Č. j. S 104/01-153/2679/01-Št V Brně dne 29. června 2001

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 24. 5. 2001 podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/l998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb. a zákona č. 142/2001 Sb. na návrh uchazeče EVČ s. r. o., Arnošta z Pardubic 676, 530 02 Pardubice, za niž jedná Ing. Jiří Držmíšek, jednatel, ze dne 23. 5. 2001 na přezkoumání rozhodnutí zadavatele města Opočno, Kupkovo nám. 247, 517 73 Opočno, zastoupeného Zdeňkem Filipem, starostou, ze dne 14. 5. 2001, o námitkách ze dne 4. 5. 2001 proti jeho rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky oznámené uchazečům dopisem ze dne 25. 4. 2001 ve veřejné zakázce „Plynofikace objektů ve vlastnictví města Opočna“ zadávané formou výzvy více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky odeslané dne 13. 3. 2001 podle § 49 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. a zákona č. 39/2001 Sb., rozhodl takto:

Zadavatel město Opočno, Kupkovo nám. 247, 517 73 Opočno, porušil ustanovení

- § 49 odst. 4 písm. a) 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. a zákona č. 39/2001 Sb. v návaznosti na ustanovení § 2h odst. 3 téhož zákona tím, že nesprávně stanovil rozsah předmětu plnění veřejné zakázky a nezpracoval zadávací dokumentaci v souladu se zákonem,
- § 49 odst. 9 cit. zákona tím, že nevyloučil z další účasti na veřejné zakázce uchazeče, jejichž nabídky nevyhověly podmínkám zadání veřejné zakázky, nebo neprokázali kvalifikační předpoklady,
- § 49 odst. 4 písm. c) cit. zákona v návaznosti na § 49 odst. 10 téhož zákona tím, že neuvedl v podmínkách výzvy jednoznačná kritéria hodnocení nabídek,
- § 49 odst. 10 cit. zákona tím, že v záznamu o posouzení a hodnocení nabídek neuvedl popis hodnocení.

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., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb. a zákona č. 142/2001 Sb. **s e** rozhodnutí zadavatele města Opočno výběru o výběru nejvhodnější nabídky oznámené uchazečům dopisem ze dne 25. 4. 2001 a zadání veřejné zakázky **r u š í** .

O d ů v o d n ě n í

Zadavatel město Opočno, Kupkovo nám. 247, 517 73 Opočno, zastoupené Zdeňkem Filipem, starostou (dále jen „zadavatel“), obeslal dne 13. 3. 2001 pět zájemců o veřejnou zakázku výzvou k podání nabídky podle § 49 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. a zákona č. 39/2001 Sb. (dále jen „zákon“) na „Plynofikaci objektů ve vlastnictví města Opočna“ (dále jen „výzva“).

V podmínkách výzvy zadavatel stanovil, že nabídky budou hodnoceny podle těchto kritérií:
1. výhodnost předložené nabídky z hlediska financování,
2. vhodnost řešení plynofikace jednotlivých objektů,
3. cena za dílo,
4. odborná způsobilost uchazeče a příklady realizace obdobných zakázek,
5. výhodnost smlouvy o dílo.

Ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel 4 nabídky. Nabídka uchazeče Richarda Větrníka, provozovna Dobruška, Česká Čermná 161, 549 21 Česká Čermná (dále jen „Richard Větrník“), nevyhověla podmínkám zadání veřejné zakázky.

Zbývající nabídky zadavatel hodnotil a jako nejvhodnější byla vybrána nabídka uchazeče Bravado s. r. o., Pohořská 658, 517 73 Opočno, za niž jedná Alena Matelová, jednatelka (dále jen „Bravado s. r. o.“). Zadavatel oznámil výběr nejvhodnější nabídky uchazečům dopisem ze dne 25. 4. 2001.

Proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky podal uchazeč EVČ s. r. o., Arnošta z Pardubic 676, 530 02 Pardubice, za niž jedná Ing. Jiří Držmíšek, jednatel (dále jen „EVČ s. r. o.“), dopisem ze dne 4. 5. 2001 námitky, kterým zadavatel nevyhověl a rozhodnutí o námitkách uchazeči oznámil dopisem ze dne 14. 5. 2001.

Uchazeč EVČ s. r. o. využil svého práva a podal návrh ze dne 23. 5. 2001 na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), který je orgánem dohledu nad dodržováním 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. a zákona č. 142/2001 Sb., obdržel výše uvedený návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele dne 24. 5. 2001, a tímto dnem bylo podle § 57 posledně cit. zákona o zadávání veřejných zakázek zahájeno správní řízení, jehož účastníky jsou:
- zadavatel,
- EVČ s. r. o.,
- Bravado s. r. o.

Uchazeč EVČ s. r. o. se svým návrhem domáhá přezkoumání rozhodnutí zadavatele a objektivního přehodnocení výsledků výběrového řízení.

V návrhu uchazeč EVČ s. r. o. uvádí (zkráceno), že zadavatel porušil ustanovení § 49 odst. 10 zákona tím, že nehodnotil nabídky podle kritérií uvedených v zadání veřejné zakázky v souladu s § 6 zákona. Uchazeč EVČ s. r. o. dále uvádí, že nabízí levnější cenu (v části projektové dokumentace je to částka o 10 % levnější a v části realizace díla je levnější o 26,8 %) a že nabízí několik variant financování zakázky a zadavatel může zvolit dodavatelský úvěr, přičemž úrok je

proti vyšším nákladům vybraného uchazeče zanedbatelný, a rovněž částky, které uchazeč EVČ s. r. o. nabízí za pozáruční servis po dobu 3 let, jsou vzhledem k cenovému rozdílu zanedbatelné.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu jeho účastníkům dopisem č. j. S 104/01-153/2222/01-Št ze dne 1. 6. 2001. Dále rozhodnutím č. j. S 104/01-153/2223/01-Št ze dne 1. 6. 2001 vyměřil uchazeči EVČ s. r. o. správní poplatek, který jmenovaný uchazeč uhradil dne 11. 6. 2001.

Orgán dohledu si po přezkoumání dokumentace o zadání veřejné zakázky včetně nabídek jednotlivých uchazečů od zadavatele vyžádal stanovisko týkající se vyloučení dvou uchazečů o veřejnou zakázku, obsahu kritérií hodnocení, jejich stupně významu, a předmětu plnění veřejné zakázky.

Zadavatel dopisem ze dne 13. 6. 2001 sdělil, že nabídka uchazeče Richarda Větrníka nesplňovala podmínky zadání veřejné zakázky a uchazeč byl o vyřazení nabídky vyrozuměn ústně při otevírání obálek. Nabídka uchazeče Václava Pecena, Na Lávkách 75, 517 41 Kostelec nad Orlicí (dále jen „Václav Pecen“), nebyla podle sdělení zadavatele vyřazena, ale byla shledána jako nejnevhodnější v závěrečné fází rozhodování. Umístila se na třetím místě, přičemž v zápisu z výběrového řízení je tato skutečnost nepřesně vyjádřena. Ke kritériím hodnocení nabídek zadavatel sdělil, že kritéria jsou v podmínkách zadání veřejné zakázky seřazena sestupně a že seřazení kritérií vyjadřuje jejich vzájemnou nadřazenost, procentuelní význam vyjádřen nebyl a zadavatel se touto otázkou nezabýval. K obsahu kritérií „ výhodnost předložené nabídky z hlediska financování“ a „výhodnost smlouvy o dílo“ zadavatel sdělil, že význam těchto kritérií byl zřejmě znám všem uchazečům a vyplývá z vlastní formulace kritérií a žádný ze zájemců si v průběhu soutěžní lhůty nevyžádal u zadavatele podrobnější vysvětlení významu obecných kritérií. K předmětu plnění veřejné zakázky se zadavatel vyjádřil s tím, že s ohledem na jednoduchost zakázky není nutné řešit projektovou přípravu ve více stupních a zadavatel požadoval předmět plnění v rozsahu projektové dokumentace i vlastní realizace. Zadavatel zohlední tuto skutečnost při hodnocení kritéria „vhodnost řešení plynofikace jednotlivých objektů“.

Na žádost orgánu dohledu ze dne 15. 6. 2001, jak se projevil stupeň významu jednotlivých kritérií při vlastním hodnocení nabídek, zadavatel neodpověděl.

Dopisem č. j. S 104/01-153/2510/01-Št ze dne 18. 6. 2001 orgán dohledu seznámil účastníky správního řízení se zjištěnými skutečnostmi, přičemž se k tomuto doplnění žádný z účastníků řízení nevyjádřil.

Na základě posouzení dokumentace o zadání veřejné zakázky a stanovisek účastníků správního řízení uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti; pro úplnost orgán dohledu uvádí, že podle § 57 odst. 5 zákona není vázán návrhem uchazeče a přezkoumal tedy napadené rozhodnutí v celém rozsahu.

Ke stanovení předmětu plnění veřejné zakázky a zadávací dokumentace

Rozhodné pochybení, které orgán dohledu zjistil již při vlastním stanovení podmínek zadání veřejné zakázky je, že zadavatel požadoval jako předmět plnění veřejné zakázky jak projektovou dokumentaci, tak vlastní realizaci stavby.

Veřejná zakázka byla zadávána formou výzvy více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle § 49 odst. 1 zákona. U této formy zadání veřejné zakázky se použije ustanovení

§ 49, dále část první (obecná ustanovení), část čtvrtá a pátá zákona a pouze ta ustanovení obchodní veřejné soutěže, na která § 49 zákona výslovně odkazuje.

Právě část první zákona obsahuje v § 2h zákona definici pojmu a **obsah zadávací dokumentace** a rovněž její použití. V odstavci 1 citovaného ustanovení zákona je mj. stanoveno, že zadávací dokumentace je souhrn údajů a informací nezbytných pro zpracování nabídky, zadavatel ji poskytuje na vyžádání zájemcům o veřejnou zakázku..., a že za úplnost a správnost údajů obsažených v zadávací dokumentaci odpovídá zadavatel. V § 2h odst. 3 zákona je dále uvedeno, že **zadávací dokumentace pro veřejné stavební zakázky se stanoví v rozsahu projektové dokumentace** nutné ke stavebnímu řízení, rozšířené o výkaz výměr, soupis prací a dodávek s podrobným popisem požadovaných standardů, které jednoznačně vymezují použité položky.

Z citované zákonné úpravy je tedy zřejmé, že nelze zadávat veřejné stavební zakázky přímo, neboť pro stavební zakázky je zákonem určen rozsah zadávací dokumentace, která je předložena na vyžádání zájemcům o veřejnou zakázku, aby mohli zpracovat svou nabídku na vlastní realizaci stavby a jejich nabídky pak byly srovnatelné.

Zadavatel tedy porušil ustanovení § 49 odst. 4 písm. a) zákona v návaznosti na ustanovení § 2h odst. 3 zákona, když správně nestanovil rozsah předmětu plnění veřejné zakázky a nepřipravil předem zadávací dokumentaci v souladu se zákonem.

Prokazování kvalifikačních předpokladů a vyloučení uchazečů z další účasti na veřejné zakázce

Po kontrole dokumentace o zadání veřejné zakázky a jednotlivých nabídek orgán dohledu zjistil, že uchazeč Václav Pecen v nabídce doložil k prokázání kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 1 písm. a) zákona pouze neověřené živnostenské listy a neprokázal tedy kvalifikační předpoklady způsobem podle § 2c zákona.

Z dokumentace o zadání veřejné zakázky dále vyplývá, že zadavatel shledal, že nabídka pana Richarda Větrníka nevyhověla podmínkám zadání, avšak uchazeči přítomnému při otevírání obálek pouze ústně sdělil, že jeho nabídka je vyřazena, avšak již nevyloučil uchazeče z další účasti na veřejné zakázce (pojmy vyřazení nabídky a vyloučení uchazeče, nelze vzájemně zaměňovat, neboť jejich obsah není totožný).

Tím, že zadavatel nevyloučil z další účasti na veřejné zakázce uchazeče pana Václava Pecena a Richarda Větrníka, porušil ustanovení § 49 odst. 9 zákona v návaznosti na § 2e zákona, a rovněž § 68 odst. 1 a 2 zákona, neboť rozhodnutí o vyloučení uchazečům neoznámil písemnou formou a neodeslal doporučeně s doručenkou nebo osobně proti podpisu nepředal jmenovaným uchazečům. Stejně tak zadavatel neoznámil uchazečům doporučeně s doručenkou své rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky (§ 49 odst. 10 zákona v návaznosti na § 68 odst. 2 zákona). Neoznámením rozhodnutí výběru nejvhodnější nabídky doporučeně s doručenkou sice došlo k porušení zákona, avšak toto pochybení nemělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

Pro úplnost orgán dohledu dodává, že kromě jednoho uchazeče, a to EVČ s. r. o., uchazeči v nabídkách nepředložili oprávnění k podnikání na celý rozsah předmětu plnění veřejné zakázky, neboť nedoložili živnostenský list s předmětem „projektová činnost“. Tato skutečnost je však vzhledem k výše uvedenému porušení § 49 odst. 4 písm. a) zákona ve vztahu k ustanovení § 2h odst. 3 zákona irelevantní.

Hodnocení nabídek

V dokumentaci o zadání veřejné zakázky se nenachází záznam, který by prokazoval, že zadavatel nabídky hodnotil podle kritérií uvedených v podmínkách výzvy s příslušným stupněm významu. Kritéria hodnocení „výhodnost předložené nabídky z hlediska financování“ a „výhodnost smlouvy o dílo“ jsou obecná a není zřejmé, co v rámci těchto kritérií zadavatel skutečně hodnotil. Tuto skutečnost zadavatel neobjasnil ani ve svém vyjádření ze dne 13. 6. 2001 (viz výše). Zadavatel v podmínkách výzvy připustil podání variantních řešení, avšak z dokumentace o zadání veřejné zakázky nevyplývá, jakým způsobem a zda byly všechny varianty hodnoceny (§ 6 odst. 3 zákona).

Postup zadavatele není transparentní, neboť zadavatel uchazečům předem nesdělil, co bude konkrétně hodnotit. Tím, že zadavatel neuvedl v podmínkách výzvy jednoznačná kritéria hodnocení nabídek, porušil ustanovení § 49 odst. 4 písm. c) zákona v návaznosti na § 49 odst. 10 zákona.

Jako vysvětlující příklad nesprávného stanovení obecných kritérií orgán dohledu zvolil kritérium „výhodnost smlouvy o dílo“. Jak již orgán dohledu uvedl výše, zadavatel v podmínkách zadání veřejné zakázky stanovil kritérium „výhodnost smlouvy o dílo“ bez další specifikace. Podle § 2 písm. g) zákona se nabídkou rozumí návrh na uzavření smlouvy, doložený doklady požadovanými v zadání veřejné zakázky. Návrhem smlouvy o dílo je tedy celá nabídka, tzn. veškeré údaje v nabídce uvedené vč. nabídkové ceny, dalších předpokladů uchazeče atd. Aby bylo hodnocení nabídek podle předmětného kritéria provedeno v souladu se zákonem, musel by zadavatel v rámci tohoto kritéria hodnotit teoreticky i prakticky komplexně celou nabídku, neboť tato je návrhem na uzavření smlouvy (§ 2 písm. g) zákona). V rámci celého komplexu kritérií zvolených zadavatelem by však ani tento postup nebyl v souladu se zákonem, neboť kritéria jako např. nabídková cena, reference atd., by byla hodnocena duplicitně, čímž by došlo k ovlivnění stupně významu jednotlivých kritérií.

O posouzení a hodnocení nabídek musí zadavatel podle § 49 odst. 10 zákona pořídit záznam, ve kterém je povinen uvést popis hodnocení a zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel v šetřeném případě jako záznam vyhotovil Zápis z výběrového řízení „Plynofikace objektů ve vlastnictví města Opočno“ ze dne 19. 4. 2001, avšak v tomto zápisu není uveden popis hodnocení, čímž zadavatel porušil ustanovení § 49 odst. 10 zákona. Popisem hodnocení se rozumí uvedení zvoleného způsobu hodnocení, podle výše nabídkové ceny, nebo podle ekonomické vhodnosti nabídek, se stanovením stupně významu jednotlivých kritérií hodnocení, příp. objasňujícím principem přidělování bodů nabídkám (včetně variant) v jednotlivých kritériích spolu s vysvětlením, proč té které nabídce byl přidělen konkrétní počet bodů, a jak se tedy nabídky v jednotlivých kritériích hodnocení liší. Skládá-li se kritérium (např. obecné kritérium) z více částí (podkritérií), je též nutné vysvětlit, jak nabídky uspěly v jednotlivých částech (podkritériích). posouzení a hodnocení nabídek

Obecně orgán dohledu k hodnocení nabídek dodává, že jestliže se zadavatel rozhodne pro způsob hodnocení nabídek pomocí více kritérií, měl by dbát především na vymezení základních, rozhodujících požadavků tak, aby celkový počet kritérií byl přiměřený rozsahu veřejné zakázky a umožňoval přehledné a jednoznačné hodnocení nabídek a byl v souladu s § 6 zákona. Kromě stanovení těchto kritérií musí rozhodnout i o stupni významu každého kritéria s tím, že na prvním místě uvede kritérium s nejvyšším stupněm významu pro splnění veřejné zakázky. Dále mají v sestupném pořadí následovat ostatní kritéria až k poslednímu s nejnižším stupněm významu. Takto stanovená kritéria hodnocení nabídek jsou pro zadavatele závazná a rovněž i pro komisi pro posouzení a hodnocení nabídek, je-li zadavatelem ustavena.

K hodnocení nabídek orgán dohledu poznamenává, že zadavatel musí vždy vycházet z toho, že provedené hodnocení nabídek musí být dostatečně transparentní, a to nejen pro uchazeče, ale i pro orgán dohledu při jeho případném přezkoumávání postupu zadávání veřejné zakázky, tzn., že hodnocení nabídek musí být dostatečně průhledné a průkazné.

Závěr

Stanovení přesných a transparentních podmínek zadání veřejné zakázky považuje za prioritní rovněž Vrchní soud v Olomouci např. ve svém rozsudku č. j. 2 A 4/2000 ze dne 29. 6. 2000, ve kterém je mj. uvedeno: „…S výjimkou přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu nejde o správní řízení, tedy zákon neobsahuje procesní normu, jíž by se mělo zadávání veřejných zakázek řídit, nýbrž o postup závazný stejnou měrou pro zadavatele i pro uchazeče. Uvádění příslušných ustanovení zákona upravujících tento postup do praxe přináší s sebou úskalí potřeby výkladu. Jelikož výklad zákona působící toliko inter partes nemůže podat zadavatel, lze jej očekávat od správního orgánu realizujícího svou dohledovou pravomoc. Při jeho úvahách o zákonnosti rozhodnutí zadavatele by mělo být vůdčí směřování k co největší průhlednosti aplikovaných postupů. Výklad zákona nemůže abstrahovat od požadavku transparentnosti procesu zadávání. V posuzovaném případě to znamená, že zadání zadávacích a soutěžních podmínek musí být jednoznačné a srozumitelné“.

Zásada transparentnosti je spolu se zásadou nediskriminace a právem na přezkum, jedním ze základních principů, které je nutné dodržovat při výběrových řízeních, přičemž tyto zásady aplikuje a hájí i Evropský soudní dvůr ve své rozhodovací praxi v oblasti zadávání veřejných zakázek.

Po posouzení případu ve všech souvislostech orgán dohledu konstatuje, že zejména porušení zákona, která se týkají obligatorních podmínek zadání veřejné zakázky (stanovení předmětu plnění veřejné zakázky v návaznosti na zpracování zadávací dokumentace a stanovení obecných kritérií hodnocení nabídek), svým charakterem neumožnila jako nápravu uložit zadavateli pouze provedení nového výběru nejvhodnější nabídky.

Na základě všech zjištěných skutečností orgán dohledu rozhodl, že veřejnou zakázku ruší.

Poněvadž účastníky správního řízení jsou pouze někteří uchazeči o veřejnou zakázku je nutné, aby zadavatel zrušení veřejné zakázky oznámil ostatním uchazečům.

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 – 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

<u>Obdrží</u>:

EVČ s. r. o., Arnošta z Pardubic 676, 530 02 Pardubice, zast. Ing. Jiřím Držmíškem
Město Opočno, Kupkovo nám. 247, 517 73 Opočno, zast. Zdeňkem Filipem
Bravado s. r. o., Pohořská 658, 517 73 Opočno, zast. Alenou Matelovou