

Č. j.: VZ/S228/04-152/235/05-GS

V Brně dne 17. ledna 2005

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 19. 11. 2004 z vlastního podnětu podle § 57 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., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb., ve věci přezkoumávání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4, zast. generálním ředitelem Ing. Petrem Laušmanem – učiněných v průběhu zadávání veřejné zakázky „Stavba 0807/II část Hraniční most, dálnice D 8 Praha – Ústí n. L.“ vyhlášené v Obchodním věstníku č. 2/04 pod zn. 185248–2/04 dne 14. 1. 2004 podle části druhé 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., **rozhodl** takto:

- Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR – závažně porušil
- § 6 odst. 1 v návaznosti na § 5 odst. 1 písm. d) posledně cit. zákona o zadávání veřejných zakázek tím, že nabídky uchazečů nezhodnotil podle způsobu hodnocení nabídek stanoveného v zadání šetřené veřejné zakázky, když v rámci kritéria hodnocení „odborná způsobilost“ hodnotil jiné údaje, než obsahují formuláře vyjmenované v zadávací dokumentaci v bodě 4.1.5, díl 1, část 1,
  - § 38 odst. 2 téhož zákona, neboť nezduvodnil své rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.

Za zjištěná závažná porušení posledně citovaného zákona o zadávání veřejných zakázek se zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR – podle § 62 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., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb., ukládá pokuta ve výši 630 000,-- Kč (slovy šest set třicet tisíc korun českých).

Uvedená pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízeného u pobočky České národní banky v Brně číslo účtu 3754 – 24825621/0710, konstantní symbol pro bezhotovostní platby 1148, variabilní symbol 2280415001.

### Odůvodnění

Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4, zast. generálním ředitelem Ing. Petrem Laušmanem (dále jen „zadavatel“) – vyhlásil dne 14. 1. 2004 podle části druhé 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 Obchodním věstníku č. 2/04 pod zn. 185248-2/04 obchodní veřejnou soutěž „Stavba 0807/II část Hraniční most, dálnice D 8 Praha – Ústí n. L.“ (dále jen „soutěž“).

V bodě 1.4. vyhlášených soutěžních podmínek zadavatel stanovil, že nabídky budou hodnoceny podle jejich ekonomické vhodnosti na základě následujících kritérií:

1. Nabídková cena (váha 67 %),
2. Odborná způsobilost (váha 37 %).

Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 24. 3. 2004 vyplývá, že zadavatel do konce soutěžní lhůty obdržel 10 nabídek, přičemž všechny podané nabídky byly komisí pro otevírání obálek shledány jako úplné. Po posouzení nabídek z hlediska jejich obsahového splnění podmínek soutěže a ověření souladu postupu uchazečů se zásadami hospodářské soutěže (které se konalo dne 21. 4. 2004) zadavatel na základě návrhu komise pro posouzení a hodnocení nabídek rozhodl dne 10. 5. 2004 o vyloučení uchazeče „Sdružení D8 Hraniční most – TBB + PTU + PSVS“, jehož vedoucím účastníkem je dle „Smlouvy o sdružení“ ze dne 24. 3. 2004, společnost Porr Technobau Berlin GmbH, Storkower Strasse 113, D-10407 Berlin.

Zbývající nabídky byly komisí pro posouzení a hodnocení nabídek hodnoceny (viz zpráva o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 19. 5. 2004) podle hodnotících kritérií vymezených v soutěžních podmínkách. Po provedeném hodnocení komise stanovila následující pořadí uchazečů na prvních třech místech:

1. „Sdružení D8 – 0807/II Hraniční most“ založené „Smlouvou o sdružení“ ze dne 18.3.2004, jehož vedoucím účastníkem je společnost Stavby silnic a železnic, a. s., Národní třída 10, 113 19 Praha 1, za niž jedná předseda představenstva Ing. Bořivoj Kačena a místopředseda představenstva Ing. Jan Voňka (dále jen „SSŽ“),
2. Sdružení „D8-Hraniční most ČR-SRN“ založené „Smlouvou o sdružení č. 01/2004“ ze dne 1.3.2004, jehož vedoucím účastníkem je FIRESTA-Fišer, rekonstrukce, stavby a. s., Mlýnská 68, 602 00 Brno, za niž jedná předseda představenstva Ing. Vladimír Fišer (dále jen „FIRESTA“),
3. „Sdružení Knínice – Hraniční most“ založené „Smlouvou o sdružení č. 200403“ ze dne 8.3.2004, jehož vedoucím účastníkem je společnost MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL, stavební firma, výroba prefabrikátů a kamenolomy, Plzeň Dobřany, kom. spol., lom Hamr, 642 01 Sušice.

O výběru nejvhodnější nabídky rozhodl zadavatel dne 21. 5. 2004, přičemž se neztotožnil s doporučením komise pro posouzení a hodnocení nabídek. Jako nejvhodnější nabídku vybral zadavatel nabídku „Sdružení D8-Hraniční most ČR-SRN“, jako druhá v pořadí se umístila nabídka „Sdružení D8 – 0807/II Hraniční most“ a na třetím místě se pak umístila nabídka „Sdružení BERGER a VHS“ založeného „Smlouvou o sdružení č. 6/2004“ ze dne 26. 2. 2004, jehož vedoucím účastníkem je společnost Berger Bau GmbH, Äußere Spitalhofstraße 19, 940 36 Passau, SRN, za niž jedná jednatel Karl Geßl (dále jen „Berger Bau“).

Orgán dohledu obdržel dne 21. 6. 2004 návrh společnosti MCE Slaný, s r. o., Netovická 538, 274 01 Slaný, za niž jedná jednatel Ing. Gottfried Hauenberger a jednatel Ing. Jan Tatíček (dále jen „MCE“), na přezkoumání rozhodnutí zadavatele ze dne 8. 6. 2004 o námitkách ze dne 3. 6. 2004 proti jeho rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 21. 5. 2004 v předmětné obchodní veřejné soutěži. Z obsahu návrhu vyplývalo, že společnost MCE je jedním z účastníků „Sdružení D8 – 0807/II Hraniční most“, kteří podali v předmětné soutěži společnou nabídku. Na základě uvedeného návrhu bylo orgánem dohledu zahájeno správní řízení č. j. S112/04, v jehož rámci orgán dohledu dopisem ze dne 12. 8. 2004 vyzval společnost MCE k doplnění návrhu o doklad o oprávnění této společnosti k zastupování účastníků „Sdružení D8 – 0807/II Hraniční most“ ve správním řízení, resp. k podání návrhu podle ustanovení § 57 zákona. Společnost MCE orgánu dohledu dopisem ze dne 18. 8. 2004 sdělila, že návrh ze dne 21. 6. 2004 podala pouze vlastním jménem, nikoliv tedy jménem všech účastníků „Sdružení D8 – 0807/II Hraniční most“, kteří v předmětné soutěži podali společnou nabídku. Dne 9. 9. 2004 bylo v rámci správního řízení č. j. S112/04 vydáno rozhodnutí č. j. VZ/S112/04-153/4658/04-Ne, kterým byl návrh společnosti MCE ze dne 21. 6. 2004 zamítnut.

Proti rozhodnutí č.j. VZ/S112/04-153/4658/04-Ne ze dne 9. 9. 2004 podala společnost MCE rozklad (viz dopis ze dne 24. 9. 2004), který byl rozhodnutím předsedy ÚOHS č.j. 2R 77/04-Hr ze dne 2. 11. 2004 zamítnut a prvostupňové rozhodnutí č. j. VZ/S112/04-153/4658/04-Ne ze dne 9. 9. 2004 potvrzeno. Druhostupňové rozhodnutí č.j. 2R 77/04-Hr ze dne 2. 11. 2004 a prvostupňové rozhodnutí č.j. VZ/S112/04-153/4658/04-Ne ze dne 9. 9. 2004 nabyly právní moci dne 16. 11. 2004 (tj. dnem, kdy poslední účastník řízení obdržel druhostupňové rozhodnutí – viz doklad o doručení).

Dne 16. 11. 2004 uzavřel zadavatel se „Sdružením D8-Hraniční most ČR-SRN“, smlouvu (označenou jako „souhrn smluvních dohod“) v celkové ceně 630 006 329,-- Kč vč. DPH (529 417 083,-- Kč bez DPH).

Vzhledem k tomu, že při posuzování předložené dokumentace získal orgán dohledu pochybnosti o tom, zda postup zadavatele při výběru nejvhodnější nabídky byl v souladu se zákonem, zahájil ve věci přezkoumání úkonů zadavatele správní řízení z vlastního podnětu, tj. správní řízení č.j. S228/04.

Účastníky správního řízení podle § 58 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., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb. (dále jen „zákon ve znění pozdějších předpisů“) jsou:

- zadavatel,
- JHP spol. s r. o., Ústřední 60, Praha 10, za niž jedná jednatel Václav Jelínek, FIRESTA, účastníci sdružení „D8-Hraniční most ČR-SRN“ založeného za účelem získání předmětné veřejné zakázky „Smlouvou o sdružení č. 1/2004“ podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), ze dne 1.3.2004, jejichž společná nabídka byla vybrána jako nejvhodnější,
- MCE, SSŽ, MCE VOEST GmbH & Co, Lunzerstraße 64, A-4031 Linz, za niž jedná člen představenstva Helmut Punz a prokurista Ludwig Burgholzer, účastníci „Sdružení D8 – 0807/II Hraniční most“ založeného za účelem získání předmětné veřejné zakázky a provedení dotčeného díla „Smlouvou o sdružení“ podle § 829 a násl. občanského zákoníku, ze dne 18.3.2004, jejichž společná nabídka se umístila na druhém místě,
- Berger Bau, BERGER BOHEMIA a. s., Klatovská 410, 320 64 Plzeň, za niž jedná předseda představenstva Ing. Zdeněk Pilík a člen představenstva Ing. Ladislav Provod, Vodohospodářské stavby, společnost s ručením omezeným, Křížíkova 2393, 415 01 Teplice, za niž jedná jednatel Ing. Jindřich Pytelka, CSc., účastníci „Sdružení BERGER a VHS“ založeného za účelem získání předmětné veřejné zakázky „Smlouvou o sdružení č. 6/2004“ podle § 829 a násl. občanského zákoníku, ze dne 26.2.2004, jejichž společná nabídka se umístila na třetím místě.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu účastníkům řízení dopisem č.j. VZ/S228/04-153/5879/04-Ne/GS ze dne 16. 11. 2004. V uvedeném oznámení o zahájení správního řízení stanovil orgán dohledu účastníkům řízení lhůtu, v níž se mohli vyjádřit ke skutečnostem, které budou podkladem pro rozhodnutí, jakož i ke způsobu jejich zjištění, popřípadě navrhnout doplnění šetření (§ 33 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů), nahlédnout do spisu tohoto řízení (§ 23 správního řádu) a pořizovat si z něho výpisy. Současně orgán dohledu vyzval zadavatele, aby ve stanovené lhůtě doložil chybějící části dokumentace (tj. doklady týkající se doručování oznámení o výběru nejvhodnější nabídky a doklady prokazující, že zadavatel oznámil podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky všem uchazečům). Orgán dohledu rovněž vyzval zadavatele, aby předložil „interní směrnici“ č. GR č. 4/03, na kterou je odkazováno ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 19. 5. 2004 (dále jen „zpráva“). Zadavatel orgánu dohledu zaslal požadované doklady vč. „interní směrnice“ v příloze dopisu č.j. 16211/04-10220, který orgán dohledu obdržel dne 29. 11. 2004.

Současně s oznámením o zahájení správního řízení orgán dohledu rozhodnutím č.j. VZ/S228/04-153/5880/04-Ne/GS ze dne 16. 11. 2004 (dále jen „předběžné opatření“) jako předběžné opatření podle § 43 odst. 1 písm. a) správního řádu zadavateli uložil nepokračovat v zadávání šetřené veřejné zakázky a neuzavírat smlouvu na plnění předmětu této veřejné zakázky, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí orgánu dohledu ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.

Proti předběžnému opatření podali zadavatel (viz dopis ze dne 24.11.2004) a společnost FIRESTA (viz dopis ze dne 2. 12. 2004) rozklad, o kterém bude samostatně rozhodnuto v rozkladovém řízení předsedou ÚOHS.

Dnem 19. 11. 2004, kdy oznámení o zahájení správního řízení obdržel první účastník řízení, bylo podle § 57 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu z vlastního podnětu.

Orgán dohledu přezkoumal na základě ustanovení § 57 zákona ve znění pozdějších předpisů případ ve všech vzájemných souvislostech. Po zhodnocení všech podkladů, zejména předložené dokumentace o zadání veřejné zakázky a na základě vlastního zjištění orgán dohledu konstatuje, že zadavatel závažným způsobem porušil zákon při hodnocení nabídek a při rozhodování o výběru nejvhodnější nabídky. Orgán dohledu dále uvádí následující rozhodné skutečnosti.

### **K porušení § 6 odst. 1 v návaznosti na § 5 odst. 1 písm. d) zákona**

Jako druhé kritérium hodnocení zadavatel stanovil kritérium „odborná způsobilost“ s váhou 33 % (viz bod 1.4. podmínek soutěže).

V zadávací dokumentaci v části označené jako „pokyny pro uchazeče, díl 1, část 1“ pod bodem 31. 2 zadavatel stanovil, že: „Při hodnocení podle kritéria odborné způsobilosti se berou v úvahu informace poskytnuté uchazeči v dotaznících podle článku 4.1.5 tohoto dokumentu, zejména:

- organizace a seskupení uchazeče, počet všech zaměstnanců a počet zaměstnanců uvažovaných pro realizaci zakázky,
- vybavení pro realizaci zakázky,
- program prací a grafický časový plán (harmonogram),
- zkušenosti s prováděním staveb podobného charakteru a historie sporů,
- uvažovaný systém zajištění jakosti“.

Pod bodem 4.1.5 zadávací dokumentace zadavatel uvedl: „Informace o odborné způsobilosti uchazeče. Tyto informace budou předloženy ve formě formulářů odborné způsobilosti, obsažených v dílu 1, část 4 zadávací dokumentace a budou zahrnovat:“ (zde následuje výčet jednotlivých formulářů vč. podrobného popisu jejich obsahu; zadavatel pod bodem 4.1.5 odkazuje na tyto formuláře: 4.6.1.1, 4.6.1.2, 4.6.1.3, 4.6.2, 4.6.3, 4.6.4, 4.6.5, 4.6.6 a 4.6.7, tj. na všechny formuláře nacházející se v díle 1, část 4 zadávací dokumentace, a to pod bodem 4.6 označeném jako „odborná způsobilost“).

Z tabulek hodnocení, které tvoří přílohu ke zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 19. 5. 2004, pak vyplývá, že v rámci kritéria „odborná způsobilost“ byly nabídky hodnoceny dle následujících čtyř podkritérií:

1. hodnocení ročního objemu stavebních prací provedených v uplynulých třech letech,
2. hodnocení prokázání náležitých zkušeností s prováděním staveb obdobného charakteru,
3. hodnocení prokázání zajištění potřebných stavebních strojů a zařízení pro realizaci zakázky,
4. subjektivní hodnocení odborné způsobilosti uchazeče dle hodnotitele – člena komise.

Z ustanovení § 5 odst. 1 písm. d) zákona vyplývá, že podmínky soutěže musí obsahovat způsob hodnocení nabídek (§ 6 zákona).

Podle § 6 odst. 1 zákona se hodnocení nabídek provádí podle výše nabídkové ceny nebo ekonomické vhodnosti nabídek v souladu s kritérii uvedenými v podmínkách soutěže. Z ustanovení § 5 odst. 3 zákona dále vyplývá, že rozhodne-li se zadavatel pro hodnocení

podle ekonomické vhodnosti nabídek, uvede jednotlivá kritéria v podmínkách soutěže. Učiní tak v sestupném pořadí podle stupně významu, který jim přisuzuje.

Z podmínek soutěže a ze zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel zamýšlel hodnotit v rámci kritéria hodnocení „odborná způsobilost“ obsahově vymezeného pod bodem 31.2 informace uvedené na formulářích vyjmenovaných pod bodem 4.1.5 zadávací dokumentace, díl 1, část 1.

Ke skutečnosti, které konkrétní informace a údaje z nabídek uchazečů byly v rámci jednotlivých podkritérií č. 1 až č. 4, resp. v rámci kritéria hodnocení „odborná způsobilost“, hodnoceny, se zadavatel vyjádřil ve „vysvětlení k rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky“ ze dne 5. 8. 2004, v němž je mj. uvedeno následující.

Pro hodnocení v rámci podkritéria č. 1 „hodnocení ročního objemu stavebních prací provedených v uplynulých třech letech“ byly rozhodnou skutečností finanční objemy realizovaných staveb uvedené na formuláři 4.4 Finanční výkazy v nabídkách jednotlivých uchazečů, což je plně v souladu s článkem 31. 2 zadávací dokumentace bod d) „zkušenosti s prováděním staveb podobného charakteru a historie sporů“.

Pro hodnocení v rámci podkritéria č. 2 „hodnocení prokázání náležitých zkušeností s prováděním staveb obdobného charakteru“ byly rozhodnou skutečností počty realizovaných staveb podobného charakteru a rozsahu uvedené na formuláři 4.6.4., což je plně v souladu s článkem 31. 2 zadávací dokumentace bod d) „zkušenosti s prováděním staveb podobného charakteru a historie sporů“.

Pro hodnocení podkritéria č. 3 „hodnocení prokázání zajištění potřebných stavebních strojů a zařízení pro realizaci zakázky“ byly rozhodnou skutečností počty a druhy stavebních strojů a zařízení uvedené na formuláři 4.6.2 v nabídkách uchazečů, což je plně v souladu s článkem 31. 2 zadávací dokumentace, bod b) „vybavení pro realizaci zakázky“.

Při subjektivním posuzování odborné způsobilosti bere zadavatel v úvahu personální a materiální vybavení uchazeče, používaný systém jakosti, historii sporů, předpokládaný průběh výstavby a odbornou způsobilost k provádění konkrétního druhu stavby, v tomto případě zkušenosti uchazečů v oblasti výstavby ocelových nebo spřažených mostů technologií výsuvu, případně zásunu. K tomuto hodnocení byly využity údaje z formulářů 4.1.1, 4.2, 4.6.1.1, 4.6.1.2, 4.6.1.3, 4.6.2, 4.6.3, 4.6.4, 4.6.6 a 4.6.7, což je plně v souladu s článkem 31.2 zadávací dokumentace, body a-e).

K výše uvedenému vysvětlení zadavatele orgán dohledu uvádí, že skutečnost, že v rámci kritéria „odborná způsobilost“ budou hodnoceny rovněž údaje z formulářů č. 4.4., a to v rámci podkritéria č. 1 „hodnocení ročního objemu stavebních prací provedených v uplynulých třech letech“ z podmínek soutěže ani ze zadávací dokumentace není zřejmá. Zadavatel sice pod bodem 31. 2 zadávací dokumentace odkazuje na formuláře, avšak pouze na formuláře podle bodu 4.1.5, díl 1, část 1. Formulář 4.4. se pod bodem 4.1.5 nenachází, neboť je obsažen pod bodem 4.1.3 zadávací dokumentace. Nelze rovněž přijmout argumentaci zadavatele, že by podkritérium č. 1 odpovídalo bodu 31. 2 písm. d) zadávací dokumentace, neboť ze „zkušeností s prováděním staveb podobného charakteru a historie sporů“ (bod 31.2 písm. d) zadávací dokumentace) nevyplývá, že by zadavatel zamýšlel hodnotit rovněž „roční objem stavebních prací provedených v uplynulých třech letech“ (podkritérium č. 1).

Zadavatel rovněž v rámci podkritéria „odborná způsobilost“ hodnotil informace z formulářů č. 4.1.1 a 4.2, které se také nenacházejí pod bodem 4.1.5 (díl 1, část 1), nýbrž jsou obsaženy v bodě 4.1.1 (díl 1, část 1) zadávací dokumentace. Zadavatel však v zadávací dokumentaci pod bodem 31.2 uvedl, že se při hodnocení podle kritéria „odborná způsobilost“ berou v úvahu informace poskytnuté uchazeči v dotaznících podle článku 4.1.5 zadávací dokumentace. Ze zadání šetřené veřejné zakázky tedy žádným způsobem nevyplývalo, že budou hodnoceny i údaje z jiných formulářů než z těch, které jsou vyjmenovány pod bodem 4.1.5 (díl 1, část 1) zadávací dokumentace. Nelze se tedy ztotožnit s názorem zadavatele uvedeným v jeho stanovisku (tj. dopis č.j. 14/04-10200 ze dne 6. 8. 2004), že „všechny skutečnosti, které byly pro hodnocení použity, jsou zmíněny v bodě 31. zadávací dokumentace“, neboť bod 31. odkazuje pouze na formuláře vyjmenované v bodě 4.1.5 zadávací dokumentace, avšak dle vysvětlení zadavatele ze dne 5. 8. 2004 byly hodnoceny údaje i z jiných formulářů, které se pod bodem 4.1.5 nenacházejí.

Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že zadavatelem požadované formuláře se v zadávací dokumentaci nachází v části označené jako „díl 1, část 4, dotazníky“, která se dělí na šest částí. Poslední část pod bodem 4.6 je označena jako „odborná způsobilost“ a obsahuje ty formuláře, které jsou vyjmenovány pod bodem 4.1.5, díl 1, část 1 zadávací dokumentace. Zadavatel však ve „vysvětlení k rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky“ ze dne 5. 8. 2004 orgánu dohledu sdělil, že hodnotil i údaje uvedené na formuláři č. 4.4, přičemž orgán dohledu zjistil, že tento formulář je označen jako „finanční výkazy“ a není zařazen v dílu 1, část 4 zadávací dokumentaci pod bod 4.6 „odborná způsobilost. Rovněž hodnocené formuláře 4.1.1 „všeobecné informace o uchazeči“ a 4.2 „organizační struktura“ nespádají pod bod 4.6 „odborná způsobilost“, nýbrž pod bod 4.1 „všeobecné“.

Zadavatel tedy v rámci kritéria hodnocení „odborná způsobilost“ hodnotil i údaje z formulářů č. 4.1.1, 4.2 a 4.4., které nebyly obsahem formulářů, na které zadavatel odkazoval v zadávací dokumentaci při podrobnějším vymezení předmětného kritéria hodnocení, což výslovně potvrdil ve svém vyjádření ze dne 5. 8. 2004.

Na základě výše uvedených skutečností dospěl orgán dohledu k závěru, že zadavatel závažně porušil § 6 odst. 1 v návaznosti na § 5 odst. 1 písm. d) zákona tím, že nabídky nehodnotil podle způsobu hodnocení nabídek stanoveného v zadání šetřené veřejné zakázky, když v rámci kritéria hodnocení „odborná způsobilost“ hodnotil jiné údaje, než obsahují formuláře vyjmenované v zadávací dokumentaci v bodě 4.1.5, díl 1, část 1. Závažnost porušení zákona spatřuje orgán dohledu především v tom, že zadavatel na začátku zadávacího procesu stanovil určité podmínky (tj. způsob hodnocení nabídek), které sám v procesu zadávání nedodržel. Uvedeným postupem zadavatele byla opětovně porušena hlavní zásada zadávání veřejných zakázek, a to zásada transparentnosti.

### **K porušení § 38 odst. 2 zákona**

Podle § 38 odst. 1 zákona je zadavatel povinen na základě posouzení a hodnocení nabídek komisí rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky, pokud si v podmínkách soutěže nevyhradil právo odmítnout všechny předložené nabídky. Nejvhodnější nabídkou se rozumí nabídka nejlépe splňující kritéria vymezená zadavatelem v podmínkách soutěže.

Z následujícího odst. 2 zákona pak vyplývá, že jestliže rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky neodpovídá pořadí nabídek podle hodnocení komise, je zadavatel povinen své rozhodnutí písemně zdůvodnit.

Zadavatel své důvody odlišného hodnocení nabídek od hodnocení jednotlivými členy komise zaznamenal v písemnosti označené jako „odůvodnění odlišného rozhodnutí“ ze dne 21. 5. 2004, ze které vyplývá, že zadavatel změnil bodové hodnocení nabídek u podkritéria č. 2 a podkritéria č. 4.

Orgán dohledu konstatuje, že zadavatel sice v „odůvodnění odlišného rozhodnutí“ uvedl, že změnil hodnocení nabídek v rámci podkritéria č. 2 a podkritéria č. 4, avšak z tohoto odůvodnění zadavatele nevyplývá, které konkrétní skutečnosti z nabídek uchazečů byly v rámci jednotlivých podkritérií, resp. v rámci kritéria „odborná způsobilost“, hodnoceny, a které údaje z nabídek uchazečů byly rozhodující v tom smyslu, že některá nabídka byla hodnocena v rámci daného podkritéria lépe (např. vyšším počtem bodů) a některá hůře (např. nižším počtem bodů).

Dokumentace kromě „odůvodnění odlišného rozhodnutí“ zadavatele obsahuje i hodnotící tabulky, které dokládají, kolik bodů zadavatel nabídkám v rámci jednotlivých kritérií hodnocení, resp. podkritérií, přiřadil. „Odůvodnění odlišného rozhodnutí“ však nelze považovat za transparentní a přezkoumatelné. Z vysvětlení zadavatele ze dne 5. 8. 2004 vyplývá, že v rámci podkritéria č. 2 byly pro něho rozhodnou skutečností počty realizovaných staveb podobného charakteru a rozsahu uvedené na formuláři č. 4.6.4. Komise ohodnotila tři nabídky v rámci podkritéria č. 2 maximálním počtem bodů (tj. 1,25 bodů) a šest nabídek nižším počtem bodů (tj. 0,25 bodů) – viz příložené hodnotící tabulky ke zprávě. Zadavatel na rozdíl od komise vyhodnotil v rámci podkritéria č. 2 všechny nabídky jako stejně kvalitní a přiřadil všem maximální počet bodů – tj. 1,25 bodů. Jako důvod zadavatel uvedl, že „všichni uchazeči doložili v nabídkách provedení takového počtu staveb obdobného charakteru, které umožňuje zadavateli ohodnotit v tomto podkritériu všechny nabídky shodně maximálním počtem bodů“. Z nabídek orgán dohledu však zjistil, že jednotliví uchazeči ve svých nabídkách ve formuláři č. 4.6.4. uvádějí různé počty staveb různého rozsahu. Z formuláře č. 4.6.4. rovněž vyplývá, že uchazeči měli při vyplňování rozlišit, zda se jedná o stavbu ve vlastní zemi – část A) tohoto formuláře – nebo, zda se jedná o stavbu v zahraničí – část B) tohoto formuláře. Z nabídek orgán dohledu zjistil, že někteří uchazeči vyplnili formulář č. 4.6.4. v části A) i v části B), tj. doložili zadavateli realizaci staveb ve vlastní zemi i v zahraničí. Někteří uchazeči v předmětném formuláři vyplnili pouze část A), tzn., že prokázali zkušenosti se stavbami pouze ve vlastní zemi. Z „odůvodnění odlišného rozhodnutí“ zadavatele však nevyplývají konkrétní důvody, proč zadavatel přiřadil všem nabídkám v rámci podkritéria č. 2 stejným počet bodů, i když formuláře 4.6.4 vyplněné jednotlivými uchazeči obsahují kvalitativně odlišné údaje. Lze se tedy pouze domnívat, které konkrétní údaje z formulářů 4.6.4. z nabídek uchazečů, byly pro zadavatele rozhodující v tom smyslu, že přiřadil všem nabídkám stejný počet bodů, když na bodové hodnocení neměl vliv ani různý počet staveb, ani zda uchazeč realizoval nejen stavby ve vlastní zemi, ale i stavby v zahraničí.

Pokud se týká podkritéria č. 4, zadavatel v „odůvodnění odlišného hodnocení“ uvedl, že „základem pro toto subjektivní hodnocení odborné způsobilosti je celková schopnost uchazeče zakázku řádně splnit.“ Ve svém vysvětlení ze dne 5. 8. 2004 však zadavatel vyjmenoval deset různých formulářů (4.1.1, 4.2, 4.6.1.1, 4.6.1.2, 4.6.1.3, 4.6.2, 4.6.3, 4.6.4, 4.6.6 a 4.6.7), které byly zohledněny při bodovém hodnocení v rámci čtvrtého podkritéria. Orgán dohledu konstatuje, že z „odůvodnění odlišného hodnocení“ nevyplývá, které konkrétní skutečnosti z nabídek uchazečů vedly zadavatele, k tomu, že některá nabídka byla v rámci podkritéria č. 4 hodnocena lépe (tj. vyšším počtem bodů) a některá hůře (tj. nižším počtem bodů).



Bodové hodnocení v rámci podkritéria č. 1 a podkritéria č. 3, které bylo nabídkám přiděleno komisí pro posouzení a hodnocení nabídek, zadavatel ponechal. Ze zprávy vyplývá, že členové komise pro posouzení a hodnocení nabídek např. v rámci podkritéria č. 3 „hodnocení prokázání zajištění potřebných stavebních strojů a zařízení pro realizaci zakázky“ přiřadili osmi nabídkám (z celkového počtu devíti hodnocených nabídek) maximální počet bodů (tj. 1,25 bodů). Pouze jedna nabídka obdržela 0,25 bodů. Ze zprávy však nevyplývá, proč byla jedna nabídka hodnocena hůře (nižším počtem bodů) než zbývajících osm nabídek. V této souvislosti orgán dohledu uvádí, že ani samotnou zprávu nelze považovat za úplnou, neboť z ní není zřejmé, které skutečnosti z nabídek uchazečů byly v rámci kritéria „odborná způsobilost“ hodnoceny a které tedy byly rozhodující pro přidělení bodů jednotlivým nabídkám. Zpráva zcela postrádá zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky podle § 37 odst. 1 písm. h) zákona. Uvedené chybějící náležitosti zprávy zadavatel následně nenapravitel v „odůvodnění odlišného rozhodnutí“ ze dne 21.5.2004, když rozhodoval o výběru nejvhodnější nabídky, a to na podkladě vlastního hodnocení nabídek, jehož výsledkem bylo odlišné od pořadí nabídek na rozdíl od výsledku hodnocení členy komise pro posouzení a hodnocení nabídek.

K problematice odlišného hodnocení nabídek ze strany zadavatele orgán dohledu uvádí, že při zadávání veřejné zakázky formou obchodní veřejné soutěže se na výběru nejvhodnější nabídky musí ze zákona obligatorně podílet také zadavatelem jmenovaná komise pro posuzování a hodnocení nabídek, která sestaví pořadí nabídek a doporučí pak zadavateli nejvhodnější z nich. Pokud zadavatel využije možnosti, kterou mu dává ustanovení § 38 odst. 2 zákona a rozhodne o výběru nejvhodnější nabídky odlišně od doporučení komise, pak de facto sám přebírá roli této komise, čímž se na něj analogicky vztahují i některé její povinnosti, jako například povinnost pořídit o posouzení a hodnocení nabídek zápis resp. písemnou zprávu (ustanovení § 37 odst. 1 zákona). Zákon v citovaném ustanovení stanovuje pro tuto zprávu určité náležitosti a jedním z cílů těchto náležitostí je snaha transparentně doložit, že nabídka vybraného uchazeče je opravdu tou nejvhodnější nabídkou ve smyslu ustanovení § 38 odst. 1 zákona. Pokud tedy ustanovení § 38 odst. 2 zákona hovoří o „písemném zdůvodnění“, musí mít takové písemné zdůvodnění stejnou vypovídací hodnotu o skutečnosti, že hodnocení nabídek proběhlo v souladu se zákonem resp. se zveřejněnými podmínkami soutěže, jako by ji měla písemná zpráva komise, jinak by nebyl naplněn požadavek na průhlednost procesu zadávání veřejných zakázek a byl by popřen sám smysl výběrového řízení.

Orgán dohledu konstatuje, že z písemného odůvodnění zadavatele podle § 38 odst. 2 zákona musí být zřejmé nejen jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých kritérií hodnocení, tj. kolik bodů bylo nabídkám v rámci jednotlivých kritérií přiřazeno, ale písemný záznam musí obsahovat rovněž důvody, proč byla konkrétní nabídka v rámci jednotlivých kritérií hodnocena lépe (např. vyšším počtem bodů) než ostatní nabídky, a to na základě kterých konkrétních údajů uvedených v nabídkách uchazečů. Přidělení bodů nabídkám v rámci kritérií hodnocení současně se zdůvodněním výběru nejvhodnější nabídky (tzn. uvedením důvodů, proč byla daná nabídka v rámci jednotlivých kritérií hodnocení ekonomicky nejvhodnější) přispívá k zajištění transparentního procesu hodnocení a fair soutěžního prostředí. Orgán dohledu konstatuje, že „odůvodnění odlišného rozhodnutí“ ze dne 21. 5. 2004 nelze v tomto smyslu považovat za úplné a transparentní.

Na základě uvedených skutečností dospěl orgán dohledu k závěru, že zadavatel závažně porušil § 38 odst. 2 zákona, neboť nezdůvodnil své rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, které neodpovídá pořadí nabídek podle hodnocení komise, v souladu se zákonem.

Proces hodnocení nabídek i výběr nejvhodnější nabídky se tak stal netransparentním a nepřezkoumatelným. Orgán dohledu posoudil uvedené porušení zákona jako závažné, neboť odlišné hodnocení nabídek zadavatelem oproti hodnocení jednotlivými členy komise ovlivnilo pořadí jednotlivých nabídek a následně i výběr nejvhodnější nabídky.

Cílem zákona je zajištění nejvyšší možné průhlednosti procesu zadávání veřejné zakázky a fair prostředí při vynakládání prostředků zadavatele. Jak je uvedeno např. v judikátu Vrchního soudu v Olomouci č.j. 2 A 11/2000 (viz správní spis), rozhodnutí zadavatele musí být jednoznačné a srozumitelné a totéž platí i o veškerých postupech souvisejících s výběrem nejvhodnější nabídky.

### **K uložení sankce**

Orgán dohledu podle § 62 odst. 1 zákona ve znění pozdějších předpisů může uložit zadavateli za závažné či opětovné porušení zákona pokutu do výše 1 % ceny zakázky. Vzhledem k tomu, že zadavatel již uzavřel smlouvu na plnění šetřené veřejné zakázky a že nelze dosáhnout nápravy fakticky, orgán dohledu přistoupil k uložení pokuty, neboť porušení zákona uvedené ve výroku tohoto rozhodnutí, kterého se zadavatel při zadání šetřené veřejné zakázky dopustil, je porušením závažným. V této souvislosti orgán dohledu poznamenává, že podle ustanovení § 70 zákona je smlouva na veřejnou zakázku uzavřená v rozporu se zákonem neplatná.

Rozhodnutí předsedy ÚOHS č.j. 2R 77/04-Hr ze dne 2. 11. 2004 (dále jen „druhostupňové rozhodnutí“) vydané v rámci správního řízení č.j. S112/04 obdržel poslední účastník řízení dne 16. 11. 2004, a tímto dnem nabylo toto rozhodnutí právní moci. Zadavatel též den uzavřel smlouvu se sdružením „D8-Hraniční most ČR-SRN“. Předběžné opatření vydané v rámci správního řízení č.j. S228/04 zadavatel obdržel dne 18. 11. 2004 faxem (poštou dne 22. 11. 2004). Z uvedených skutečností tedy vyplývá, že zadavatel uzavřel smlouvu na předmět plnění šetřené veřejné zakázky dříve než mu bylo doručeno předběžné opatření. Orgán dohledu poznamenává, že uzavřením smlouvy ze dne 16. 11. 2004 nedošlo ze strany zadavatele k porušení předběžného opatření, neboť předmětná smlouva byla uzavřena v časové prodlevě mezi nabytím právní moci druhostupňového rozhodnutí a doručením předběžného opatření.

V této souvislosti však orgán dohledu dodává, že v prvostupňovém rozhodnutí č.j. VZ/S112/04-153/4658/04-Ne ze dne 9. 9. 2004 je v závěru uvedeno, že rozhodnutím, jímž se zamítá návrh na zahájení správního řízení, není dotčena možnost orgánu dohledu v případě, kdy zjistí skutečnosti nasvědčující porušení zákona, zahájit správní řízení z úřední povinnosti. Zadavatel tedy mohl při uzavírání smlouvy vzít úvahu i možnost zahájení správního řízení z úřední povinnosti orgánem dohledu v dané věci, neboť v předchozím správním řízení č.j. S112/04 nebylo věcně rozhodnuto.

Před uložení pokuty orgán dohledu zkoumal, zda je naplněna podmínka uvedená ve větě druhé § 62 odst. 1 zákona ve znění pozdějších předpisů, a to, že pokutu lze uložit jen do jednoho roku ode dne, kdy se orgán dohledu dozvěděl, že zadavatel porušil ustanovení tohoto zákona, nejpozději však do tří let, kdy došlo k tomuto porušení. O porušení zákona se orgán dohledu dozvěděl na základě návrhu společnosti MCE, který obdržel dne 21. 6. 2004. K porušení zákona došlo dne 16. 11. 2004, kdy zadavatel uzavřel s uchazečem sdružení „D8-Hraniční most ČR-SRN“ smlouvu na předmět plnění šetřené veřejné zakázky.

Cena veřejné zakázky, při které se zadavatel dopustil závažného porušení zákona, činí dle smlouvy ze dne 16. 11. 2004 označené jako „souhrn smluvních dohod“ celkem částku 630 006 329,-- Kč včetně DPH (529 417 083,-- Kč bez DPH). Horní hranice možné pokuty (1 % z uvedené ceny veřejné zakázky) činí 6 300 063,30 Kč. Orgán dohledu uložil zadavateli pokutu v jedné desetině její možné výše. Při stanovení výše pokuty orgán dohledu vzal v úvahu jako polehčující okolnost především fakt, že zadavatel uzavřel smlouvu s uchazečem „Sdružení D8-Hraniční most ČR-SRN“, jehož nabídková cena byla nejnižší. Na druhou stranu nelze však přehlédnout, že se jednalo o vícekritériální způsob hodnocení nabídek a zadavatel tudíž neprokázal, že ve smyslu § 38 zákona vybral nejvhodnější nabídku, neboť kritérium hodnocení „odborná způsobilost“, v rámci kterého nabídky nebyly hodnoceny transparentně, mělo rozhodující vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

Vzhledem ke zjištěnému závažnému porušení zákona rozhodl orgán dohledu tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Závěrem orgán dohledu poznamenává, že podle § 109 zákona č. 40/2004 Sb., veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, se zadávání veřejných zakázek, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů. Obdobně se postupuje i v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu nebo v řízení o uložení sankce, které na zadávání veřejných zakázek podle věty první navazují.

#### **Poučení:**

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Miroslav Šumbera  
vrchní ředitel

**Obdrží:**

Ředitelství silnic a dálnic, Na pankráci 546/56, 145 05 Praha 4, zast. Ing. Petrem Laušmanem

JHP spol. s r. o., Ústřední 60, Praha 10, zast. Václavem Jelínkem

FIRESTA-Fišer, rekonstrukce, stavby a. s., Mlýnská 68, 602 00 Brno, zast. Ing. Vladimírem Fišerem

MCE Slaný, s r. o., Netovická 538, 274 01 Slaný, zast. Ing. Gottfriedem Hauzenbergerem

Stavby silnic a železnic, a. s., Národní třída 10, 113 19 Praha 1, zast. Ing. Bořivojem Kačenou

MCE VOEST GmbH & Co, Lunzerstraße 64, A-4031 Linz, zast. Helmutem Punzem

Berger Bau GmbH, Äußere Spitalhofstraße 19, 940 36 Passau, SRN, zast. Karlem Geßlem

BERGER BOHEMIA a. s., Klatovská 410, 320 64 Plzeň - město, zast. Ing. Zdeňkem Pilíkem

Vodohospodářské stavby, společnost s ručením omezeným, Křížíkova 2393, 415 01 Teplice, zast. Ing. Jindřichem Pytelkou, CSc.