Č. j.: 2R 066/06 – Šp V Brně dne 6. září 2006

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 12. 6. 2006 zadavatelem

Město Hejnice, IČ 00262803, se sídlem Nádražní 521, 463 62 Hejnice, za niž jedná Stanislav Smutný, starosta,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 4. 5. 2006, č.j. S071/2006-09381/2006/520-Pr, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **Města Hejnice**, učiněných při zadání podlimitní veřejné zakázky pod názvem „**Splašková kanalizace Ferdinandov I – KÚ Hejnice**“, zadávené v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese pod ev. číslem 50005797 dne 9. 3. 2005, jehož dalším účastníkem je

Ještědská stavební společnost, spol. s r.o., IČ 18382550, se sídlem ulice České mládeže 15/14, 460 06 Liberec 6, za niž jedná Václav Kubeš, jednatel,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 4. 5. 2006, č.j. S071/2006-09381/2006/520-Pr,

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

I. Zadávací řízení a prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – město Hejnice, IČ 00262803, se sídlem Nádražní 521, 463 62 Hejnice, jehož jménem jedná Stanislav Smutný, starosta (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb. a zákona č. 60/2005 Sb. (dále jen „zákon“), na centrální adrese dne 9. 3. 2005 pod ev. č. VZ 50005797 oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Splašková kanalizace Ferdinandov I. – KÚ Hejnice“. Pozn.: pokud je dále v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení úkonů jednotlivých účastníků řízení.

2. Dne 23. 12. 2005 obdržel Úřad podnět k zahájení správního řízení ve věci uvedené veřejné zakázky od Státního fondu životního prostředí. Po vyřešení otázky, zda se v daném případě jedná o zadavatele zadávajícího zakázku v sektorové oblasti, který podle ustanovení § 3 zákona zadává pouze nadlimitní veřejné zakázky, konstatoval, že zadavatel - město Hejnice je zadavatelem podle § 2 odst. 1 písm. a) bod 3. zákona a ustanovení § 3 se na něj při zadávání této veřejné zakázky nevztahuje. Na základě předložené dokumentace pak orgán dohledu zjistil skutečnosti, které ho vedly k zahájení správního řízení z vlastního podnětu (§ 96 odst. 1 zákona), za jehož účastníky označil zadavatele a uchazeče Ještědská stavební společnost, spol. s r.o., IČ 18382550, se sídlem ulice České mládeže 15/14, 460 06 Liberec 6, za niž jedná Václav Kubeš, jednatel (dále jen „vítězný uchazeč“).

3. V oznámení zadávacího řízení stanovil zadavatel jako dílčí kritéria ekonomické výhodnosti nabídky kritérium „nabídková cena“ s váhou 40 % a kritérium „odborná a technická způsobilost“ s váhou 60 %. V průběhu posuzování a hodnocení nabídek se komise pro posouzení a hodnocení nabídek seznámila se stanoviskem Úřadu, které konstatuje, že nelze zaměňovat kvalifikaci uchazečů s kritérii ekonomické výhodnosti nabídky. Komise pro posouzení a hodnocení nabídek proto přehodnotila hodnocení a zpracované tabulky pro hodnocení nabídek, kde byla předmětem hodnocení také kritéria, která spadala pod hodnocení kvalifikace uchazečů, a rozhodla, že v souladu s výše uvedeným stanoviskem bude hodnotit pouze kritéria vyjadřující ekonomickou výhodnost nabídek uchazečů, tedy pouze záruky za dílo, sankce pro zhotovitele a objednatele a termín dokončení díla.

Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 4. 5. 2006 rozhodnutí č.j. S071/2006-09381/2006/520-Pr, kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu ve smyslu § 102 odst. 1 zákona tím, že nesplnil povinnost uvedenou v
   - ustanovení § 55 odst. 3 zákona, neboť jako jedno z dílčích kritérií pro posuzování nabídek dle jejich ekonomické výhodnosti zvolil kritérium „odborná a technická způsobilost uchazeče“, které nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, ale kvalifikaci uchazeče ve smyslu ustanovení § 30 odst. 2 písm. d) citovaného zákona,

- ustanovení § 65 v návaznosti na § 62 odst. 1 a § 25 odst. 1 zákona, protože hodnotil nabídky podle kritérií, která nebyla zveřejněna v oznámení zadávacího řízení, a tímto postupem porušil zásadu transparentnosti,

a nesplnění těchto povinností mohlo podstatně ovlivnit pořadí úspěšnosti nabídek. Za spáchání výše uvedeného deliktu Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 47 000,- Kč.

5. V odůvodnění citovaného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel v šetřeném případě zařadil mezi dílčí kritéria hodnocení nabídek podle ekonomické výhodnosti i kritérium hodnocení „odborná a technická způsobilost“. Současně zadavatel v oznámení otevřeného řízení mj. uvedl požadavek na prokázání technické způsobilosti podle § 33 odst. 1 zákona. Zadavatel tedy svým postupem ztotožnil kvalifikační kritéria, jejichž splnění je předpokladem účasti dodavatele (§ 30 odst. 1 zákona) v otevřeném řízení a které se v šetřeném případě týká prokazování odborné a technické způsobilosti uchazeče, s dílčím kritériem pro zadání veřejné zakázky, podle kterého má být hodnocena ekonomická výhodnost nabídky. Ze znění citovaných ustanovení zákona vyplývá, že zadavatel musí vymezit v oznámení otevřeného řízení jak požadavky na kvalifikaci uchazečů, tak uvést i základní kritéria pro zadání veřejné zakázky včetně vah u dílčích kritérií, přičemž však nesmí být požadavky na kvalifikaci uchazečů zaměňovány s dílčími kritérii pro zadání veřejné zakázky. Posouzení a vyhodnocení kvalifikace uchazečů musí zadavatel provést samostatně od hodnocení nabídek. Pokud se zadavatel rozhodne, že bude nabídky hodnotit podle kritéria ekonomická výhodnost nabídky, je povinen stanovit taková dílčí kritéria, která se výhradně týkají nabídky a její ekonomické výhodnosti, tzn. její kvality.

6. Hodnocení kvalifikace uchazečů či zájemců se vždy vztahuje k „osobě“ uchazeče či zájemce, a tedy jde o vyhodnocení jejich obecné způsobilosti k plnění veřejné zakázky, přičemž výsledkem tohoto vyhodnocení je buď závěr, že je uchazeč či zájemce schopen splnit danou veřejnou zakázku a jeho nabídka může být dále posuzována a hodnocena nebo není schopen ji splnit, a pak musí být takový uchazeč ze zadávacího řízení vyloučen. Kritéria kvalifikace tak vyjadřují schopnost uchazeče splnit veřejnou zakázku, ale již nevyjadřují ekonomickou výhodnost jeho konkrétní nabídky podané v konkrétním zadávacím řízení. Naproti tomu v rámci hodnocení nabídek podle kritérií stanovených v oznámení řízení v souladu s § 62 a následujících zákona se zadavatel již nezabývá „osobou“ uchazeče, ale hodnotí vlastní ekonomickou výhodnost jeho nabídky, tj. zabývá se hodnocením konkrétních podmínek obsažených v nabídce, za nichž uchazeč zadavateli nabízí splnění dané veřejné zakázky. Tím, že jako jedno z dílčích kritérií pro zadání veřejné zakázky podle ekonomické výhodnosti nabídky zvolil zadavatel kriterium „odborná a technická způsobilost“, které nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, ale technickou a odbornou způsobilost - tedy kvalifikaci uchazeče, zadavatel porušil § 55 odst. 3 zákona.

7. Dále Úřad v odůvodnění citovaného rozhodnutí uvedl, že pokud hodnotící komise přehodnotila s ohledem na stanovisko Úřadu kritérium „odborná a technická způsobilost“ pro hodnocení nabídek a rozhodla, že bude hodnotit pouze kritéria vyjadřující ekonomickou výhodnost nabídek uchazečů, tedy pouze kritéria záruky za dílo, sankce pro zhotovitele a objednatele a termín dokončení díla, nejednala rovněž v souladu se zákonem. Výše uvedeným způsobem potom zadavatel současně porušil ustanovení § 65 v návaznosti na § 62 odst. 1 zákona, podle nichž v případě zadávání veřejné zakázky hodnocení nabídek provede hodnotící komise podle kritérií stanovených v oznámení otevřeného řízení. V tomto případě se tedy jednalo o souběh

dvou pochybení zadavatele, které ovlivnily stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, a sice: 1) nesprávně stanovené kriterium ekonomické výhodnosti nabídky a 2) neprůhledné a netransparentní hodnocení, neboť zájemce či uchazeč o předmětnou veřejnou zakázku nemohl vědět, za jakých podmínek, resp. podle jakých kritérií, bude jeho nabídka hodnocena. Snaha zadavatele o provedení nápravy v průběhu zadávacího řízení tak vedla k netransparentnosti celého hodnotícího procesu předmětné veřejné zakázky, neboť nabídky již byly podány a na změny kritérií ekonomické výhodnosti nabídek již nemohli uchazeči reagovat.

8. Vzhledem ke zjištěnému závažnému porušení zákona s přihlédnutím k tomu, že zadání veřejné zakázky již bylo realizováno, nebylo možné dosáhnout provedení nápravy uložením nového zadání veřejné zakázky, jelikož fakticky nelze ukládat plnění, která jsou neproveditelná. Protože však zadavatel uzavřel smlouvu s uchazečem vybraným na základě postupu, při němž porušil výše uvedené povinnosti, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona ve znění pozdějších předpisů, neboť uvedeným postupem mohlo dojít k podstatnému ovlivnění pořadí uchazečů. Z výše uvedených důvodů orgán dohledu přistoupil k uložení sankce ve výši 47 000,- Kč (horní hranice možné pokuty činila s ohledem na cenu veřejné zakázky 1 181 966,- Kč).

II. Námitky rozkladu

9. Proti uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 12. 6. 2006 rozklad. V podaném rozkladu však neuvádí, jak má předseda Úřadu o podaném rozkladu a napadeném rozhodnutí rozhodnout. Zadavatel v úvodu konstatuje, že výstavba kanalizace Ferdinandov byla zadávána jako pilotní projekt k čerpání prostředků z Evropské unie, na níž se jak zadavatel, tak Státní fond životního prostředí teprve učí. Komise pro výběrové řízení patrně udělala chybu, avšak po seznámení se s mediálně publikovaným stanoviskem Úřadu se snažila chybu napravit. Dle názoru zadavatele se napadené rozhodnutí chybami sice zabývá, ale rozhodnutím se nese názor, že nebylo postupováno ekonomicky. S tím zadavatel nesouhlasí, protože vybral uchazeče, který nabídl nejnižší nabídkovou cenu.

10. Zároveň zadavatel namítá, že při zadání předmětné veřejné zakázky měl být posuzován jako zadavatel podle § 3 zákona a nikoli podle § 2 odst. 1 písm. a) bod 3. zákona. Důvodem by dle názoru zadavatele měla být skutečnost, že zadavatel je jeden z šestnácti vlastníků vodovodu, které provozuje Frýdlantská vodárenská společnost, a.s., která vznikla privatizačním projektem v letech 1991 až 1992 jako společnost s ručením omezeným a v letech 2004 až 2005 se transformovala na akciovou společnost. Každá obec majetek vodovodů, kanalizací, ČOV, úpraven a vodáren vlastní v této společnosti podílem počtu obyvatel celkové ceny privatizovaného projektu.

Závěr rozkladu

11. Ustanovení § 82 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), s přihlédnutím k § 152 odst. 3 správního řádu, stanoví, že není-li uvedeno v odvolání (rozkladu), v jakém rozsahu odvolatel rozhodnutí napadá, platí, že se domáhá zrušení celého rozhodnutí. V návaznosti na uvedené ustanovení dovozuji, že zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu celé napadené rozhodnutí zrušil.

Vyjádření dalších účastníků řízení

12. Vítězný uchazeč se k podanému rozkladu nevyjádřil.

III. Řízení o rozkladu

13. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

14. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavené podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

15. Úřad tím, že svým rozhodnutím č.j. S071/2006-09381/2006/520-Pr ze dne 4. 5. 2006 rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu ve smyslu § 102 odst. 1 zákona tím, že nesplnil povinnost uvedenou v ustanovení § 55 odst. 3 zákona a ustanovení § 65 v návaznosti na § 62 odst. 1 a § 25 odst. 1 zákona tak, jak bylo rozvedeno výše, a nesplnění těchto povinností mohlo podstatně ovlivnit pořadí úspěšnosti nabídek, za což zadavateli uložil pokutu ve výši 47 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

16. Předně uvádím, že navrhovatel v podaném rozkladu neuvádí žádné nové skutečnosti a pouze rozvádí argumenty, které již uvedl ve svých předchozích podáních a vyjádřeních.

K dílčímu kritériu „odborná a technická způsobilost uchazeče“

17. Pokud se jedná o zvolené dílčí kritérium hodnocení, plně se ztotožňuji se závěry a argumentací, kterou uvedl orgán dohledu v napadeném rozhodnutí. Pro doplnění uvádím, že zadavatel v oznámení zadávacího řízení ztotožnil kvalifikační kritéria, jejichž splnění je předpokladem účasti dodavatele v soutěži o veřejnou zakázku, s dílčím kritériem hodnocení ekonomické výhodnosti nabídky. Jak správně orgán dohledu v napadeném rozhodnutí uvedl, hodnocení kvalifikace uchazečů či zájemců se vždy vztahuje k osobě uchazeče a klade si za cíl vyhodnotit jeho způsobilost k plnění veřejné zakázky. Naproti tomu v rámci hodnocení nabídek, ke kterému dojde teprve po posouzení kvalifikace uchazečů, se zadavatel osobou uchazeče nezabývá, a tedy se ani dílčí hodnotící kritérium k osobě uchazeče nijak nevztahuje. Dílčí hodnotící kritérium naopak slouží k posouzení a hodnocení konkrétní podané nabídky, respektive jejího obsahu, a zjištění ekonomické výhodnosti pro zadavatele. Zadavatel proto porušil zákon tím, že v rozporu s požadavky § 55 odst. 3 zákona zvolil jako jedno z dílčích kritérií pro posuzování nabídek takové kritérium, které nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, ale kvalifikaci uchazeče podle § 30 odst. 2 písm. d) zákona.

K hodnocení nabídek

18. Podobně jako orgán dohledu konstatuji, že se zadavatel dopustil porušení § 65 zákona v návaznosti na § 62 odst. 1 zákona, když se podané nabídky rozhodl hodnotit podle kritérií „záruka na dílo“, „sankce pro zhotovitele a objednatele“ a „termín dokončení

díla“, které nezveřejnil v oznámení o zadání veřejné zakázky. Na základě toho pak zadavatel hodnotil nabídky uchazečů na základě kritérií, která jim v době podání nabídky nebyla známá, čímž způsobil, že hodnocení neproběhlo v souladu se zásadou transparentnosti. Jako důvod pro uvedené zadavatelovo jednání nelze přijmout ani snahu o nápravu nesprávně zvolených dílčích kritérií pro hodnocení ekonomické výhodnosti nabídky teprve v průběhu zadávacího řízení, neboť jestliže nabídky již byly podány, nemohli v nich uchazeči na změnu dílčích kritérií reagovat. Taktéž souhlasím, že s ohledem na váhu kritérií, která činila 60 %, lze předpokládat i jiný výsledek hodnocení úspěšnosti nabídek.

K povaze zadavatele

19. Jak vyplývá z podaného rozkladu, zadavatel se považuje za jednoho z vlastníků vodovodu, které provozuje Frýdlantská vodárenská společnost, a.s. Naproti tomu v reakci na výzvu Úřadu ze dne 13. 4. 2006 uvádí zadavatel, že společnost Frýdlantská vodárenská společnost, a.s. je ze 100 % vlastněna obcemi Frýdlantského výběžku. Založená společnost provozuje jak dodávku pitné vody, tak i kanalizace a jednotlivé čističky odpadních vod, takže každá obec (a tedy i zadavatel) přes tuto společnost vlastní i provozuje příslušné řady.

20. Podobně jako orgán dohledu vycházím ze skutečnosti, že Frýdlantská vodárenská společnost, a.s., je ze 100 % vlastněna Frýdlantským vodárenským sdružením, které na základě Smlouvy o zájmovém sdružení obcí ze dne 6. 5. 1993 uzavřel zadavatel spolu s dalšími cca 16 obcemi. Předmětem činnosti tohoto sdružení je výroba a dodávka pitné vody, odkanalizování a čištění odpadních vod, včetně souvisejících činností. Z vyjádření Frýdlantské vodárenské společnosti, a.s., ze dne 26. 1. 2006 k této problematice dále vyplývá, že veřejné vodovody na území Hejnic jsou ve vlastnictví Frýdlantské vodárenské společnosti, a.s., která současně zajišťuje jejich provoz. Kanalizace a čistírny odpadních vod jsou však vlastněny zadavatelem a Frýdlantská vodárenská společnost, a.s. pouze zajišťuje jejich provozování. Zadavatel – obec Hejnice sice poskytuje kanalizaci pro veřejnou potřebu ve smyslu § 3 odst. 1 písm. e) zákona, avšak druhá podmínka citovaného ustanovení zákona naplněna není, neboť zadavatel neprovozuje ani neposkytuje pevné sítě určené k zásobování veřejnosti v souvislosti s výrobou, přepravou nebo distribucí pitné vody.

21. Uzavírám tedy, že aby bylo možné zadavatele považovat za zadavatele podle ustanovení § 3 zákona, tedy za zadavatele v oblasti vodního hospodářství, musela by být splněna podmínka, že tento subjekt poskytuje nebo provozuje pevné sítě určené k zásobování veřejnosti v souvislosti s výrobou, přepravou nebo distribucí *pitné vody*, elektřiny, plynu nebo tepla. Tak však v tomto případě splněna není, neboť zadavatel prokazatelně není vlastníkem pevných sítí určených k zásobování veřejnosti pitnou vodou. Pokud bych přisvědčil zadavateli, že podmínka požadovaná zákonem je naplněna i v případě, kdy zmíněné pevné sítě určené k zásobování veřejnosti jsou majetkem společnosti, jejíž podíl zadavatel vlastní, jednalo by se o nepřístupný extenzivní výklad zákona.

K uložené sankci

22. Vzhledem k tomu, že předmětná veřejná zakázka byla v době rozhodování Úřadu již realizována, nápravy nebylo možné dosáhnout jinak než uložením sankce (např. uložením povinnosti zrušit veřejnou zakázku). S ohledem na závažnost správního

deliktu, ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán, včetně přihlédnutí k osobě zadavatele, byla zadavateli uložena pokuta ve výši 47 000,- Kč, tedy na spodní hranici maximální výše možné pokuty, která činila 1 181 966,- Kč. Jsem si vědom toho, že zadavatel bude sankcionován také ze strany Státního fondu životního prostředí a přijde o přidělenou dotaci, což bylo při stanovení výše pokuty taktéž zohledněno. Z dosavadní rozhodovací praxe orgánu vyplývá, že podobná pochybení (záměna hodnotících kritérií pro hodnocení veřejných zakázek podle ekonomické výhodnosti nabídky za jiná kritéria) byla velmi tvrdě sankcionována. V uvedeném případě však došlo navíc ke zneprůhlednění zadávacího procesu tím, že zadavatel nabídky hodnotil podle kritérií, která v oznámení o zadání veřejné zakázky neuvedl. Z uvedeného důvodu považuji uloženou pokutu za přiměřenou.

V. Závěr

23. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

24. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Město Hejnice, se sídlem Nádražní 521, 463 62 Hejnice, za niž jedná Stanislav Smutný, starosta

2. Ještědská stavební společnost, spol. s r.o., se sídlem ulice České mládeže 15/14, 460 06 Liberec 6, za niž jedná Václav Kubeš, jednatel

3. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce