Č. j. S292/2006-19396/2006/520-Št V Brně dne 13. listopadu 2006

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb., ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájeném dne 13. 10. 2006 z vlastního podnětu, jehož účastníky jsou

- zadavatel Tělovýchovná jednota Slavoj Kynšperk nad Ohří, IČ 18248063, Školní 614, 357 51 Kynšperk nad Ohří, zast. ve správním řízení na základě pověření ze dne 6. 11. 2006 RSDr. Miroslavem Štruncem,
- společnost bss BÁŇSKÁ STAVEBNÍ SPOLEČNOST s. r. o., IČ 25233866, Chebská 53, 356 58 Sokolov, za niž jedná Ing. Miroslav Paparega, jednatel,
- společnost SOKOLOVSKÁ ELEKTRO FIRMA, spol. s r. o., IČ 49197703, Rolnická 656, 356 01 Sokolov, za niž jedná Pavel Čapek, jednatel,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Výstavba šaten TJ Slavoj Kynšperk nad Ohří“ zadávané podle cit. zákona o veřejných zakázkách formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo na Centrální adrese uveřejněno dne 4. 1. 2006 pod ev. č. 50016023,

I.

rozhodl podle § 101 odst. 2 citovaného zákona o veřejných zakázkách **takto**:

Zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) cit. zákona, neboť uzavřel smlouvu, i když nesplnil povinnost stanovenou cit. zákonem o veřejných zakázkách v:

- ustanovení § 30 odst. 2 písm. b) a odst. 3 v návaznosti na § 32 odst. 1 a § 33 odst. 1 na téhož zákona tím, že v oznámení zadávacího řízení nevymezil odpovídající úroveň požadované finanční a ekonomické a technické způsobilosti, a zadavatel pro nesplnění prokázání kvalifikačního předpokladu podle § 32 odst. 1 písm. a) zákona vyloučil z další účasti na veřejné zakázce uchazeče Sdružení podnikatelů ve stavebnictví, spol. s r. o., Revoluční 580, Loket,
- § 55 odst. 3 citovaného zákona tím, že jako jedno z dílčích kritérií pro posuzování nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti zvolil kritérium „objem dosavadní spolupráce s TJ Slavoj Kynšperk“, které nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, a současně porušil

ustanovení § 25 odst. 1 cit. zákona, neboť v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zvýhodnil uchazeče, se kterým již dříve spolupracoval,
- ustanovení § 65 odst. 2 v návaznosti na § 25 odst. 1 cit. zákona tím, že nezdůvodnil své rozhodnutí o přidělení cit. veřejné zakázky, které neodpovídalo pořadí nabídek podle hodnocení hodnotící komise,

přičemž nesplnění těchto povinností mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodě I. výroku rozhodnutí se zadavateli podle § 102 odst. 2 písm. a) cit. zákona o veřejných zakázkách ukládá pokuta ve výši 10 000,– Kč (deset tisíc korun českých). Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 2920650001.

III.

Podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., a podle § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení se zadavateli ukládá uhradit náklady řízení ve výši 1 000,- Kč (slovy jeden tisíc korun českých). Náklady řízení jsou splatné do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2920650002.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), který vykonává dohled nad dodržováním zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „zákon“), obdržel dne 24. 8. 2006 podnět k přezkoumání postupu Tělovýchovné jednoty Slavoj Kynšperk nad Ohří, IČ 18248063, Školní 614, 357 51 Kynšperk nad Ohří, zast. ve správním řízení na základě pověření ze dne 6. 11. 2006 RSDr. Miroslavem Štruncem (dále jen „zadavatel“), při zadávání veřejné zakázky „Výstavba šaten TJ Slavoj Kynšperk nad Ohří“ zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo dne 4. 1. 2006 pod ev. č. 50016023 zveřejněno na centrální adrese. Tělovýchovná jednota Slavoj Kynšperk nad Ohří je zadavatelem podle § 2 odst. 1 písm. b) zákona, neboť předmětná veřejná zakázka je z více než 50 % financována veřejným zadavatelem.

Orgán dohledu si na základě podnětu vyžádal dopisem ze dne 28. 8. 2006 od zadavatele dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky, včetně nabídek jednotlivých uchazečů, a fotokopii smlouvy, na základě které je veřejná zakázka realizována.

Po přezkoumání obdržené dokumentace získal orgán dohledu pochybnosti o zákonnosti úkonů učiněných zadavatelem při zadávání veřejné zakázky, a proto zahájil ve věci přezkoumání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele správní řízení z vlastního

podnětu.

Zahájení správního řízení orgán dohledu oznámil účastníkům řízení, kterými jsou podle § 99 zákona

- zadavatel,
- společnost bss BÁŇSKÁ STAVEBNÍ SPOLEČNOST s. r. o., IČ 25233866, Chebská 53, 356 58 Sokolov, za niž jedná Ing. Miroslav Paparega, jednatel, a společnost SOKOLOVSKÁ ELEKTRO FIRMA, spol. s r. o., IČ 49197703, Rolnická 656, 356 01 Sokolov, za niž jedná Pavel Čapek, jednatel, které podaly společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 9. 2. 2006 a kterým byla zakázka přidělena (dále jen „bss BÁŇSKÁ STAVEBNÍ SPOLEČNOST s. r. o. a SOKOLOVSKÁ ELEKTRO FIRMA, spol. s r. o.“),

dopisem č. j. S292/2006-17931/2006/520-Št ze dne 10. 10. 2006, ve kterém jej seznámil s předběžnými výsledky šetření (zejména s pochybností, zda zadavatel vymezil minimální úroveň dalších kvalifikačních kritérií, a zda v této souvislosti oprávněně vyloučil uchazeče o veřejnou zakázku, a dále zda zadavatel zvolil kritéria pro hodnocení ekonomické způsobilosti nabídek v souladu se zákonem, když jako jedno z dílčích kritérií zvolil „objem dosavadní spolupráce s TJ Slavoj Kynšperk“, a s pochybností, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když rozhodl odlišně od návrhu komise), a usnesením č. j. S292/2006-17966/2006/520-Št z téhož dne účastníkům řízení stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Dnem 13. 10. 2006, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno společnosti bss BÁŇSKÁ STAVEBNÍ SPOLEČNOST s. r. o. a společnosti SOKOLOVSKÁ ELEKTRO FIRMA, spol. s r. o., bylo správní řízení zahájeno.

Dne 17. 10. 2006 bylo orgánu dohledu doručena dohoda bss BÁŇSKÁ STAVEBNÍ SPOLEČNOST s. r. o. a společnosti SOKOLOVSKÁ ELEKTRO FIRMA, spol. s r. o., z téhož dne, kterou si určili jako společného zmocněnce pro správní řízení pana Ing. Miroslava Paparegu.

Zadavatel se ke skutečnostem, které budou podkladem pro rozhodnutí, vyjádřil dopisem ze dne 16. 10. 2006, ve kterém k věcné problematice uvedl, že se při stanovení kritérií ekonomické výhodnosti nabídky řídil zákonem, který stanoví obligatorní a fakultativní kritéria hodnocení nabídek, přičemž kritérium „objem dosavadní spolupráce s TJ“ nepovažoval za nemožné použít, přičemž řada firem s Tělovýchovnou jednotou Slavoj Kynšperk nad Ohří v minulosti spolupracovala. Všichni uchazeči byli v zadávacím řízení s dílčími kritérii seznámeni. Podle názoru zadavatele se nejedná o diskriminační ustanovení, o čemž svědčí 10 obdržených nabídek a žádná námitka. Podle názoru zadavatele je v jeho pravomoci rozhodnout odlišně od komise, což nakonec učinil. Nabídka vybraného uchazeče byla o 560 tis. Kč vyšší, avšak výkonný výbor zadavatele rozhodoval na základě svého nejlepšího vědomí a svědomí, přičemž si nemůže dovolit riskovat nedokončení stavby a po obdržení závěrů komise pečlivě prostudoval všechny nabídky, přičemž nabídka komisí doporučená jako nejvhodnější, tj. firma PVKP Obchodní, s. r. o., obsahovala skutečnosti, které vedly zadavatele k rozhodnutí jmenované společnosti zakázku nepřidělit, a to:

- i když vznikla v lednu 2005, vykazovala reference za období 5 let,
- naceněný výkaz výměr vykazoval možné „podhodnocení“ zakázky v některých položkách,

- návrh smlouvy o dílo zavazuje investora k dofinancování stavby, a to i v případě vědomě uvedených neodpovídajících skutečností a uchazeč na vady výkazu výměr neupozorňoval,
- obchodní rejstřík uvádí, že jednatel firmy PVKP Obchodní, s. r. o., je jednatelem i jiné firmy v likvidaci.

Naopak nabídka vybraného uchazeče upozorňovala na vady výkazu výměr, bez kterých nemůže být stavba zkolaudována, přičemž cenu díla uchazeč uvádí jako maximální s tím, že obsah smlouvy lze změnit pouze za předpokladu, že skutečnosti nebyly v zadávací dokumentaci či výkazu výměr uvedeny. Zadavatel tedy využil serióznosti nabídky, neboť bylo zřejmé, že u všech ostatních nabídek by šla cena výrazně nahoru a ani jedna ze zbývajících nabídek na vady neupozorňovala.

K námitce orgánu dohledu, že zadavatel neoprávněně vyloučil uchazeče „Sdružení podnikatelů ve stavebnictví, spol. s r. o.“, Revoluční 580, Loket, zadavatel ve svém vyjádření sdělil, že nabídka neobsahovala prohlášení, že je uchazeč schopen dostát svých závazků z pohledu finanční a ekonomické způsobilosti podle § 32 zákona, přičemž nešlo o přezkoumání stanovených požadavků, ale pouze o zkonstatování kompletnosti nabídky a právě toto prohlášení nabídka, jako jediná ze všech nabídek neobsahovala, a byla proto vyřazena a uchazeč vyloučen.

Orgán dohledu přezkoumal na základě ustanovení § 96 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména zadávací dokumentace, včetně vyjádření účastníka řízení, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

Stanovení úrovně dalších kvalifikačních kritérií

V podmínkách zadávacího řízení bodu 9.2 a 9.3 stanovil zadavatel požadavek na kritéria a doklady pro prokázání finanční a ekonomické způsobilosti a pro prokazování technické způsobilosti takto:
„dle § 32 odst. 1 písm. a) – prohlášením, § 32 odst. 1 písm. d) – dokladem“
„dle § 33 odst. 1 písm. a) – prohlášením, dle § 33 odst. 1 písm. l a) 2. – dokladem příp. prohlášením“.

Podle ustanovení § 30 odst. 2 písm. b) zákona se splněním kvalifikace rozumí splnění dalších kvalifikačních kritérií stanovených zadavatelem, jimiž zadavatel vymezí odpovídající úroveň finanční, ekonomické a technické způsobilosti dodavatele podle druhu rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky. Ustanovení § 30 odst. 3 ukládá zadavateli povinnost požadavky na splnění kvalifikace podle odst. 2 včetně dokladů požadovaných k jejich prokázání uvést v oznámení zadávacího řízení.

Z vyhlášení podmínek zadávacího řízení ani z předložené zadávací dokumentace předmětné veřejné zakázky nevyplývá, že by zadavatel vymezil odpovídající úroveň finanční, ekonomické a technické způsobilosti dodavatele. Zadavatel sice odkázal na ustanovení zákona, která obecně upravují způsobilost dodavatelů, avšak konkrétní úroveň způsobilosti dodavatelů ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky nestanovil.

I přesto, že zadavatel nestanovil odpovídající úroveň finanční a ekonomické způsobilosti vyloučil z další účasti na zadávacím řízení dodavatele Sdružení podnikatelů ve stavebnictví, spol. s r. o., Revoluční 580, Loket, právě pro neprokázání splnění finanční a ekonomické způsobilosti, která ve své nabídky nedoložila prokázání ekonomické způsobilosti, jak požadoval zadavatel v oznámení zadávacího řízení.

Ustanovení § 30 odst. 2 písm. b) zákona jasně stanoví, že zadavatel vymezuje odpovídající úroveň kvalifikace podle druhu rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky. Cílem prokazování kvalifikace je vyloučit ze zadávacího procesu ty dodavatele, kteří jsou skutečně nekvalifikovaní veřejnou zakázku provést. Zadavatel tedy musí stanovit hranici – zákon používá pojmy „vymezit odpovídající úroveň“ – od které je dodavatel ve vztahu k předmětu konkrétní zadávané veřejné zakázky způsobilý a kdy nikoliv. Bez vymezení této hranice postrádají obecné odkazy zadavatele na zákon smysl, neboť v takovém případě je způsobilý k plnění každý dodavatel.

Tím, že zadavatel nestanovil odpovídající úroveň kvalifikačních předpokladů podle § 32 odst. 1 písm. a) zákona a podle § 33 odst. 1 písm. a) zákona porušil povinnost stanovenou v § 30 odst. 2 písm. b) zákona, přičemž uvedené porušení mohlo ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť zadavatel pro nesplnění prokázání kvalifikačního předpokladu podle § 32 odst. 1 písm. a) zákona vyloučil z další účasti na veřejné zakázce uchazeče Sdružení podnikatelů ve stavebnictví, spol. s r. o., Revoluční 580, Loket.

K vyjádření zadavatele, že v případě vyloučení jmenovaného uchazeče nešlo o přezkoumání stanovených požadavků, ale pouze o zkonstatování kompletnosti nabídky, přičemž nabídka jmenovaného uchazeče jako jediná prohlášení neobsahovala, orgán dohledu uvádí, že v šetřeném zadávacím řízení je vzhledem ke smyslu prokazování kvalifikace viz výše, zkoumání, zda nabídka obsahuje doklad o prokázání kvalifikace či nikoliv nadbytečné, neboť zadavatel odpovídající úroveň dalších kvalifikačních kritérií nevymezil. Jakékoli prohlášení dodavatelů v nabídkách bez zadavatelem stanovené hranice je tedy bezúčelné.

Dílčí kritéria pro zadání veřejné zakázky

Podle § 55 odst. 1 zákona je základním kritériem pro zadání veřejné zakázky
a) ekonomická výhodnost nabídky, nebo
b) nejnižší nabídková cena.

Rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle ekonomické výhodnosti nabídky, posuzuje podle § 55 odst. 3 zákona nabídku podle dílčích kritérií. Jednotlivým dílčím kritériím musí zadavatel stanovit váhu, kterou vyjádří v procentech. Jedním z dílčích kritérií je vždy nabídková cena a dále zejména provozní náklady, požadavky na údržbu, technické, jakostní, ekologické nebo funkční vlastnosti předmětu veřejné zakázky. Při hodnocení nabídek lze použít kromě dílčích kritérií uvedených v zákoně i další dílčí kritéria příkladmo uvedená v prováděcí vyhlášce č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti, ve znění vyhlášky č. 137/2005 Sb.

Pokud se zadavatel rozhodne, že bude nabídky hodnotit podle kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, je povinen stanovit taková dílčí kritéria, která se výhradně týkají nabídky a její ekonomické výhodnosti, tzn. její kvality. Zadavatel tak hodnotí vlastní ekonomickou výhodnost nabídky uchazeče, tj. zabývá se hodnocením konkrétních podmínek obsažených

v nabídce, za nichž uchazeč zadavateli nabízí splnění dané veřejné zakázky. Výsledkem tohoto procesu je tedy hodnocení konkrétního obsahu dané nabídky ve vztahu k její ekonomické výhodnosti a zjištění míry této ekonomické výhodnosti pro zadavatele.

Zadavatel stanovil v podmínkách zadávacího řízení následující dílčí kritéria ekonomické výhodnosti nabídek:

	Váhy v %
výše nabídkové ceny	70
objem dosavadní spolupráce s TJ Slavoj Kynšperk	10
délka záruční doby v měsících	10
výše sankcí za nedodržení limitního termínu dokončení	10

Ustanovení § 33 odst. 1 písm. a) bod 2. zákona stanoví, že jde-li o veřejné zakázky na stavební práce prokazuje uchazeč nebo zájemce technickou způsobilost seznamem nejvýznamnějších stavebních prací provedených za posledních 5 let s připojenými osvědčeními vyhotovenými objednatelem o řádném provedení nejdůležitějších staveb, případně prohlášením dodavatele o řádném provedení nejdůležitějších staveb, není-li možno takové osvědčení od objednatele získat; z těchto osvědčení musí vyplývat rozsah, doba a místo provedení prací obdobného charakteru, zda práce odpovídaly technickým požadavkům a zda byly řádně dokončeny.

Ze skutečností uvedených výše je zřejmé, že zadavatel v šetřeném případě zařadil mezi dílčí kritéria hodnocení nabídek podle ekonomické výhodnosti i kritérium hodnocení „objem dosavadní spolupráce s TJ Slavoj Kynšperk“, které je typově obdobné dalšímu kvalifikačnímu kritériu uvedenému v § 33 odst. 1 písm. a) bod 2. zákona.

Požadavky na kvalifikaci uchazečů však nesmí být zaměňovány s dílčími kritérii pro zadání veřejné zakázky.

Zadavatel tedy musí nejprve zhodnotit kvalifikaci uchazečů, tj. ověřit jejich schopnost poskytnout plnění veřejné zakázky podle kritérií stanovených v § 30 zákona. Ze znění zákona je tedy zřejmé, že se hodnocení kvalifikace uchazečů vztahuje k „osobě“ uchazečů, tedy že jde o vyhodnocení jejich obecné způsobilosti k plnění veřejné zakázky, přičemž výsledkem tohoto vyhodnocení je buď závěr, že je uchazeč 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 zadávacího 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. Výsledkem tohoto procesu je tedy hodnocení konkrétního obsahu dané nabídky ve vztahu k její ekonomické výhodnosti a zjištění míry této ekonomické výhodnosti pro zadavatele.

Podle § 25 odst. 1 zákona je zadavatel povinen dodržovat zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči , zákazu diskriminace a transparentnosti.

V šetřeném případě zadavatel, nejen že stanovil nepřípustné kritérium z pohledu ekonomické výhodnosti nabídky a porušil tak povinnost stanovenou v § 55 odst. 3 zákona, ale současně stanovil kritérium v rozporu se zásadou zákazu diskriminace se všemi uchazeči (§ 25 odst. 1 zákona), neboť znevýhodňuje osoby, které. se zadavatelem dosud nespolupracovaly. Navíc zadavatel neomezil charakter spolupráce a vzal v úvahu činnosti, které s charakterem předmětu plní (stavení zakázkou) nesouvisí – viz níže.

K názoru zadavatele, že kritérium „objem dosavadní spolupráce s TJ Slavoj Kynšperk“ není diskriminační, když s ním byli všichni uchazeči předem seznámeni, nabídky podalo 10 uchazeči a žádný nepodal námitky, orgán dohledu uvádí, že uvedená skutečnost, není pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele relevantní, neboť rozhodující je zákonnost postupu zadavatele, a ne to zda postup zadavatele uchazeči svými námitkami zpochybní či nikoliv.

Odlišné rozhodnutí zadavatele od návrhu hodnotící komise

Z předložené dokumentace dále vyplývá (viz zpráva o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 13. 2. 2006, že hodnotící komise doporučila zadavateli na základě provedeného hodnocení nabídek jako ekonomicky nejvhodnější nabídku uchazeče PVKP obchodní, s. r. o., OP LÁDVÍ, Střelničná 1660, Praha 8 (dále jen „PVKP obchodní, s. r. o.“).

Součástí předložené dokumentace je listina ze dne 11. 5. 2006 „Zdůvodnění postupu zadavatele o nepřidělení veřejné zakázky“ podle § 65 odst. 2 zákona, z níž vyplývá, že zadavatel uzavřel dne 10. 5. 2006 smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky se společností bss BÁŇSKÁ STAVEBNÍ SPOLEČNOST s. r. o. a společnosti SOKOLOVSKÁ ELEKTRO FIRMA, spol. s r. o., které podaly společnou nabídku. V citované listině je dále uvedeno, že všechny nabídky byly zadavatelem opětovně posouzeny z hlediska komplexnosti, serióznosti a ekonomičnosti. Zadavatel se rozhodl zadat zakázku uchazeči bss BÁŇSKÁ STAVEBNÍ SPOLEČNOST s. r. o. a SOKOLOVSKÁ ELEKTRO FIRMA, spol. s r. o., který se po provedeném hodnocení hodnotící komisí umístil na druhém místě, i když uchazeč v rámci své nabídky neuvedl objem dosavadní spolupráce, je na základě předchozích smluvních vztahů se společností SOKOLOVSKÁ ELEKTRO FIRMA, spol. s r. o., patrná několikaletá podpora tělovýchovy a sportu formou reklamních a propagačních akcí. Naopak vlastní nabídka společnosti PVKP obchodní, s. r. o., a neformálně získané informace o jednateli firmy a předchozích aktivitách, rozhodly o nepřidělení zakázky tomuto uchazeči. Dále je zde uvedeno, že při komplexním posuzování nabídka posledně jmenovaného uchazeče nesplnila podmínky zadávacího řízení, co se týče ceny.

Podle § 62 odst. 1 zákona „Hodnocení nabídek provede hodnotící komise podle kritérií stanovených v oznámení otevřeného nebo užšího řízení.“

Podle § 62 odst. 4 zákona „Zadavatel může rozhodnout o novém hodnocení, pokud zjistí, že hodnotící komise porušila postup stanovený tímto zákonem. Zadavatel může pro nové hodnocení ustanovit jinou hodnotící komisi. Důvody pro nové hodnocení zadavatel uvede ve formuláři podle § 67 odst. 3.“

Podle § 65 odst. 2 zákona „… Jestliže rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky neodpovídá pořadí nabídek podle hodnocení hodnotící komise, musí být součástí rozhodnutí zdůvodnění tohoto postupu.“

K postavení zadavatele a hodnotící komise při posuzování a hodnocení nabídek orgán dohledu uvádí, že hodnotící komise je poradním orgánem zadavatele a nemá pravomoc činit za zadavatele žádné právně závazné akty, tedy např. vylučovat uchazeče z účasti na veřejné zakázce. Hodnotící komise může (pokud se jedná např. o problematiku vylučování uchazečů) pouze vyřadit nabídku, zjistí-li, že uchazeč nesplňuje kvalifikaci nebo jestliže nabídka nesplňuje zadávací podmínky, což však není úkon vůči uchazeči. Rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení je vždy výhradně věcí zadavatele veřejné zakázky, přičemž není rozhodující, jestli je učiněno zadavatelem po ukončení otevírání obálek s nabídkami s nabídkami (§ 59 zákona) či po posouzení nabídek (§ 61 zákona).

Závěry hodnotící komise týkající se posuzování nabídek (resp. hodnocení nabídek) jsou podkladem pro další právně závazné akty zadavatele (rozhodnutí o vyloučení, rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky). Rozhodující postavení má tedy v tomto směru zadavatel, který je povinen zabezpečit zákonnost postupu při zadávání veřejné zakázky, a tudíž je i oprávněn v kterékoli fázi procesu zadávání veřejné zakázky kontrolovat a napravovat eventuelní zjištěné chyby hodnotící komise jako svého poradního orgánu. Libovůli zadavatele při jeho rozhodnutích učiněných na podkladě závěrů učiněných hodnotící komisí však zákon brání požadavkem na dodržení základních zásad zadávacího řízení (§ 25 odst. 1 zákona), jejichž naplnění je mj. zajištěno i stanovením povinnosti zadavateli odůvodnit jeho rozhodnutí, pokud neodpovídá doporučení hodnotící komise.

Z předloženého zdůvodnění zadavatele nevyplývá, jakého pochybení (porušení postupu stanovený zákonem) se hodnotící komise dopustila. Pokud v daném případě komise pochybila tím, že nesprávně posoudila nabídku uchazeče PVKP obchodní, s. r. o., měl zadavatel ve svém odůvodnění postupu konkrétně uvést, které konkrétní podmínky podmínky zadávacího řízení uchazeč PVKP obchodní, s. r. o., nesplnil, a následně měl zadavatel uchazeče vyloučit s uvedením důvodů (§ 61 odst. 5 zákona).

Další důvodem zadavatele pro změnu pořadí na prvním místě byla skutečnost, že společnost SOKOLOVSKÁ ELEKTRO FIRMA, spol. s r. o., se zadavatelem již dříve spolupracovala. Informace o spolupráci se zadavatelem nebyla uvedena v nabídce uchazeče – společnosti bss BÁŇSKÁ STAVEBNÍ SPOLEČNOST s. r. o. a společnosti SOKOLOVSKÁ ELEKTRO FIRMA, spol. s r. o., které podaly společnou nabídku – zadavatel však přesto při svém rozhodování o přidělení veřejné zakázky vzal v úvahu předchozí dřívější spolupráci se jmenovanou firmou. V předložené dokumentaci jsou založeny fotokopie smluv uzavřených mezi zadavatelem a společností SOKOLOVSKÁ ELEKTRO FIRMA, spol. s r. o., které se ale týkají reklamní činnosti a propagace, nikoliv zakázky charakteru zakázky zadávané tj. stavení zakázky.

Orgán dohledu konstatuje, že zadavatel porušil ustanovení § 65 odst. 2 v návaznosti na § 25 odst. 1 cit. zákona tím, že řádně nezdůvodnil své rozhodnutí o přidělení cit. veřejné zakázky, které neodpovídalo pořadí nabídek podle hodnocení hodnotící komise. Navíc zadavatel mj. opřel své rozhodnutí o kritérium „objem dosavadní spolupráce s TJ Slavoj Kynšperk“, které není kritériem ekonomické výhodnosti nabídky – viz výše.

Smlouva na realizaci předmětu plnění veřejné zakázky byla s uchazečem bss BÁŇSKÁ STAVEBNÍ SPOLEČNOST s. r. o. a SOKOLOVSKÁ ELEKTRO FIRMA, spol. s r. o., uzavřena dne 10. 5. 2006 výše peněžitého závazku je ve smlouvě stanovena ve výši 3 273 826,-- Kč bez DPH (3 895 853,-- Kč vč. DPH).

Uložení sankce

Podle § 102 odst. 1 zákona ve znění pozdějších předpisů se právnická osoba nebo fyzická osoba, která je zadavatelem, dopustí správního deliktu mj. tím, že

a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek,
b) uzavře smlouvu (§ 65 a 66) s uchazečem vybraným postupem podle písmene a).

Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s uchazečem vybraným na základě postupu, při němž porušil výše uvedené povinnosti, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 102 písm. b) zákona ve znění pozdějších předpisů.

Orgán dohledu posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť veřejná zakázka se nachází ve stádiu realizace a nápravy nelze dosáhnout.

Před uložením pokuty orgán dohledu rovněž ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 105 odst. 3 zákona ve znění pozdějších předpisů, a to, že řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání lze zahájit do 5 let ode dne, kdy bylo spácháno. V daném případě došlo k protiprávnímu jednání zadavatele v okamžiku zveřejnění zadávacího řízení na centrální adrese, tj. dne 4. 1. 2006.

Podle § 102 odst. 2 zákona ve znění pozdějších předpisů se uloží pokuta za správní delikty právnické osobě, která je zadavatelem, do výše 5 % ceny zakázky, jde-li o správní delikt podle písmene a), b) a d) citovaného ustanovení zákona ve znění pozdějších předpisů. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, za které může být zadavateli uložena pokuta, činí 3 895 853,-- Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % ceny zakázky) tedy činí 194 792,65 Kč.

Podle § 105 odst. 1 zákona ve znění pozdějších předpisů orgán dohledu v rámci správního uvážení ohledně výše pokuty přihlédne ke stupni závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

V případě předmětné veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že stanovil jako jedno z kritérií ekonomické výhodnosti nabídky kritérium týkající se spíše způsobilosti dodavatele k plnění veřejné zakázky, a to v rozporu se zásadou zákazu diskriminace. Současně zadavatel nestanovil odpovídající úroveň dalších kvalifikačních kritérií a nepostupoval transparentně, když rozhodl odlišně od návrhu hodnotící komise. Citovaná pochybení v šetřeném případě mohla ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

Při stanovení výše pokuty vzal orgán dohledu také na vědomí, že se jedná o první zjištěné pochybení zadavatele při zadávání veřejných zakázek, přičemž byl současně veden úvahou, že uložení pokuty v dolní hranici možné sazby bude plnit i funkci preventivní, tj. předcházení nesplnění povinností stanovených zákonem v dalších případech zadávání veřejných zakázek.

Při stanovení výše pokuty orgán dohledu dále přihlédl k ekonomické situaci zadavatele, zejména k údajům uváděným ve výkazu zisku a ztráty ke dne 31. 12. 2005, z něhož vyplývá, že zadavatel hospodařil v celkovém objemu 1 945 933,91 Kč, z čehož byla provozní dotace 1 525 102,-- Kč. Vlastní příjmy tedy činí cca 400 tis. Kč. Rovněž vzal orgán

dohledu v úvahu, stanovisko zadavatele ze dne 16. 10. 2006, ve kterém zadavatel vyjádřil zájem zajistit sportovní zázemí pro mládež i dospělé. S ohledem na výše uvedené byla zadavateli uložena sankce v dolní polovině zákonem stanovené sazby.

Závěrem orgán dohledu poznamenává, že podle § 158 odst. 1 a 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, se zadávání veřejných zakázek, veřejné soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem 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 a v řízení o uložení sankce, která byla zahájena po nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo veřejnou soutěž o návrh podle odstavce 1 navazují.

Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl orgán dohledu tak, jak je uvedeno ve výroku I. a II. rozhodnutí.

Náklady řízení

Podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2005 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., správní orgán uloží účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti, nahradit náklady řízení paušální částkou. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení (dále jen „vyhláška“), stanoví paušální částku nákladů řízení podle § 6 odst. 1 vyhlášky ve výši 1000 Kč. V § 6 odst. 2 pak vyhláška upravuje možnost zvýšení paušální částky nákladů řízení ve zvláště složitých případech a případech přibrání znalce.

Vzhledem k tomu, že zadavatel vyvolal správní řízení porušením své právní povinnosti (viz výše), rozhodl orgán dohledu v části III. výroku tohoto rozhodnutí o uložení povinnosti uhradit náklady řízení ve výši dle § 6 odst. 1 vyhlášky, splatné v přiměřené lhůtě, a to do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí, jak je uvedeno ve jeho výroku.

Závěrem orgán dohledu poznamenává, že podle § 158 odst. 1 a 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, se zadávání veřejných zakázek, veřejné soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem 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 a v řízení o uložení sankce, která byla zahájena po nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo veřejnou soutěž o návrh podle odstavce 1 navazují.

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, 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.

Mgr. Jindřiška Koblihová
náměstkyně předsedy ÚOHS
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Tělový chovná jednota Slavoj Kynšperk na Ohří, IČ 18248063, Školní 614, 357 51 Kynšperk nad Ohří

Ing. Miroslav Paparega, nar. 15. 11. 1954, Bss BÁŇSKÁ STAVEBNÍ SPOLEČNOST s. r. o., Chebská 53, 356 58 Sokolov

Na vědomí:

SOKOLOVSKÁ ELEKTRO FIRMA, spol. s r. o., IČ 49197703, Rolnická 656, 356 01 Sokolov

Bss BÁŇSKÁ STAVEBNÍ SPOLEČNOST s. r. o., IČ 25233866, Chebská 53, 356 58 Sokolov

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce