UOHSX001LBA5

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S268/2009/VZ-2278/2010/530/JWe V Brně dne: 9. dubna 2010

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájeném dne 1. 10. 2009 na návrh, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Dašice, IČ 00273481, se sídlem Komenského 25, 533 03 Dašice, zast. Ladislavem Rackem, starostou,
- navrhovatel – ALTERSTAV s. r. o., IČ 25951190, se sídlem Komenského 102, 566 01 Vysoké Mýto, za niž jedná Ludvík Münster, jednatel, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 3. 9. 2009 advokátní kanceláří Perthen, Perthenová, Švadlena a partneři s. r. o., se sídlem Velké náměstí 135, 500 03 Hradec Králové,
- vybraný uchazeč – ERMONT spol. s r. o., IČ 62029771, se sídlem Tyršova 781, 539 01 Hlinsko v Čechách, za níž jedná Robert Milfait, jednatel,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Rekonstrukce kulturního domu v Dašicích“ zadávané podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, formou zjednodušeného podlimitního řízení, jehož zahájení bylo oznámeno nedatovanou písemnou výzvou k podání nabídek,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Dašice, IČ 00273481, se sídlem Komenského 25, 533 03 Dašice – nedodržel

1. postup stanovený v ust. § 44 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že v průběhu zadávacího řízení změnil technické

kvalifikační předpoklady uvedené v zadávací dokumentaci, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

2. postup stanovený v ust. § 60 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nevyloučil z další účasti v zadávacím řízení uchazeče, kteří nesplnili kvalifikační předpoklady stanovené v zadávací dokumentaci, čímž zároveň porušil zásadu transparentnosti zadávacího řízení stanovenou v § 6 cit. zákona, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

3. postup stanovený v ust. § 71 odst. 5 a 7 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že uchazečům neumožnil účast při otevírání obálek, neboť jim neoznámil místo a termín otevírání obálek, čímž zároveň porušil zásadu transparentnosti zadávacího řízení stanovenou v § 6 cit. zákona, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší** zadávací řízení uvedené veřejné zakázky.

II.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se výše uvedenému zadavateli **ukládá**:

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

1. Město Dašice, IČ 00273481, se sídlem Komenského 25, 533 03 Dašice, zast. Ladislavem Rackem, starostou (dále jen „zadavatel“), oznámilo podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), nedatovanou písemnou výzvou k podání nabídek zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Rekonstrukce kulturního domu v Dašicích“ (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Zadavatel v bodě d) výzvy k podání nabídky uvedl jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž jako dílčí hodnotící kritéria stanovil výši nabídkové ceny bez DPH s vahou 60 %, výši penále

za každý den prodlení při realizaci projektu s vahou 20 % a délku záruční doby v měsících s vahou 20 %.

3. Zároveň zadavatel v bodě e) výzvy k podání nabídky uvedl, že bude-li hodnotící komise považovat hodnotu jiného dílčího kritéria než je cena za zjevně nepřiměřenou, přidělí nabídce v tomto kritériu 0 bodů, přičemž zde však nestanovil pravidla, podle kterých bude zjevná nepřiměřenost hodnoty dílčích kritérií hodnotící komisí posuzována.

4. V zadávací dokumentaci v části 2. Požadavky na prokázání splnění kvalifikace uchazečů v bodě c) technické kvalifikační předpoklady je pod č. 1) uveden požadavek na předložení seznamu alespoň tří významných srovnatelných projektů v oblasti stavebních prací za posledních pět let, přičemž objem investičních prostředků v každém z těchto projektů činil alespoň 30 mil. Kč.

5. Ve výzvě k podání nabídky ani v zadávací dokumentaci zadavatel neuvedl termín otevírání obálek.

6. Výzva k podání nabídek byla zaslána pěti uchazečům a zároveň zveřejněna na úřední desce zadavatele.

7. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 21. 8. 2009 vyplývá, že zadavatel obdržel celkem osm nabídek, přičemž komise pro otevírání obálek shledala všechny nabídky úplné ve smyslu ust. § 71 odst. 8 zákona a žádnou nevyřadila.

8. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 21. 8. 2009 vyplývá, že hodnotící komise vyřadila nabídku uchazeče BVS HK s. r. o. z důvodu nesplnění ekonomických a kvalifikačních předpokladů. Z přílohy č. 1 k této zprávě vyplývá, že komise provedla hodnocení nabídek zbývajících sedmi uchazečů, přičemž u žádného z nich neshledala zjevně nepřiměřenou hodnotu některého dílčího hodnotícího kritéria. Jako ekonomicky nejvýhodnější byla vyhodnocena nabídka uchazeče ERMONT spol. s r. o., IČ 62029771, se sídlem Tyršova 781, 539 01 Hlinsko v Čechách, za níž jedná Robert Milfait, jednatel (dále jen "vybraný uchazeč").

9. Na základě tohoto hodnocení rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky s tím, že jako ekonomicky nejvýhodnější nabídka byla vyhodnocena nabídka vybraného uchazeče.

10. Proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky podal námitky dopisem ze dne 8. 9. 2009, který byl zadavateli doručen dne 9. 9. 2009, uchazeč ALTERSTAV s. r. o., IČ 25951190, se sídlem Komenského 102, 566 01 Vysoké Mýto, za niž jedná Ludvík Münster, jednatel, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 3. 9. 2009 advokátní kanceláří Perthen, Perthenová, Švadlena a partneři s. r. o., se sídlem Velké náměstí 135, 500 03 Hradec Králové (dále také „ALTERSTAV s. r. o.“ nebo "navrhovatel"). Zadavatel těmto námitkám po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl rozhodnutím ze dne 18. 9. 2009.

11. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 30. 9. 2009 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, v němž se domáhá uložení nápravného opatření podle § 118 zákona, a to zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky.

12. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel návrh dne 1. 10. 2009 a tímto dnem bylo podle zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu podle podacího razítka téhož dne.

13. Ve svém návrhu uchazeč ALTERSTAV s. r. o uvádí, že zadavatel nezveřejnil v zadávací dokumentaci ani jiným způsobem termín a místo otevírání obálek. Navrhovatel zde rovněž uvádí, že očekával, že mu budou tyto údaje sděleny, neboť měl zájem o účast na tomto úkonu zadavatele. Že se otevírání obálek již uskutečnilo se navrhovatel dozvěděl až v souvislosti s doručením oznámení o výběru nejvhodnější nabídky. Navrhovatel je přesvědčen, že neveřejným otevíráním obálek byla porušena výslovná povinnost zadavatele umožnit uchazečům účast na otevírání obálek a tím realizovat jejich zákonem zaručené právo kontroly zadavatele při nakládání s nabídkami. Navrhovatel je přesvědčen, že v tomto případě jde o významné porušení zásady transparentnosti, se kterým je nutné spojovat možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že s nabídkami bylo manipulováno ještě před jejich hodnocením, případně že nebyly otevírány ve stejný okamžik, a tedy někteří uchazeči mohli být zadavatelem zvýhodnění.

14. V další části návrhu uchazeč ALTERSTAV s. r. o uvádí, s poukazem na vyjádření zadavatele k jeho námitkám proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 8. 9. 2009, že zmocnění Ing. T[redacted] M[redacted] k rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky podle ust. § 31 občanského zákoníku nemá oporu v zákoně, naopak, že ust. § 151 odst. 2 zákona výslovně vylučuje, aby zadavatel udělil zmocnění k zadání veřejné zakázky. Podle ust. § 17 písm. k) zákona se zadáním rozumí rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, uskutečněné v zadávacím řízení. Podle názoru navrhovatele tedy sdělení označené jako rozhodnutí zadavatele, které bylo učiněno subjektem odlišným o zadavatele, nelze považovat za řádné rozhodnutí a proto s ním nelze spojovat účinky předvídané zákonem, tedy zejména provedení řádného výběru uchazeče, se kterým by mohla být uzavřena smlouva. Dále navrhovatel v této části návrhu konstatuje, že podle jeho názoru je pravomoc rozhodovat o vyloučení uchazečů nebo o výběru nejvhodnější nabídky svěřena radě obce, přičemž se odvolává ust. § 102 odst. 3 zákona č. 128/2000 Sb., obecní zřízení, neboť zákon výslovně neuvádí, kdo je oprávněn jednat za jednotlivé veřejné zadavatele. Navrhovatel se s odvoláním na výše uvedené domnívá, že rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky měla v tomto případě učinit rada obce a nikoliv subjekt zcela odlišný od zadavatele.

15. Navrhovatel dále uvádí, že rozhodnutí o vyřízení námitek bylo provedeno přímo starostou obce, aniž by bylo prokazatelné, že o námitkách navrhovatele jednala nebo se usnesla alespoň rada obce, která je podle jeho názoru jediným orgánem obce,

kterému takové rozhodnutí přísluší. Z tohoto důvodu je navrhovatel přesvědčen, že rozhodnutí o námitkách navrhovatele není řádné.

16. V poslední části návrhu uchazeč ALTERSTAV s. r. o konstatuje, že podle jeho názoru oznámení o výběru nejvhodnější nabídky neobsahuje řádné výsledky hodnocení nabídek, z nichž by bylo zřejmé pořadí nabídek podle § 81 odst. 3 písm. b) zákona, neboť v oznámení není uvedeno, jaké byly výsledky hodnocení nabídek v rámci jednotlivých dílčích hodnotících kritérií, resp. zda vyplývá pořadí nabídek skutečně z provedeného hodnocení nabídek v rámci jednotlivých hodnotících kritérií. Tím podle názoru navrhovatele zadavatel porušil ustanovení zákona kladené na formální náležitosti oznámení o výběru nejvhodnější nabídky, které má podle názoru navrhovatele uchazeči poskytnout ucelenou informaci o způsobu a výsledku hodnocení nabídek včetně údaje o tom, jak byly nabídky hodnoceny v jednotlivých kritériích. Navrhovatel zde rovněž uvádí, že podle jeho názoru zadavatel postupoval při hodnocení nabídek netransparentně, když zvolená hodnotící kritéria a jejich váhové hodnoty vedly k výběru nabídky, která byla pouze jednou hodnocena jako nejlepší, a to v kritériu, kde vybraný uchazeč nabídl penále v naddimenzované výši. Navrhovatel je přesvědčen, že v tomto případě byl zadavatel oprávněn přiřadit nepřiměřené výši penále nulové bodové hodnocení, neboť jinak byly výsledky všech nabídek v tomto kritériu zkresleny. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel pochybil, když v zadávací dokumentaci nestanovil limit, od kterého bude považovat hodnoty uvedené v nabídkách za nepřiměřené, stejně jako považuje za pochybení, že hodnotící komise se při hodnocení nezabývala zjevnou nepřiměřeností výše penále, ačkoliv tak měla učinit.

17. Účastníky řízení podle § 116 zákona jsou zadavatel, navrhovatel a vybraný uchazeč.

18. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S268/2009/VZ-13828/2009/530/JWe ze dne 23. 10. 2009. Součástí oznámení o zahájení správního řízení bylo i konstatování Úřadu, že získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při podávání doplňujících informací a při posouzení a hodnocení nabídek v zadávacím řízení veřejné zakázky, když v rámci odpovědí na doplňující dotazy změnil požadavky na technické kvalifikační předpoklady uchazečů.

19. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S268/2009/VZ-13831/2009/530/JWe ze dne 23. 10. 2009 stanovil navrhovateli podle § 39 odst. 1 správního řádu lhůtu do 5 dnů ode dne obdržení tohoto usnesení k doplnění návrhu o doklad o složení kauce ve výši 178 604,19 Kč na účet Úřadu. Zároveň stanovil zadavateli podle § 39 odst. 1 správního řádu lhůtu do 2 dnů ode dne obdržení tohoto usnesení k předložení jeho vyjádření k návrhu a kompletní dokumentace veřejné zakázky v souladu s ust. § 114 odst. 4 zákona. Tímtéž usnesením Úřad účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které jsou podle § 36 odst. 1 správního řádu, oprávněni navrhovat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 v návaznosti na § 39 odst. 1 správního řádu oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se podle § 36 odst. 3 správního řádu mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

20. Z moci úřední v souladu s ust. § 117 odst. 1 písm. a) zákona uložil Úřad svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S268/2009/VZ-14004/2009/530/JWe ze dne 27. 10. 2009, opraveným rozhodnutím č. j. ÚOHS-S268/2009/VZ-14342/2009/530/JWe ze dne 4. 11. 2009, zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

21. K oznámení o zahájení správního řízení se vyjádřil navrhovatel dopisem ze dne 29. 10. 2009, který Úřad obdržel dne 29. 10. 2009, a jehož přílohou byl doklad o složení kauce ve výši 178 605,- Kč. Ve svém vyjádření navrhovatel uvádí, že podle jeho názoru Úřadem konstatovaná změna technických kvalifikačních předpokladů v rámci odpovědí zadavatele na doplňující informace odporuje zákonu, což již i Úřad konstatoval ve svých dřívějších rozhodnutích. Podle názoru navrhovatele snížení požadavku na reference o významných službách mohlo mít vliv na původní rozhodnutí potenciálních uchazečů neúčastnit se veřejné zakázky právě proto, že nebyli schopni doložit původně požadované reference. Tento postup zadavatele tedy mohl, podle názoru navrhovatele, velmi podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

22. K oznámení o zahájení správního řízení se vyjádřil zadavatel dopisem ze dne 27. 10. 2009, který Úřad obdržel dne 30. 10. 2009, ve kterém uvádí k problematice neuveřejnění termínu otevírání obálek, že podle jeho názoru žádným závažným způsobem neporušil princip transparentnosti, a že nebyl ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky. Dále uvádí, že s ohledem na ust. § 71 odst. 7 zákona se jedná pouze o formální pochybení nemající vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel konstatuje, že prověřil proces hodnocení nabídek a práci hodnotící komise a shledal postup hodnotící komise v souladu se zákonem.

23. Zadavatel ve svém vyjádření dále uvádí, že podepsání rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zmocněnou osobou bylo učiněno v souladu s ust. § 31 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, v platném znění. Podle uvedeného ustanovení je zastoupení možné na základě plné moci a ta byla za tímto účelem zmocněnci zadavatelem ve stanoveném rozsahu udělena. Dále zde zadavatel konstatuje, že podle jeho názoru není povinností Rady ani zastupitelstva obce rozhodovat o výběru nejvhodnější nabídky či o vyloučení uchazeče. Povinností těchto orgánů je podle zadavatelova názoru až schválení vítězného dodavatele a následné schválení podepsání smlouvy s vítězným uchazečem.

24. K další části návrhu zadavatel konstatuje, že posouzení, zda je či není nějaký údaj v nabídce uchazeče přiměřený či nepřiměřený, náleží výlučně hodnotící komisi, která žádný údaj v nabídkách uchazečů jako nepřiměřený neshledala. Zadavatel dále konstatuje, že pokud by hodnotící komise shledala údaje o penále vítězného uchazeče jako nepřiměřené a uchazeči v tomto dílčím kritériu přidělila nulové bodové hodnocení, byla by nucena postupovat stejně i ve vztahu ke stěžovateli v dílčím kritériu týkajícím se délky záruční doby.

25. V poslední části svého vyjádření zadavatel cituje ust. § 81 odst. 3 zákona a dále uvádí, že výsledky hodnocení a bodové hodnocení jednotlivých nabídek v rámci

dílčích kritérií jsou uvedeny ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, do které je každý uchazeč oprávněn nahlédnout.

26. Závěrem zadavatel konstatuje, že po přezkoumání celého průběhu řízení má za to, že postupoval zcela v souladu se zákonem a proto navrhuje, aby Úřad zahájené správní řízení zastavil.

27. Vybraný uchazeč se k návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ani k oznámení o zahájení správního řízení nevyjádřil.

28. Poslední část dokumentace o zadávacím řízení veřejné zakázky byla Úřadu doručena dne 4. 2. 2010.

29. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání šetřené veřejné zakázky, vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

I. Ke změně technických kvalifikačních předpokladů a hodnocení kvalifikace.

30. Podle ust. § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

31. Podle ust. § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace je soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.

32. Podle ust. § 49 odst. 1 věty první zákona je dodavatel oprávněn po zadavateli požadovat písemně dodatečné informace k zadávacím podmínkám.

33. Podle ust. § 49 odst. 2 věty druhé a třetí zákona dodatečné informace, včetně přesného znění žádosti, doručí zadavatel současně všem dodavatelům, kteří požádali o poskytnutí zadávací dokumentace nebo kterým byla zadávací dokumentace poskytnuta. Zadavatel uveřejní dodatečné informace, včetně přesného znění žádosti, též způsobem, jakým poskytl neomezený a přímý dálkový přístup k zadávací dokumentaci.

34. Podle ust. § 50 odst. 2 zákona věty první a druhé požadavky na prokázání splnění kvalifikace stanoví veřejný zadavatel v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace těchto požadavků může být uvedena v kvalifikační či zadávací dokumentaci.

35. Podle ust. § 56 odst. 3 písm. a) zákona může veřejný zadavatel požadovat k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce seznam stavebních prací provedených

dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací; tato osvědčení musí zahrnovat cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a musí obsahovat údaj o tom, zda byly tyto stavební práce provedeny řádně a odborně.

36. Podle ust. § 60 odst. 1 zákona dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58 zákona, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.

37. Jak je uvedeno v bodě 4. tohoto rozhodnutí, zadavatel v zadávací dokumentaci požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů předložení seznamu alespoň tří významných zakázek za posledních pět let, přičemž objem investičních prostředků v každé z těchto zakázek měl činit alespoň 30 mil. Kč.

38. V odpovědi na doplňující otázky ze dne 13. 8. 2009 zadavatel u dotazu, zda tři referenční stavby mají být v součtu dohromady za 30 mil. Kč nebo každá jednotlivě po 30 mil. Kč uvedl, že tři referenční stavby mají být v součtu dohromady za 30 mil. Kč.

39. K výše uvedenému Úřad konstatuje, že podle ust. § 50 odst. 2 zákona podrobnou specifikaci požadavků na prokázání splnění kvalifikace může zadavatel uvést v kvalifikační či zadávací dokumentaci. Podle ust. § 44 odst. 1 zákona za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel. Dodavatel je v souladu s ust. § 49 odst. 1 oprávněn po zadavateli požadovat dodatečné informace k zadávacím podmínkám. Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel v souladu s cit. ust. zákona uvedl požadavek na prokázání splnění technické kvalifikace uchazečů v zadávací dokumentaci. Smyslem požadavku na správnost a úplnost zadávací dokumentace je dosažení stavu, kdy dodavateli ze zadávací dokumentace vyplynou konkrétní informace, na základě kterých se sám rozhodne, zda se o veřejnou zakázku hodlá ucházet.

40. Úřad dále konstatuje, že z výše uvedeného vyplývá nepřípustnost takového postupu zadavatele, kdy by po prvním zpřístupnění zadávací dokumentace měnil, a to i jen částečně její obsah, bez předchozího jasného stanovení pravidel pro přijetí této změny a bez dostatečného prodloužení lhůty pro podání nabídek, které by dodavatelům umožnilo reagovat na tuto změnu (viz rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 131/2007 ze dne 12. 5. 2008, které se sice týká interpretace zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, avšak argumentaci soudu je možno aplikovat i na znění současného zákona). Takový postup zadavatele by znamenal porušení základních zásad zadávacího řízení, zejména zásady transparentnosti a zákazu diskriminace, jak jsou uvedeny v § 6 zákona.

41. V šetřeném případě zadavatel v rámci odpovědí na dodatečné informace zásadním způsobem změnil požadavek na technické kvalifikační předpoklady uchazečů, když místo tří investičních akcí s náklady min. 30 mil. Kč na jednu stavbu uvedl, že "tři referenční stavby mají být v součtu dohromady za 30 mil. Kč". Tato změna požadavků na prokázání technických kvalifikačních předpokladů uchazečů mohla mít vliv na okruh případných uchazečů o veřejnou zakázku, neboť došlo ke značnému

snížení požadované hodnoty referenčních staveb a tyto nové požadavky by mohli splnit i uchazeči, kteří by původně stanovenou úroveň technických kvalifikačních předpokladů nedosahovali. Uvedený postup zadavatele tak mohl způsobit eliminaci nabídek těch uchazečů, kteří se nemohli o veřejnou zakázku ucházet z důvodu nemožnosti prokázání původních technických kvalifikačních předpokladů, avšak později sníženou úroveň těchto předpokladů by byli schopni prokázat, což jim však bylo výše uvedeným postupem zadavatele znemožněno.

42. Výše uvedený nesprávný postup zadavatele vedl dále k tomu, že v zadávacím řízení byli ponecháni uchazeči ERMONT spol. s r. o., Stating s. r. o., BW – Stavitelství, s. r. o., a HORSTAV Olomouc, spol. s r. o., kteří nesplnili technické kvalifikační předpoklady v souladu se zadávacími podmínkami veřejné zakázky, neboť uchazeč ERMONT spol. s r. o. uvedl ve své nabídce celkem tři referenční projekty, z nichž ani jeden nedosáhl hodnoty 30 mil. Kč, uchazeč Stating s. r. o. uvedl ve své nabídce celkem čtyři referenční projekty, z nichž pouze jeden přesáhl hodnotu 30 mil. Kč, uchazeč BW – Stavitelství, s. r. o. uvedl ve své nabídce celkem čtyři referenční projekty, z nichž pouze jeden dosáhl hodnoty 30 mil. Kč a uchazeč HORSTAV Olomouc, spol. s r. o. uvedl ve své nabídce celkem čtyři referenční projekty, z nichž pouze dva přesáhly hodnotu 30 mil. Kč.

43. Jak vyplývá z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 21. 8. 2009, hodnotící komise vyřadila pouze nabídku uchazeče BVS HK s. r. o., a to v důsledku nesplnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. U všech ostatních nabídek konstatovala splnění kvalifikačních předpokladů, přestože, jak je uvedeno výše, další čtyři uchazeči nesplňovali technické kvalifikační předpoklady v souladu se zadávacími podmínkami veřejné zakázky.

44. Vzhledem k tomu, že výše uvedení uchazeči nesplnili technické kvalifikační předpoklady v souladu se zadávacími podmínkami veřejné zakázky, konstatuje Úřad, že měli být zadavatelem v souladu s ust. § 60 odst. 1 zákona vyloučeni z účasti v zadávacím řízení.

45. Tím, že zadavatel v rámci odpovědí na doplňující otázky podstatně změnil požadavky na prokázání technických kvalifikačních předpokladů uchazečů, které byly součástí zadávací dokumentace zakázky, nedodržel postup stanovený v ust. § 44 odst. 1 a § 60 odst. 1 zákona a zároveň porušil zásady transparentnosti zadávacího řízení, rovného zacházení a nediskriminace uchazečů stanovené v § 6 cit. zákona, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, neboť zadavatel nevyloučil výše uvedené uchazeče z další účasti v zadávacím řízení z důvodu nesplnění technických kvalifikačních předpokladů a nabídka jednoho z nich byla vybrána jako nejvýhodnější.

II. K neumožnění účasti uchazečů při otevírání obálek.

46. Podle ust. § 71 odst. 5 zákona, pokud informace o termínu otevírání obálek nebyla součástí zadávacích podmínek, zadavatel vyrozumí písemně uchazeče o termínu otevírání obálek nejméně 5 pracovních dnů před otevíráním obálek.

47. Podle ust. § 71 odst. 7 zákona mají uchazeči, jejichž nabídky byly zadavateli doručeny ve lhůtě pro podání nabídek, a další osoby, o nichž tak stanoví zadavatel právo účastnit se otevírání obálek. Zadavatel může po přítomných uchazečích požadovat, aby svou účast při otevírání obálek stvrdili podpisem v listině přítomných uchazečů.

48. Z předložené dokumentace veřejné zakázky, stejně jako z vyjádření účastníků řízení vyplývá, že zadavatel uchazečům žádným způsobem neoznámil termín otevírání obálek, přestože tak měl učinit buď ve výzvě k podání nabídek, nebo ve vyrozumění podle ust. § 71 odst. 5 zákona.

49. Úřad konstatuje, že výše uvedené ust. § 71 odst. 7 zákona je jedním z prostředků, jak zajistit transparentnost zadávacího řízení, neboť umožňuje veřejnou kontrolu postupu zadavatele při otevírání obálek. Úřad se tedy v této věci plně ztotožňuje s tvrzením navrhovatele, že neveřejným otevíráním obálek došlo k porušení výslovné povinnosti zadavatele, jejímž důsledkem bylo omezení zákonem zaručeného práva uchazečů na kontrolu postupu zadavatele při otevírání obálek. Názor zadavatele, že se jedná pouze o formální pochybení Úřad odmítá s tím, že nelze jako formální pochybení hodnotit skutečnost, že zadavatel porušil jednu ze základních zásad, kterými se musí v zadávacím řízení veřejné zakázky řídit.

50. Úřad rovněž konstatuje, že neveřejné otevírání obálek může být příčinou k úvahám o počtu podaných nabídek, možné manipulaci s nabídkami jednotlivých uchazečů ještě před jejich hodnocením, a tedy i k úvahám o ovlivnění hodnocení nabídek a tím i výběru nejvhodnější nabídky.

51. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že tím, že zadavatel neuvedl v zadávací dokumentaci termín otevírání obálek a ani později o tomto termínu nevyrozuměl uchazeče, kteří podali nabídky v zadávacím řízení, nedodržel postup stanovený v ust. § 71 odst. 5 a 7 zákona a zároveň porušil zásadu transparentnosti zadávacího řízení stanovenou v § 6 cit. zákona, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť zadavatel svým postupem znemožnil veřejnou kontrolu nakládání s obálkami obsahujícími nabídky při jejich otevírání.

III. K oprávnění provádět úkony za zadavatele v zadávacím řízení.

52. Podle ust. § 151 odst. 1 zákona věty první se zadavatel může při výkonu práv a povinností podle tohoto zákona souvisejících se zadávacím řízením nebo soutěží o návrh nechat zastoupit jinou osobou.

53. Podle ust. § 151 odst. 2 zákona osobě zastupující zadavatele podle odstavce 1 nesmí být uděleno zmocnění k zadání veřejné zakázky, vyloučení dodavatele z účasti v řízení, zrušení řízení, rozhodnutí o výběru nejvhodnějšího návrhu, zrušení soutěže o návrh či rozhodnutí o způsobu vyřízení námitek.

54. Z předložené dokumentace veřejné zakázky vyplývá, že rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 21. 8. 2009 provedl Ing. T[redacted] M[redacted] na základě plné moci, kterou mu udělil zadavatel. To potvrzuje i zadavatel ve svém vyjádření

k návrhu když uvádí, že podle jeho názoru bylo rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky učiněno v souladu s ust. § 31 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník. Dne 25. 8. 2009 bylo uchazečům zasláno oznámení o výběru nejvhodnější nabídky, podepsané rovněž Ing. T[redacted] M[redacted] na základě plné moci, jehož přílohou bylo výše uvedené rozhodnutí.

55. Z předložené dokumentace rovněž vyplývá, že dne 3. 9. 2009, tedy před podáním návrhu na zahájení řízení, zaslal zadavatel uchazečům nové oznámení o výběru nejvhodnější nabídky, jehož přílohou bylo i nové rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, datované téhož dne. Oba zmiňované dokumenty jsou podepsané starostou města, uchazečům byly doručeny dne 4. 9. 2009 a jejich obsah je stejný jako u dokumentů zmiňovaných v předchozím odstavci.

56. K výše uvedenému Úřad konstatuje, že podle cit. ust. § 151 odst. 1 zákona se zadavatel může v zadávacím řízením nechat zastoupit jinou osobou, avšak musí respektovat zároveň i ust. odst. 2 tohoto paragrafu které výslovně stanoví, ke kterým úkonům v zadávacím řízení není toto zmocnění možno udělit. U šetřené veřejné zakázky se tak zadavatel nechal v rozporu s cit. ust. zákona zastoupit v případě rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, které může podle zákona učinit pouze zadavatel. Úřad však současně konstatuje, že zadavatel později toto své pochybení napravil tím, že rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky učinil znovu a tentokrát v souladu se zákonem. Vzhledem k tomu, že obě rozhodnutí jsou obsahově totožná a výše uvedené pochybení zadavatele nijak neomezilo právo uchazečů na podání námitek a přezkoumání postupu zadavatele v zadávacím řízení veřejné zakázky Úřadem, Úřad konstatuje, že chybný postupu zadavatele nemohl mít z tohoto hlediska vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

57. K další námitce navrhovatele, týkající se oprávnění starosty obce rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky, vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení a o námitkách uchazeče, Úřad pro úplnost dodává, že podle ust. § 103 odst. 1 zákona 128/2000 Sb., obecní zřízení, ve znění pozdějších předpisů, starosta zastupuje obec navenek. Zákon ve svých ustanoveních týkajících se jednotlivých úkonů zadavatelů v zadávacím řízení explicitně předpokládá, že jménem zadavatele jedná navenek jeho statutární zástupce, jímž je v případě obce, s ohledem na výše uvedené, její starosta. Vzhledem k tomu, že výše uvedené úkony zmiňované v návrhu jsou zjevně činěny v zastoupení zadavatele, je podle názoru Úřadu v souladu se zákonem, že je učinil starosta obce. Úřad závěrem konstatuje, že není oprávněn zkoumat, zda ke konkrétnímu úkonu v zadávacím řízení měl být či byl starosta zmocněn Radou obce.

IV. K náležitostem oznámení o výběru nejvhodnější nabídky.

58. Podle ust. § 81 odst. 3 zákona zadavatel v oznámení o výběru nejvhodnější nabídky uvede
    a. identifikační údaje uchazečů, jejichž nabídka byla hodnocena,
    b. výsledek hodnocení nabídek, z něhož bude zřejmé pořadí nabídek,
    c. odůvodnění výběru nejvhodnější nabídky, pokud veřejný zadavatel vybral jako nejvhodnější nabídku jiného uchazeče, než jak odpovídá doporučení hodnotící komise; v takovém případě veřejný zadavatel rovněž uvede, jaké údaje z nabídky byly veřejným zadavatelem hodnoceny jinak než hodnotící komisí a jak byly nabídky veřejným zadavatelem hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritérií, a
    d. počet a pořadí nabídek, které byly hodnoceny v jednacím řízení s uveřejněním na základě jednání o nabídkách, a rovněž jaké údaje z nabídky byly hodnoceny zadavatelem na základě jednání jinak a jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritérií.

59. V šetřené veřejné zakázce, která byla zadávána formou zjednodušeného podlimitního řízení, zadavatel v oznámení o výběru nejvhodnější nabídky uvedl seznam všech hodnocených uchazečů vč. jejich adresy a IČ a rovněž výsledek hodnocení nabídek, kde uvedl u jednotlivých nabídek jejich pořadí, název firmy, adresu a IČ. Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel uvedl všechny zákonem požadované údaje uvedené pod body a) a b) cit. ust. zákona, přičemž body c) a d) zmíněného ust. zákona se veřejné zakázky netýkají, neboť zadavatel rozhodl v souladu s doporučením hodnotící komise a zakázka nebyla zadávána v režimu jednacího řízení s uveřejněním.

60. Z výše uvedeného vyplývá, že námitka navrhovatele, že v oznámení o výběru nejvhodnější nabídky není uvedeno v rozporu se zákonem, jaké byly výsledky hodnocení nabídek v rámci jednotlivých dílčích hodnotících kritérií, resp. zda vyplývá pořadí nabídek skutečně z provedeného hodnocení nabídek v rámci jednotlivých hodnotících kritérií nemá oporu v zákoně. Úřad zde souhlasí s názorem zadavatele, že postačuje, že hodnocení nabídek v dílčích hodnotících kritériích je součástí zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, do které je všem účastníkům na jejich žádost umožněno nahlédnout.

61. Úřad tedy konstatuje, že oznámení o výběru nejvhodnější nabídky obsahuje všechny náležitosti předepsané zákonem, a že zadavatel v tomto případě zákon dodržel.

62. K námitce navrhovatele týkající se výběru dílčích hodnotících kritérií, jejich hodnocení a tvrzení, že vítěznému uchazeči mělo být v kritériu "výše penále za každý den prodlení při realizaci projektu" přiděleno nulové bodové ohodnocení vzhledem k tomu, že nabízená částka je zjevně nepřiměřená Úřad konstatuje, že nemůže zastupovat hodnotící komisi a posuzovat, zda nabízené hodnoty v jednotlivých dílčích kritériích jsou nebo nejsou zjevně nepřiměřené. Podrobně se touto problematikou zabývá rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 75/2009 ze dne 6. 11. 2009, ve kterém soud uvádí, že nelze přezkoumávat úvahy členů

hodnotící komise, neboť tím by se Úřad sám stylizoval do role zadavatele, nýbrž že úkolem Úřadu je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotná kvalita výběru.

63. S ohledem na rozsudek Nejvyššího správního soudu uvedený v bodu 62 tohoto rozhodnutí Úřad uvádí, že skutečnost, že zadavatel v zadávacích podmínkách neuvedl, jaké hodnoty bude v jednotlivých kritériích považovat za zjevně nepřiměřené, není samo o sobě v rozporu se zákonem. Zároveň však Úřad konstatuje, že pokud by hodnotící komise z důvodu zjevné nepřiměřenosti přidělila některému uchazeči z tohoto důvodu nulovou hodnotu v některém kritériu, musela by toto své rozhodnutí řádně a přezkoumatelně zdůvodnit, aby tímto postupem neporušila zásadu transparentnosti zadávacího řízení. Vzhledem k tomu, že hodnotící komise žádnému dílčímu kritériu nulovou hodnotu z důvodu zjevné nepřiměřenosti nepřidělila, Úřad konstatuje, že z hlediska zákona hodnotící komise v této věci postupovala v souladu se zákonem.

64. Úřad dále uvádí, že při rozhodování podle § 118 zákona je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. Tím, že zadavatel v průběhu zadávacího řízení výrazně snížil požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů, došlo k tomu, že veřejná zakázka byla přidělena uchazeči, který původní technické kvalifikační předpoklady nesplnil. Navíc zadavatel v rozporu se zákonem neoznámil uchazečům termín otevírání obálek. Tím došlo k porušení základních zásad zadávacího řízení uvedených v § 6 zákona, neboť nově stanovené technické kvalifikační předpoklady mohl splňovat širší okruh dodavatelů, kteří se za původních podmínek o veřejnou zakázku nemohli ucházet a otevírání obálek proběhlo netransparentně. Vzhledem k tomu, že obě uvedená porušení není možno napravit jiným způsobem, musel Úřad zrušit zadávací řízení veřejné zakázky.

65. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.

66. Vzhledem k tomu, že ve výroku I. Úřad uložil zadavateli zrušit zadávací řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí, a to na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2680950001.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:
1. město Dašice, Komenského 25, 533 03 Dašice
2. Perthen, Perthenová, Švadlena a partneři s. r. o., Velké náměstí 135, 500 03 Hradec Králové
3. ERMONT spol. s r. o., Tyršova 781, 539 01 Hlinsko v Čechách

Na vědomí:
1. ALTERSTAV s. r. o., Komenského 102, 566 01 Vysoké Mýto

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy