Č.j.: S 87/2000-151/2386/2000-če V Brně dne 26. července 2000

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 21.6.2000 z vlastního podnětu podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb. a zákona č. 28/2000 Sb., v návaznosti na § 18 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve věci přezkoumávání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele města Nový Jičín, Masarykovo náměstí 1, PSČ 741 01 Nový Jičín, zastoupeného panem Pavlem Wesselym, starostou města, učiněných při zadávání veřejné zakázky na „Přestavbu veřejného osvětlení ul. Tyršova, Gen. Hlaďo, Gregorova, Divadelní, Husova a K Nemocnici v Novém Jičíně a propojení objektu MěÚ s objektem Divadelní 8 sdělovacím kanálem“, zadávané výzvou více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky ze dne 12.4.2000 podle § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb. rozhodl **takto**:

Zadavatel město Nový Jičín porušil ustanovení:

- § 2b zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb. tím, že v podmínkách zadání veřejné zakázky rozšířil požadavky na prokazování kvalifikačních předpokladů v rozporu s cit. ust. zákona a § 2c odst. 1 a 3 téhož zákona tím, že v podmínkách zadání veřejné zakázky změnil požadavky na způsob prokazování kvalifikačních předpokladů v rozporu s cit. ust. zákona,

- § 2a odst. 1 téhož zákona tím, že v podmínkách zadání veřejné zakázky stanovil prokázání kvalifikačních předpokladů (§ 2b) a splnění dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky (§ 2f) jako jedno z kritérií hodnocení nabídek,

- § 6 odst. 3, resp. § 49 odst. 5 téhož zákona tím, že nabídky hodnotil pouze podle jednoho z pěti v zadání veřejné zakázky stanovených kritérií hodnocení.

Rozhodnutí zadavatele města Nový Jičín **o výběru nejvhodnější nabídky** ve veřejné zakázce na „Přestavbu veřejného osvětlení ul. Tyršova, Gen. Hlaďo, Gregorova, Divadelní, Husova a K Nemocnici v Novém Jičíně a propojení objektu MěÚ s objektem Divadelní 8 sdělovacím kanálem“ ze dne 3.5.2000 **se** proto podle § 59 písm. a) zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb. a zákona č. 28/2000 Sb., **ruší** a zadavateli **se ukládá zadání veřejné zakázky zrušit**, a to do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

O d ů v o d n ě n í

Zadavatel – město Nový Jičín, Masarykovo náměstí 1, PSČ 741 01 Nový Jičín, zastoupené panem Pavlem Wesselym, starostou města (dále jen „zadavatel“) – zaslal šesti zájemcům o veřejnou zakázku výzvu ze dne 12.4.2000 podle § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb. (dále jen „výzva“ a „zákon“) k podání nabídky ve veřejné zakázce na „Přestavbu veřejného osvětlení ul. Tyršova, Gen. Hlaďo, Gregorova, Divadelní, Husova a K Nemocnici v Novém Jičíně a propojení objektu MěÚ s objektem Divadelní 8 sdělovacím kanálem“ .

Jako kritéria hodnocení nabídek zadavatel ve výzvě stanovil:

1. Splnění zadávacích podmínek.
2. Celková výhodnost uchazečem předložené nabídky.
3. Nabídková cena.
4. Záruční podmínky, reference firmy.
5. Využití místního pracovního potenciálu.

Podle protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 2.5.2000 zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem pět nabídek uchazečů, z nichž jako nejvhodnější vybral nabídku uchazeče pana Jaroslava Olšáka, podnikajícího pod obchodním jménem Jaroslav Olšák – BLESK (dále jen „pan Jaroslav Olšák“). Na druhém místě výběru se umístila nabídka uchazeče pana Jaroslava Šusteka, podnikajícího pod obchodním jménem Jaroslav Šustek – JAS – elektrosvit (dále jen „pan Jaroslav Šustek“). Výběr nejvhodnější nabídky v uvedeném pořadí zadavatel oznámil dopisem ze dne 3.5.2000 uchazečům, jejichž nabídky hodnotil.

Rozhodnutími zadavatele z téhož dne byli z další účasti na veřejné zakázce vyloučeni uchazeči pan Otto Daněk, podnikající pod obchodním jménem Otto Daněk – ELEKTROSERVIS (dále jen „pan Otto Daněk“), obchodní společnost ELMOS N.J. spol. s r. o., Nový Jičín (dále jen „ELMOS“) a pan Milan Mikula, podnikající pod obchodním jménem Milan Mikula. Proti rozhodnutí zadavatele podal uchazeč pan Otto Daněk námitky u zadavatele, kterým statutární orgán zadavatele nevyhověl, a proto jmenovaný uchazeč podal návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“). Vzhledem k tomu, že při podání svého návrhu nedodržel zákonem stanovenou lhůtu, musel orgán dohledu jeho návrh ve správním řízení čj. S 82/2000-150 zamítnout.

Přezkoumáním předložené dokumentace o zadání veřejné zakázky však orgán dohledu zjistil v postupu zadavatele nedostatky, které pro něj byly důvodem pro zahájení řízení z úřední povinnosti. Orgán dohledu oznámil zahájení řízení zadavateli dopisem ze dne

20.6.2000, kde současně stanovil lhůtu, ve které se zadavatel mohl vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí. Orgán dohledu současně svým rozhodnutím č.j.: S 87/2000-150/1945/2000-če ze dne 20.6.2000, které nabylo právní moci dne 8.7.2000, jako předběžné opatření podle § 43 odst. 1 písm. a) zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád) zadavateli uložil nepokračovat v zadávání a realizaci předmětné veřejné zakázky, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí orgánu dohledu ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.

Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel svým rozhodnutím ze dne 3.5.2000 vybral jako nejvhodnější nabídku uchazeče pana Jaroslava Olšáka a na druhém místě výběru se umístila nabídka uchazeče pana Jaroslava Šusteka, přísluší těmto uchazečům podle § 58 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb. a zákona č. 28/2000 Sb. (dále jen „zákon po novele“), postavení účastníků řízení. Oznámení o zahájení řízení z toho důvodu orgán dohledu zaslal i těmto uchazečům, a to dopisem ze dne 3.7.2000.

Podle § 58 zákona po poslední novele účastníky tohoto řízení jsou:

1. Město Nový Jičín, Masarykovo náměstí 1, PSČ 741 01 Nový Jičín, zastoupené panem Pavlem Wesselym, starostou města,
2. pan Jaroslav Olšák, narozený 12.10.1951, podnikající pod obchodním jménem Jaroslav Olšák - BLESK, místem bydliště i podnikání Masarykovo náměstí 16, PSČ 741 01 Nový Jičín,
3. pan Jaroslav Šustek, narozený 19.7.1955, podnikající pod obchodním jménem Jaroslav Šustek – JAS – elektrosvit, místem bydliště i podnikání Msgr. Šrámka 37, PSČ 741 01 Nový Jičín.

Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 22.6.2000 ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení řízení uvedl (zkráceno):

1. Zadavatel nepředpokládal, že nabídku podá více osob společně.
2. Zadavatel uznává, že ve výzvě výslovně nepožadoval „ověřenou kopii“, i když tato skutečnost vyplývá z ust. § 2c zákona.
3. Požadovaný doklad o autorizaci nebyl zadavatelem ve výzvě skutečně konkretizován. Vzhledem k charakteru veřejné zakázky, na kterou bylo vydáno stavební povolení, zadavatel nepovažoval za nezbytně nutné citovat příslušné ust. zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, ve znění pozdějších předpisů.
4. Zadavatel argument orgánu dohledu, že „splnění zadávacích podmínek“ nemůže být kritériem hodnocení, akceptoval.
5. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel vyloučil tři uchazeče z další účasti na veřejné zakázce, hodnotil zbývající dvě nabídky podle v pořadí třetího kritéria hodnocení nabídek, kterým je nabídková cena. Zadavatel uznává, že v pořadí prvé a druhé kritérium hodnocení nabídek nebylo zvoleno vhodně.
6. Hodnocení nabídek zadavatel provedl hlasováním z důvodu, že při zadávání veřejné zakázky způsobem podle § 49 odst. 1 není v zákoně stanoven způsob posouzení a hodnocení nabídek.
7. Zadavatel se domníval, že vyloučenému uchazeči není rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky povinen oznamovat.

8. V dokumentaci o zadání veřejné zakázky je doloženo oznámení o podání námitek (příloha č. 19), v textu oznámení není výslovně uvedeno, že se jedná o návrh na přezkoumání rozhodnutí orgánem dohledu.

Ostatní účastníci řízení se v dané lhůtě ani později k oznámení o zahájení řízení nevyjádřili.

Z dokumentace o zadání veřejné zakázky, kterou zadavatel předložil orgánu dohledu, a z písemného vyjádření účastníka správního řízení, zjistil orgán dohledu tyto rozhodné skutečnosti (uspořádáno v návaznosti na oznámení o zahájení řízení ze dne 20.6.2000 a na stanovisko zadavatele ze dne 22.6.2000).

Ad 1. Podle § 2a odst. 4 zákona při stanovení požadavků na prokázání kvalifikace uchazečů zadavatel musí v podmínkách zadání uvést, jakým způsobem požaduje prokázání kvalifikace, předkládá-li nabídku více osob společně. Orgán dohledu zjistil, že zadavatel ve výzvě uvedený požadavek neuvedl. Jelikož žádná společná nabídka nebyla podána, neměla tato skutečnost vliv na průběh zadávání veřejné zakázky.

Ad 2. Zadavatel ve výzvě pod bodem „Požadavek na prokázání základních kvalifikačních předpokladů“ stanovil, že nabídka musí obsahovat „doklad o oprávnění podnikat v požadovaném oboru – kopie živnostenských listů, výpis z obchodního rejstříku, doklad o autorizaci v příslušném oboru“. Podle § 2a odst. 1 zákona jsou uchazeči povinni v nabídkách prokázat kvalifikační předpoklady (§ 2b zákona) k plnění veřejné zakázky. V zadání může zadavatel požadovat splnění dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky (§ 2f zákona). V § 2c odst. 3 zákona je stanoveno, že doklady opravňující k podnikání a doklady uvedené v odstavci 2 mohou být předloženy též ve stejnopisu s ověřením jeho pravosti.

Z uvedených ustanovení zákona je zřejmé, že zadavatel nemůže v podmínkách zadání veřejné zakázky libovolně rozšiřovat požadavky na prokazování kvalifikačních předpokladů (jejich taxativní výčet je uveden v § 2b zákona) ani měnit způsob jejich prokazování (§ 2c zákona). Zadavatel tedy ve výzvě nemůže požadovat předložení oprávnění k podnikání pouze v kopii příslušné listiny a doklad o autorizaci v příslušném oboru nemůže být kvalifikačním předpokladem, ale pouze dalším předpokladem pro plnění veřejné zakázky. Tím, že zadavatel ve výzvě prokazování kvalifikačních předpokladů výše uvedeným způsobem vyžadoval, jednal v rozporu s cit. ust. zákona (§§ 2b, 2c odst. 1 a 3 zákona).

Orgán dohledu přezkoumáním nabídek uchazečů zjistil, že uchazeči ve dvou případech (ELMOS a pan Otto Daněk) ve svých nabídkách doložili pouze neověřené kopie oprávnění k podnikání – živnostenských listů. Nyní už samozřejmě nelze zjistit, zda se jedná o nedostatek zaviněný uchazečem nebo o striktní respektování podmínek výzvy (viz výše). Bez ohledu na to, oba jmenovaní uchazeči ve svých nabídkách neprokázali kvalifikační předpoklady podle zákona, čehož důsledkem mělo být jejich vyloučení podle § 49 odst. 5 zákona z další účasti na veřejné zakázce. Zadavatel sice shodou okolností oba uchazeče z další účasti na veřejné zakázce vyloučil (s odvoláním se na § 21 odst. 3 a § 2a zákona), ovšem z jiných důvodů (jak je uvedeno dále). Tím, že nepostupoval podle ust. § 49 odst. 5 zákona, jednal v rozporu s tímto ust. zákona.

Ad 3. Zadavatel v rámci posuzování a hodnocení nabídek svými rozhodnutími ze dne 3.5.2000 vyloučil tři uchazeče (ELMOS, pana Milana Mikulu a pana Ottu Daňka) z další účasti na veřejné zakázce. Ve všech třech případech zadavatel vyloučení uchazeče odůvodnil „neúplností předložené nabídky z hlediska podmínek soutěže, nedoložením dokladů o autorizaci na techniku prostředí staveb, specializace elektrotechnická zařízení“.

Při způsobu zadání veřejné zakázky podle § 49 zákona zadavateli ze zákona výslovně nevyplývá povinnost vyloučit uchazeče, který nesplní podmínky výzvy. Nabídka, která neodpovídá podmínkám zadání veřejné zakázky, však nesmí být zadavatelem vybrána jako nejvhodnější, a tudíž by neměla být zadavatelem ani hodnocena podle kritérií uvedených v podmínkách zadání veřejné zakázky. Orgán dohledu odkazuje v této souvislosti na judikát Vrchního soudu v Olomouci č.j. 2 A 12/99, podle kterého při výzvě podle § 49 zákona nelze ze strany zadavatele veřejné zakázky volně aplikovat libovolná ustanovení části druhé zákona, aniž by takovýto postup měl oporu v samotném ust. § 49 (např. v jeho odstavcích 4 a 5), tj. aniž by se stal součástí kritérií hodnocení nabídek nebo vyhodnocení dokladů a údajů podle kritérií stanovených v zadání nebo v kvalifikační dokumentaci.

Z uvedeného vyplývá, že zadavatel nesmí vyřadit nabídku a uchazeče vyloučit, pokud nabídka nesplňuje obsahové podmínky výzvy s odkazem na § 49 odst. 5 zákona, když si takovou podmínku ve výzvě výslovně předem nestanovil. V daném případě je tedy nabídka uchazeče, který do ní nedoložil příslušné autorizační osvědčení nehodnotitelná. Kdyby ji totiž zadavatel hodnotil, porušil by ust. § 11 zákona, na které výslovně odkazuje § 49 odst. 4 zákona. Uchazeč pan Milan Mikula ve své nabídce prokázal kvalifikační předpoklady způsobem podle § 2c odst. 1 zákona, ale nedoložil autorizační osvědčení. Z výše uvedených důvodů neměl být tedy zadavatelem z další účasti na veřejné zakázce vyloučen, ale zadavatel měl pouze jeho nabídku posoudit z hlediska podmínek zadání veřejné zakázky jako neúplnou a tedy nehodnotitelnou.

Ad 4. Zadavatel ve výzvě jako prvé kritérium hodnocení stanovil „splnění zadávacích podmínek“. Takto stanovené kritérium nemůže být kritériem hodnocení nabídek. Uchazeč buď podmínky výzvy splní (prokáže kvalifikační předpoklady a jeho nabídka je z hlediska podmínek výzvy úplná), nebo nesplní s následkem: buď vyloučení uchazeče podle ust. § 49 odst. 5 zákona pro neprokázání některého z kvalifikačních předpokladů, anebo nehodnocením jeho nabídky jako neúplné s odkazem na ust. § 11 odst. 1 zákona (jak je popsáno výše v bodě 3. odůvodnění). Prokázat kvalifikační předpoklady, resp. splnit další předpoklady pro plnění veřejné zakázky, je podle § 2a odst. 1 zákona uchazeč povinnen. Tato skutečnost tedy nemůže být předmětem hodnocení v rámci takto stanoveného kritéria hodnocení nabídek. Tím, že tak zadavatel učinil, jednal v rozporu s cit. § 2a odst. 1 zákona.

Ad 5, 6. Zadavatel ve smyslu ust. § 6 odst. 3 zákona ve výzvě stanovil pět kritérií hodnocení nabídek, která uvedl v sestupném pořadí podle stupně významu, který jim přisuzuje. Podle § 49 odst. 5 zákona zadavatel doklady a údaje předložené uchazečem vyhodnotí podle § 2c, popřípadě podle kritérií stanovených v zadání nebo kvalifikační dokumentaci.

Z protokolu o vyhodnocení nabídek ze dne 2.5.2000 však není zřejmé, zda zadavatel podle stanovených kritérií hodnocení nabídky uchazečů skutečně hodnotil a zda při hodnocení nabídek byla zadavatelem zohledněna váha jednotlivých kritérií hodnocení v závislosti na stupni jejich významu. Zadavatel ve svém stanovisku ze dne 22.6.2000 k oznámení o zahájení řízení uvádí, že „hodnotil zbývající dvě nabídky podle v pořadí třetího

kritéria hodnocení nabídek, kterým je nabídková cena“ a „hodnocení nabídek zadavatel provedl hlasováním z důvodu, že při zadávání veřejné zakázky způsobem podle § 49 odst. 1 není v zákoně stanoven způsob posouzení a hodnocení nabídek“. Tím, že zadavatel (jak sám ve svém stanovisku uvádí) provedl hodnocení nabídek pouze podle jednoho kritéria hodnocení (nabídková cena), porušil svým postupem cit. ust. § 6 odst. 3, resp. § 49 odst. 5 zákona.

Zadavatel jako druhé kritérium hodnocení nabídek stanovil „celkovou výhodnost uchazečem předložené nabídky“. Takto stanovené kritérium sice není v rozporu se zákonem, ale pro hodnocení nabídek je však příliš neurčité. Celková výhodnost nabídky by měla být souhrnným výsledkem hodnocení podle jednotlivých kritérií hodnocení nabídek.

Ad 7. Podle ust. § 49 odst. 4 zákona musí výběr nejvhodnější nabídky zadavatel oznámit všem uchazečům. Tím, že zadavatel oznámil výběr nejvhodnější nabídky pouze těm, uchazečům jejichž nabídky hodnotil, jednal v rozporu s cit. ust. zákona. V této souvislosti odkazuje orgán dohledu na judikát VS Olomouc čj. 27/99, ve kterém je mj. uvedeno, že při zadání veřejné zakázky postupem podle § 49 odst. 1 zákona nelze libovolně zadavatelem aplikovat ust. § 39 odst. 1 zákona upravující postup při zadání veřejné zakázky formou obchodní veřejné soutěže.

Ad 8. Orgán dohledu akceptoval vysvětlení zadavatele, že podání návrhu uchazečům oznámil, pouze své oznámení nepřesně formuloval.

Vzhledem k tomu, že zadavatel již při stanovení podmínek výzvy (nesprávný požadavek na prokázání kvalifikačních předpokladů, nevhodně stanovená kritéria hodnocení) a rovněž i svým postupem při zadávání předmětné veřejné zakázky výše uvedeným způsobem porušil ustanovení zákona, orgán dohledu po zhodnocení všech důkazů, jak v jejich souvislosti, tak jednotlivě, rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku.

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. Petr Hanák
ředitel odboru dohledu
nad zadáváním veřejných zakázek v Brně

Obdrží účastníci řízení:
Město Nový Jičín, Masarykovo náměstí 1, PSČ 741 01 Nový Jičín, zast. panem Pavlem Wesselym
Pan Jaroslav Olšák, narozený 12.10.1951, Masarykovo náměstí 16, PSČ 741 01 Nový Jičín
pan Jaroslav Šustek, narozený 19.7.1955, Msgr. Šrámka 37, PSČ 741 01 Nový Jičín

.