce nelze souhlasit. Uchazeči na předmětný požadavek zadavatele na doložení „přístupu k úvěru“ reagovali tak, že shodně ve svých nabídkách předložili bankovní informaci či potvrzení banky o tom, že banka je připravena poskytnout konkrétnímu uchazeči úvěr v určité výši (vyjádřené např. maximální výší, minimální výší, řádově, apod.), případně že je připravena poskytnutí tohoto úvěru v konkrétní výši jednat. Tato skutečnost tedy popírá tvrzení žalobce o nesrozumitelnosti a odlišném chápání předmětného požadavku zadavatele jednotlivými uchazeči, když je zřejmé, že k tomuto požadavku přistoupili všichni uchazeči včetně žalobce stejně. Žalobce však jako jediný z uchazečů nesplnil další část požadavku zadavatele, když v jím předložené bankovní informaci se neuvádí výše případného budoucího úvěru, a tedy žalobce neprokázal minimální zadavatelem požadovanou výši případného budoucího úvěru 40 mil Kč. Z toho důvodu Úřad konstatoval, že jím podaná nabídka nespĺňuje požadavek zadavatele.

Ze shora uvedených důvodů proto navrhl žalobu zamítnout.

Krajský soud v Brně si od žalovaného vyžádal předložení kompletního spisového materiálu k věci se vztahujícího. Součástí správního spisu jsou zejména rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30.4.2004, č.j. VZ/S 29/04-152/1968/04-Der, dále rozhodnutí žalovaného ze dne 13.9.2004, č.j. 2R 36/04-Hr, vyhlášení veřejné soutěže zadavatelem Ředitelství silnic a dálnic na jednostupňovou obchodní veřejnou soutěž na zhotovení veřejné zakázky I/8 Bořislav – Teplice – oprava mostů. Dále přípis žalobce ze dne 6.12.2004-reakce na rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o zamítnutí žádosti o obnovu řízení, přípis Ing. Petra Laušmana, generálního ředitele Ředitelství silnic a dálnic ze dne 6.12.2004 žalobci a oznámení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o zahájení správního řízení ze dne 21.12.2004. Součástí správního spisu však nebyl formulář č. 4.4. díl první část čtvrtá – finanční výkazy, který předložil v kopii žalobce v rámci soudního řízení.

Krajský soud v Brně přezkoumal žalobou napadené správní rozhodnutí, jakož i řízení předcházející jeho vydání, a to v rozsahu jeho napadení žalobou (§ 71 odst. 1 písm. d) soudního řádu správního – dále jen s.ř.s. a § 75 odst. 2 věty první s.ř.s.). Ve věci bylo nařízeno jednání, neboť žalovaný nesouhlasil s rozhodnutím bez nařízení jednání.

Žaloba není důvodná.

Žalobce v žalobě namítá, že v odůvodnění napadeného rozhodnutí, stejně jako v prvostupňovém rozhodnutí žalovaného, není vůbec uvedeno, z jakých skutečností bylo správním orgánem dovozováno, co je konkrétním obsahem požadavku zadavatele, podle něhož uchazeč musí mít přístup k úvěru. Žalobce se domnívá, že pokud požadavek zadavatele na přístup k úvěru není jasně formulován, takže je neurčitý a nesrozumitelný, nejenže jej nelze přezkoumat z hlediska toho, zda byl splněn, ale nelze k němu vůbec přihlížet. Tím, že napadená rozhodnutí správních orgánů zcela pomíjejí tento závažný nedostatek zadání veřejné zakázky, a dospívají k závěru, že žalobce požadavek zadavatele na přístup k úvěru nesplnil, zjevně diskriminují žalobce a porušují tím ust. § 59 zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť správní orgán dovodil v konkrétním případě neexistující porušení § 34 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek, tedy, že žalobce nesplnil obsahové podmínky soutěže, což neodpovídá skutečnosti. Dále namítl, že je zřejmé, že na základě zadavatelem nejasně a neurčitě vyhlášených podmínek veřejné soutěže – tedy onoho sporného přístupu k úvěru, uchazeči chápali pojetí přístupu k úvěru poměrně široce, přičemž nabídky uchazečů byly komisí zadavatele pro posuzování nabídek posuzovány rozdílně, když některé nabídky uchazečů přes jejich nejasný obsah z hlediska prokazování onoho přístupu k úvěru (nebylo doloženo, že uchazeči mají schválený úvěr ve výši nejméně 40.000.000,- Kč jenom a pouze na předmětnou zakázku) byly posouzeny jako vyhovující a hodnoceny, ale úřad dohledu na rozdíl od nabídky žalobce, v jejich případě nedovodil nesplnění obsahových podmínek. Napadeným rozhodnutím úřadu dohledu tedy dochází v rozporu s ust. § 11 zákona o zadávání veřejných zakázek k diskriminaci a znerovnoprávnění žalobce, oproti jiným uchazečům, neboť přes závažné nedostatky a nejasnosti o obsahu zadavatelem požadovaného přístupu k úvěru, k němuž by pro jeho neurčitost a tedy i neplatnost, nemělo být vůbec přihlíženo, neboť obsah této formulace nebyl dosud vysvětlen ani zadavatelem ani úřadem dohledu.

Předmětné námitce žalobce je v tomto případě nutné přisvědčit. Jak vyplývá ze spisového materiálu předloženého žalovaným, tak i z listinného důkazu předloženého žalobcem, a to znění podmínek veřejné soutěže, kterou vyhlásilo Ředitelství silnic a dálnic, se sídlem v Praze 4, Na Pankráci 546/56, dne 24.9.2003, je uvedeno v podmínce č. 2.5.4 finanční předpoklady, že: „Uchazeč musí mít přístup k úvěru a dalším finančním zdrojům adekvátním k zajištění požadovaných finančních toků během realizace zakázky. V každém případě by měl být úvěr větší než 40.000.000,- Kč.“ Je nutné přisvědčit k argumentaci žalobce, že takovéto zadání podmínek veřejné soutěže v tomto případě je nejednoznačné, neurčité, nepřesné a nesrozumitelné. Takovéto zadání podmínky veřejné soutěže je možné vykládat různým způsobem, a proto nevytváří rovné podmínky pro všechny uchazeče o veřejnou obchodní soutěž. Žalovaný i prvostupňový správní orgán ve svých rozhodnutích extenzivně vykládali předmětnou podmínku veřejné soutěže ve vztahu k žalobci, aniž by se zabývali, zda předmětnou podmínku splňují ostatní uchazeči v tom smyslu, že prvostupňový správní orgán a žalovaný měli vycházet ve svých rozhodnutích z finančního výkazu dílu prvního, části čtvrté, formuláře č. 4.4., když tento listinný důkaz nebyl obsahem spisového materiálu. Tento listinný důkaz předložil žalobce v rámci soudního řízení, a z tohoto listinného důkazu vyplývá, z bodu 4.4.6, že má potvrzenou finanční situaci společnosti a výši možného úvěru ve výši 40.000.000,- Kč. Jak již bylo uvedeno, shora citované zadání podmínky finančních předpokladů tak, jak bylo zadáno ve veřejné soutěži vyhlášené Ředitelstvím silnic a dálnic, je v rozporu s ust. § 5 zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť tato podmínka, jak již bylo uvedeno, není jednoznačná, přesná, určitá a srozumitelná. Ze smyslu zákona o zadávání veřejných zakázek vyplývá, že podmínky veřejné obchodní soutěže musí být zadány takovým způsobem, aby si je jednotliví uchazeči nemohli vykládat různým způsobem a zabránilo se tak v podstatě vytváření jiných podmínek pro každého

uchazeče v obchodní veřejné soutěži. Nejednoznačnost předmětné podmínky veřejné obchodní soutěže navíc připustil sám ředitel zadavatele, když v rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 4.11.2004 uvedl, že vzhledem k tomu, že statutární orgán reflektuje právní názor orgánu dohledu o vyloučení uchazeče ze soutěže, rozhodl, jak je výše uvedeno. Navíc z kopie vyhlášení jednostupňové obchodní veřejné soutěže na vyhlášení veřejné zakázky z 21.4.2004, tedy pozdější veřejné soutěže, než která je předmětem tohoto řízení, vyplývá, že sám zadavatel upravil podmínku finančních předpokladů v bodě 2.5.4. tak, že zde doplnil další větu, která zní: „Přístup k požadovanému úvěru bude prokázán bankovním výpisem.“ Tuto skutečnost také podporuje to, že sám zadavatel uznal, že jeho požadavek na přístup k úvěru není jasně formulován, neboť je neurčitý a nesrozumitelný, a proto jej nelze přezkoumat z hlediska toho, zda byl splněn, když zrušil své původní rozhodnutí o vyloučení žalobce z veřejné zakázky a na základě námitek žalobce ze dne 23.12.2003 zrušil své rozhodnutí o vyloučení žalobce ze soutěže a jeho nabídku hodnotil. To také vyplývá i z dopisu zadavatele ze dne 16.12.2004, kde zadavatel uvádí, že neměl v úmyslu žalobce vyloučit z předmětné veřejné soutěže a nebýt rozhodnutí žalovaného, zadavatel by sám žalobce z veřejné soutěže nevyloučil a zadavatel se ztotožňuje s žalobcem v názoru na to, že ve vyhlášení předmětné veřejné soutěže vyhlášený požadavek na přístup k úvěru je nekonkrétní a nelze na základě něho vyloučit žalobce z veřejné soutěže. Z těchto důkazů vyplývá, že sám zadavatel si byl vědom nejednoznačnosti a nesrozumitelnosti zadání podmínky předmětné soutěže, a proto tuto nejednoznačnost odstranil shora citovanou větou, což se však netýká projednávané žaloby. V tomto případě po takovémto doplnění pak podmínka finančních předpokladů je zcela jednoznačná a srozumitelná pro všechny uchazeče v obchodní veřejné soutěži.

Vzhledem k tomu, že námitka žalobce byla shledána důvodnou a navíc žalovaný vycházel z listinných důkazů, které nejsou obsahem správního spisu, rozhodl soud tak, že zrušil napadené rozhodnutí pro nezákonnost v souladu s ust. § 78 odst. 1 a současně zrušil i rozhodnutí správního orgánu nižšího stupně, které mu přecházelo v souladu s ust. § 78 odst. 3 s.ř.s.

Výrok o náhradě nákladů tohoto řízení vychází z ust. § 60 odst. 1 s.ř.s., dle kterého nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Měl-li úspěch jen částečný, přiznal mu právo na náhradu poměrné části nákladů. V dané věci byl žalobce, posuzováno z procesního hlediska, zcela úspěšný, neboť soud jeho žalobě vyhověl. Výše přiznaných nákladů je představována soudním poplatkem ve výši 2.000,- Kč, který žalobce v souvislosti s tímto řízením zaplatil, a dále odměnou právního zástupce žalobce za tři úkony právní služby po 1.000,- Kč a třemi režijními paušály jeho hotových výdajů po 75,- Kč, vše v souladu s příslušnými ustanoveními vyhl. č. 177/1996 Sb., advokátní tarif.

P o u ě n í : Proti tomuto rozhodnutí, které nabývá právní moci dnem doručení, je přípustná kasační stížnost za podmínek § 102 a násl. s.ř.s., kterou lze podat do dvou týdnů po jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu v Brně prostřednictvím Krajského soudu v Brně, a to ve dvou vyhotoveních. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který

za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s.ř.s.).

V Brně dne 31.5.2005

Za správnost vyhotovení:
Dana Janků



JUDr. Jaroslav Tesák, Ph.D., v.r.
předseda senátu