

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 9.12.2008.

Č. j. S252/2008/VZ-18601/2008/540/Šm

V Brně dne 3. listopadu 2008

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 2.9.2008, na návrh ze dne 1.9.2008, jehož účastníky jsou

- zadavatel - Ústecký kraj, IČ 70892156, se sídlem Velká hradební 3118/48, 400 02 Ústí nad Labem-město, zastoupený Ing. Jiřím Šulcem, hejtmanem,
- navrhovatel – SWIETELSKY stavební s. r. o., Odštěpný závod Dopravní stavby ZÁPAD, IČ 48035599, Železničářská 1234/79, 312 00 Plzeň, za něhož jedná Ing. Pavel Brůžek, vedoucí odštěpného závodu,
- vybraný uchazeč - SMP CZ, a.s., IČ 27195147, Evropská 1692/37, 160 41 Praha 6, za něhož jedná Jean-Louis Choulot, předseda představenstva a Ing. Martin Doksanský, místopředseda představenstva,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „REKO mostu ev. č. 22538-01 Hradiště“, zadávané v užším řízení, uveřejněné v informačním systému VZ dne 23.5.2008 pod ev.č. 60017981,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Ústecký kraj, IČ 70892156, se sídlem Velká hradební 3118/48, 400 02 Ústí nad Labem-město – nedodržel postup stanovený v ustanovení

- a) § 61 odst. 1 výše citovaného zákona tím, že v oznámení o zahájení zadávacího řízení neuvedl objektivní kritéria pro omezení počtu zájemců, podle kterých toto omezení provedl,
- b) § 61 odst. 7 v návaznosti na § 6 výše citovaného zákona tím, že do protokolu o omezení počtu zájemců neuvedl způsob, jakým omezení počtu zájemců o účast provedl,
- c) § 111 odst. 1 téhož zákona, tím, že nerozhodl o námitkách navrhovatele, společnosti SWIETELSKY stavební s. r. o., Odštěpný závod Dopravní stavby ZÁPAD,

přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Z důvodu nesplnění povinnosti uvedené v bodu I. písm. a) výroku jako nápravné opatření Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 citovaného zákona o veřejných zakázkách **ruší** zadávací řízení uveřejněné v informačním systému VZ dne 23.5.2008 pod ev.č. 60017981,

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli Ústeckému kraji **ukládá:**

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,-- Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné 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 19-24825621/0710, variabilní symbol 2520850001.

Odůvodnění

Ústecký kraj, IČ 70892156, se sídlem Velká hradební 3118/48, 400 02 Ústí nad Labem-město, zastoupený Ing. Jiřím Šulcem, hejtmánem (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 23.5.2008 pod ev.č. 60017981 oznámení užšího zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „REKO mostu ev. č. 22538-01 Hradiště“ (dále jen „veřejná zakázka“).

Zadavatel v čl. III.2.2 oznámení o zakázce stanovil jako kvalifikační předpoklad ekonomické a finanční způsobilosti dle § 55 odst. 1 písmene a) zákona, že zájemce doloží doklad o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě ve výši min. 10 mil. Kč; a dále dle § 55 odst. 1 písmene c) zákona, že zájemce doloží čestné prohlášení o výši obrátu a výši obrátu ze stavební činnosti za každé z předcházejících tří účetních období, s tím, že obrat za každé z předcházejících účetních období v oblasti stavebních prací bude min. ve výši 50 mil. Kč bez DPH.

V čl. III.2.3 oznámení o zakázce jako kvalifikační předpoklad technické způsobilosti zadavatel stanovil dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona, že zájemce uvede seznam realizovaných zakázek v posledních 5 letech (2003-2007), a to pouze v objemu vyšším jak 20 mil. Kč bez DPH, se zaměřením na stavby mostů a pozemních komunikací, a nejméně 3 osvědčení objednatelů o řádném plnění těchto zakázek. Současně dle § 56 odst. 3 písmene c) zákona stanovil, že zájemce doloží kopii maturitního vysvědčení ze stř. školy stavebního směru, nebo kopii diplomu z vysoké školy, obor konstrukce a dopravní stavby, nebo kopii osvědčení autorizovaného technika, inženýra nebo stavitele v oborech dopravní stavby a mosty a inženýrské konstrukce vydaného ČKAIT podle zákona č. 360/1992 Sb. v platném znění.

V čl. IV.1.2 oznámení o zakázce zadavatel vymezil kritéria pro výběr omezeného počtu zájemců, a to podle doložené výše obratu v oblasti stavebních prací za předchozí tři účetní období a podle doložených osvědčení objednatelů o řádném plnění realizovaných zakázek se zaměřením na stavby pozemních komunikací.

V kvalifikační dokumentaci k předmětné zakázce zadavatel uvedl, že po posouzení žádostí bude ze všech žádostí splňujících požadovaná kvalifikační kritéria vybráno 5 zájemců, kteří budou vyzváni k podání vlastní nabídky, a to podle doložené celkové výše obratu v oblasti stavebních prací za předchozí tři účetní období a podle doložených osvědčení objednatelů o řádném plnění realizovaných zakázek se zaměřením na stavby mostů a pozemních komunikací, kteří budou vyzváni k podání nabídky.

Ze zprávy o posouzení kvalifikace a výběru zájemců při omezení jejich počtu ze dne 1.4.2008 vyplývá, že zadavatel obdržel 18 žádostí o účast v užším řízení.

V bodu 4 této zprávy je uvedeno, jaká objektivní kritéria byla použita pro výběr omezeného počtu zájemců. Jako kritérium č. 1 je uvedena celková výše obratu v oblasti stavebních prací za předchozí tři účetní období a jako kritérium č. 2 doložená osvědčení objednatelů o řádném plnění realizovaných zakázek se zaměřením na stavby mostů a pozemních komunikací.

Dále se v tomto bodě uvádí, že výběr omezeného počtu zájemců byl proveden tak, že každý člen komise ohodnotil úrovně příslušného objektivního kritéria bodově, v rozpětí od 0 do 100 bodů, přičemž 100 bodů znamenalo nejlepší úroveň. Stejný počet bodů bylo možné přidělit i více žádostem. Přidělené body od jednotlivých členů komise se sečetly a podle celkového počtu bodů se stanovilo pořadí žádostí.

Na základě posouzení kvalifikace navrhla hodnotící komise zadavateli vybrat pět zájemců. Zadavatel se s omezením počtu zájemců ztotožnil a Rozhodnutím pod evidenčním číslem VZ-INV-89/INV/2008/SP ze dne 28.7.2008 rozhodl o výzvě k podání nabídky. Dopisem ze dne 29.7.2008 pak vyzval k podání nabídek pět vybraných zájemců. Zbývajícím zájemcům zadavatel oznámil dopisem z téhož dne jejich vyloučení s odůvodněním, že nepatřili mezi pět zájemců, kteří splnili nejlépe příslušná kritéria, a sice podle doložené výše obratu v oblasti stavebních prací za předchozí tři účetní období a podle doložených osvědčení objednatelů o řádném plnění realizovaných zakázek se zaměřením na stavby mostů a pozemních komunikací.

Dne 11.8.2008 obdržel zadavatel námitky od společnosti SWIETELSKY stavební s.r.o., Odštěpný závod Dopravní stavby ZÁPAD, IČ 48035599, Železničářská 1234/79, 312 00 Plzeň, za něhož jedná Ing. Pavel Brůžek, vedoucí odštěpného závodu (dále jen „navrhovatel“), proti rozhodnutí o jeho vyloučení z účasti v užším řízení. Ve svých námitkách navrhovatel mimo jiné uvádí, že zadavatel v rámci zadávacího řízení porušil zákon tím, že

- nestanovil v kvalifikační dokumentaci podrobnou specifikaci objektivních kritérií, která povedou k omezení počtu zájemců v užším řízení v souladu s ustanovením § 61 odst. 1 zákona,
- omezení počtu zájemců v užším řízení neproběhlo objektivně v souladu se zásadami uvedenými v ustanovení § 6 zákona v návaznosti na ustanovení § 61 odst. 3 zákona, neboť míra naplnění úrovně příslušných kvalifikačních kritérií byla prováděna subjektivním přidělováním bodů členy komise,
- nestanovil pořadí zájemců a neprovedl výběr zájemců, kteří prokázali splnění kvalifikace

- podle míry naplnění příslušných kritérií v souladu s ustanovením § 61 odst. 3 zákona,
- neuvedl v protokolu o postupu při omezení počtu zájemců způsob omezení počtu zájemců v souladu s ustanovením § 61 odst. 7 zákona.

Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 13.8.2008 podané námitky odmítl ve smyslu ustanovení § 110 odst. 6 zákona s tím, že neobsahují všechny náležitosti požadované citovaným ustanovením, konkrétně v nich dle tvrzení zadavatele chybí informace o tom, jaká újma stěžovateli hrozí nebo vznikla. Oznámení o odmítnutí námitek navrhovatel obdržel dne 25.8.2008.

Z protokolu o otevírání obálek ze dne 18.8.2008 vyplývá, že zadavatel obdržel pět nabídek, z nichž podle zprávy o posouzení a hodnocení nabídek z téhož dne byla vybrána jako nejvhodnější nabídka uchazeče SMP CZ, a.s., IČ 27195147, Evropská 1692/37, 160 41 Praha 6, za něhož jedná Jean-Louis Choulot, předseda představenstva, a Ing. Martin Doksanský, místopředseda představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“). Zadavatel doporučení komise akceptoval a o svém rozhodnutí o přidělení zakázky vyrozuměl uchazeče nedatovaným dopisem s evidenčním číslem VZ-INV-89/INV/2008/SP.

Vzhledem k tomu, že navrhovatel nesouhlasil s odmítnutím jeho námitek, podal dopisem ze dne 1.9.2008 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Součástí tohoto návrhu byla i žádost na vydání předběžného opatření, kterým by Úřad uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu na plnění šetřené zakázky, resp. uložil pozastavit plnění z již uzavřené smlouvy.

Úřad obdržel výše uvedený návrh dne 2.9.2008 a tímto dnem bylo podle § 113 odst. 1 zákona zahájeno příslušné správní řízení.

Navrhovatel ve svém návrhu uvedl, že postupem zadavatele byl nepochybně zkrácen na svých zákonných právech, když byl z užšího řízení vyloučen, aniž by však zadavatele k takovému postupu vedly objektivní důvody. Navrhovatel má za to, že postup zadavatele při výběru zájemců, kteří byli následně vyzváni k podání nabídky v užším řízení, proběhl netransparentně a zároveň při něm zadavatel nedodržel zásadu rovného zacházení. Zadavatel tak porušil základní zásady veřejného zadávání stanovené v ustanovení § 6 zákona, čímž byla navrhovateli způsobena újma spočívající ve vyloučení jeho možnosti účastnit se zadávacího řízení, v němž by měl navrhovatel možnost tuto veřejnou zakázku získat.

K prokázání svých tvrzení navrhovatel uvádí následující:

Navrhovatel se domnívá, že zadavatel neprovedl dostatečně podrobnou specifikaci objektivních kritérií, která povedou k výběru zájemců následně vyzvaných k podání nabídky, resp. k určení těch uchazečů, kteří k podání nabídky vyzváni nebudou. Z výše uvedeného popisu nebylo zřejmé, jaká je procentuální váha výše obrátu a osvědčení objednatelů o řádném plnění realizovaných zakázek, jaká osvědčení od jednotlivých objednatelů podaných v rámci prokazování technické způsobilosti dodavatelů podle ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona budou mít při omezování počtu zájemců větší váhu a jak bude míra splnění těchto objektivních kritérií hodnocena. Zájemci o veřejnou zakázku tak nebyli dostatečně seznámeni se způsobem omezování počtu zájemců a neměli dostatek informací o tom, jak mohou obstát při sestavování pořadí zájemců. Neurčitý popis výběru zájemců, kteří budou následně v užším řízení vyzváni k podání nabídky, vedl podle názoru

navrhovatele k porušení zásady transparentnosti při zadávání veřejné zakázky a nebyl v souladu s ustanovením § 61 odst. 1 zákona.

Dále navrhovatel uvádí, že z protokolu ze dne 6.8.2008 o postupu při omezení počtu zájemců vyplývá, že výběr zájemců byl proveden tak, že každý člen komise hodnotil naplnění úrovně příslušného objektivního kritéria bodově, v rozpětí od 0 do 100 bodů, přičemž 100 bodů znamenalo nejlepší úroveň splnění daného kritéria. Stejný počet bodů bylo možné přidělit více žádostem. Přidělené body od jednotlivých členů komise se sečetly a podle celkového počtu bodů se stanovilo pořadí jednotlivých zájemců podávajících žádost o účast.

Tím, že zadavatel přikročil k přidělování počtu bodů jednotlivými členy komise na základě předem nezveřejněných postupů, dle mínění navrhovatele proces výběru zájemců pro podání nabídky neproběhl transparentně a přezkoumatelně, o čemž svědčí nekonkrétní zdůvodnění rozhodnutí o vyloučení z užšího řízení, ve kterém bylo navrhovateli pouze sděleno, že jeho nabídka se umístila na 11. místě, když získala v rámci tohoto hodnocení 485 bodů.

Z výše uvedených skutečností navrhovatele dovozuje, že zadavatel porušil zákon tím, že provedl netransparentní výběr zájemců, kteří byli vyzváni k podání nabídky v užším řízení, přičemž tyto skutečnosti uvedl rovněž ve svých námitkách, ze kterých vyplývá, že mu vznikla újma z titulu neobjektivního posuzování žádosti o účast v zadávacím řízení.

K tomu navrhovatel dodává, že ustanovení § 110 odst. 6 zákona nezakotvuje povinnost explicitně uvést, o jakou újmu se jedná či dokonce vyčíslovat vzniklou škodu. Navrhovatel má za to, že tvrzení existence újmy ve vazbě na namítaný postup zadavatele, v jehož důsledku mu není umožněno podat nabídku na veřejnou zakázku, je dostatečným splněním této náležitosti námitek vyžadované ustanovením 110 odst. 6 zákona a zadavateli nepřísluší posuzovat, zda s tvrzenou újmu vzniklou či hrozící stěžovateli souhlasí či nikoli. V této souvislosti se navrhovatel odvolává na rozhodnutí předsedy Úřadu č.j. R085/2007/03-09666/2007/310-Šp ze dne 18.5.2007.

Navrhovatel dále podotýká, že zadavatel zároveň svým postupem, kterým odmítl jeho námitky, docílil toho, že nebyl vyvolán důsledek předpokládaný ustanovením § 111 odst. 5 zákona a nepočala běžet lhůta, ve které je zadavateli zákonem uloženo vyčkat s uzavřením smlouvy. Navrhovatel má v této souvislosti důvodnou obavu, že zadavatel přistoupí k uzavření smlouvy o předmětu veřejné zakázky, ačkoliv výběr subjektu, z nímž případně tuto smlouvu uzavře, v žádném případě nelze nazvat transparentním a tedy zákonným.

Z výše uvedených důvodů navrhovatel navrhuje, aby Úřad rozhodl tak, že zadavatel nedodržel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uložil opatření k nápravě tím, že zruší zadávací řízení.

Současně navrhovatel žádá, aby Úřad před vydáním rozhodnutí dle ustanovení § 118 zákona vydal předběžné opatření ve smyslu § 117 odst. 1 zákona spočívající v uložení zákazu zadavateli pokračovat v zadávacím řízení, či byla-li již vybrána nejvhodnější nabídka, v uložení zákazu uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na plnění veřejné zakázky, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ve věci přezkoumání výše uvedených úkonů zadavatele ukončeno.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
- navrhovatel,
- vybraný uchazeč.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. S252/2008/VZ-18414/2008/540/Šm ze dne 8.9.2008, ve kterém je zároveň seznámil se zjištěnými skutečnostmi. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. S252/2008/VZ-18433/2008/540/Šm z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Rozhodnutím č. j. S252/2008/VZ-18509/2008/540/Šm ze dne 10.9.2008 o předběžném opatření Úřad zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude předmětné správní řízení ukončeno.

Ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení se zadavatel vyjádřil svým dopisem ze dne 24.9.2008.

K první části návrhu na zahájení řízení zadavatel uvádí, že odmítnutí námitek navrhovatele považuje za oprávněné, neboť navrhovatel v nich neuvedl, jaká újma mu v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla, jak to ukládá ustanovení § 110 odst. 6 zákona.

K bodu č. II a) návrhu na zahájení řízení zadavatel dále uvádí, že specifikace objektivních kritérií, která povedou k omezení počtu zájemců v užším řízení, byla v Oznámení o zakázce i v kvalifikační dokumentaci stanovena v souladu s ustanovením § 61 odst. 1 zákona. Postup, jakým budou stanovená kritéria hodnocena, zadavatel nezveřejnil proto, že mu to zákon výslovně neukládá. Vlastní výběr byl proveden podle ustanovení § 61 odst. 3 zákona tak, že každý člen komise hodnotil naplnění úrovně příslušného objektivního kritéria bodově, v rozpětí od 0 do 100 bodů, přičemž 100 bodů znamenalo nejlepší úroveň splnění daného kritéria. Stejný počet bodů bylo možné přidělit více žádostem. Každý člen komise tak mohl přidělit maximálně 200 bodů. Přidělené body od jednotlivých členů komise se sečetly a podle celkového počtu bodů se stanovilo pořadí jednotlivých zájemců podávajících žádost o účast.

Zadavatel se domnívá, že pokud by komise hodnotila naplnění úrovně prvního kritéria podle výše doložených obrátů, bylo by to porušení jedné ze základních zásad zadávacích řízení, uvedených v § 6 zákona, a sice zákazu diskriminace. Diskriminace by se dotýkala menších dodavatelů, neboť podle takto stavených kritérií by byly vybíráni dodavatelé jen z úzkého okruhu těch největších. Členové komise proto neposuzovali absolutní celkovou velikost doložených obrátů, ale např. vývoj dosaženého obrátu v dokládaném tříletém období. Dodavatelé, jejichž obrát v tomto období rostl nejvíce, byli hodnoceni nejlépe. Ti, jejichž obrát stagnoval či dokonce klesal, byli hodnoceni nejhůře.

Dalším hlediskem pro hodnocení uvedeného objektivního kritéria bylo rozdělení žádosti zájemců podle doloženého obrátu v oblasti stavebních prací do pásem, které si členové komise stanovili na základě svých dlouholetých zkušeností úměrně k předpokládané hodnotě veřejné zakázky. Podle pásma, do něž byly zájemci zařazeni, členové komise přidělili příslušné body. Maximální počet bodů získali zájemci v optimálním pásmu

doloženého obratu, přičemž pásma s vyššími nebo nižšími obraty dostávali postupně méně bodů.

Dále zadavatel uvádí, že členové komise neposuzovali absolutní ani celkovou velikost ani počet doložených osvědčení objednatelů, ale např. poměr objemu doložených osvědčení objednatelů k doloženému celkovému obratu ze stavební činnosti, což vyjadřuje, jaký podíl tvoří stavby mostů a pozemních komunikací, kam tato veřejná zakázka patří, na celkovém obratu dodavatele ze stavební činnosti. Čím byl tento podíl větší, tím byl dodavatel lépe hodnocen.

Při posuzování doložených osvědčení používali členové komise také rozdělení zájemců do pásem dle předložených referencí. Pásma byla rozdělena přiměřeně k předpokládané hodnotě veřejné zakázky, doložené reference v optimálním pásmu co do velikosti byly hodnoceny nejlépe a naopak.

K bodu č. II b) až c) návrhu na zahájení řízení zadavatel uvádí, že každý člen komise svoje hodnocení obou kritérií zapsal a podepsal v samostatné tabulce, která je jako příloha součástí protokolu. Součet hodnocení jednotlivých členů komise je uveden v souhrnné tabulce a je v ní stanoveno též pořadí jednotlivých zájemců.

Z uvedených dokladů tak podle zadavatele vyplývá zdůvodnění pro rozhodnutí o výběru omezeného počtu zájemců. Prvních pět zájemců, kteří nejlépe splnili požadovaná kritéria, bylo vyzváno k podání nabídek. Ostatní, kteří nebyli vybráni mezi prvních pět, byli vyloučeni. Zadavatel však současně připouští, že u hodnocení není uvedeno odůvodnění konkrétní výše přidělených bodů jednotlivými členy komise, což od členů komise nebylo požadováno.

Závěrem svého vyjádření zadavatel uvádí, že postup omezování počtu zájemců byl u této zakázky identický s postupem u veřejné zakázky „II/240 REKO mostu Valkeřice“, kterou Úřad rozhodnutím č. j. S152/2008/VZ-13979/2008/540/PV ze dne 18.8.2008 zrušil. Z tohoto důvodu je zadavatel rozhodnut, že bude zadávat nová užší řízení s omezováním počtu zájemců náhodným výběrem losem.

Vybraný uchazeč ve lhůtě stanovené usnesením č. j. S252/2008/VZ-18433/2008/540/Šm, ani později, se ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení nevyjádřil.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména zadávací dokumentace, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Omezení počtu zájemců v užším řízení

Podle ust. § 61 odst. 1 zákona omezil-li veřejný zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu, provede výběr ze zájemců, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, a to podle objektivních kritérií podle odstavce 2 nebo 4 uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace objektivních kritérií může být uvedena v kvalifikační dokumentaci.

Podle ust. § 61 odst. 2 zákona musí objektivní kritéria pro výběr podle odstavce 1

- a) být stanovena s ohledem na povahu, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky,
- b) být v souladu se zásadami uvedenými v § 6 a
- c) odpovídat některému nebo některým z ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky, jejichž prokázání veřejný zadavatel požadoval.

Podle ust. § 61 odst. 3 zákona provede veřejný zadavatel výběr podle objektivních kritérií podle odstavce 2 tak, že stanoví pořadí zájemců, kteří prokázali splnění kvalifikace, podle míry naplnění úrovně příslušného kritéria a následně vybere ty zájemce, kteří nejlépe splnili příslušné kritérium. Pokud zájemci prokázali splnění kvalifikace zcela shodně či pokud nelze stanovit objektivně pořadí kvalifikovaných zájemců podle tohoto odstavce, provede veřejný zadavatel náhodný výběr losem.

Podle ust. § 61 odst. 7 zákona je veřejný zadavatel povinen o postupu při omezení počtu zájemců pořádat protokol, ze kterého bude patrný způsob a výsledek omezení počtu zájemců.

K otázce specifikace kritérií pro výběr omezeného počtu zájemců

Zadavatel v článku IV.1.2) oznámení o zakázce stanovil kritéria dle § 61 zákona pro výběr omezeného počtu zájemců podle doložené výše obratu v oblasti stavebních prací za předchozí tři účetní období a podle doložených osvědčení objednatelů o řádném plnění realizovaných zakázek se zaměřením na stavby pozemních komunikací.

Ke kritériu, které se týká doložené výše obratu v oblasti stavebních prací za předchozí tři účetní období, zadavatel ve svém vyjádření ze dne 24.9.2008 uvedl, podle čeho omezil počet zájemců o zakázku, a sice, že členové komise neposuzovali absolutní celkovou velikost doložených obrátů, ale např. vývoj dosaženého obratu v dokládáném tříletém období. Dodavatelé, jejichž obrát v tomto období rostl nejvíce, byli hodnoceni nejlépe. Ti, jejichž obrát stagnoval či dokonce klesal, byli hodnoceni nejhůře.

Dalším hlediskem pro hodnocení uvedeného objektivního kritéria bylo rozdělení žádosti zájemců podle doloženého obratu v oblasti stavebních prací do pásem, které si členové komise stanovili na základě svých dlouholetých zkušeností úměrně k předpokládané hodnotě veřejné zakázky. Podle pásma, do něž byly zájemci zařazeni, členové komise přidělili příslušné body. Maximální počet bodů získali zájemci v optimálním pásmu doloženého obratu, přičemž pásma s vyššími nebo nižšími obraty dostávali postupně méně bodů.

Dále zadavatel zdůvodnil postup komise tak, že její členové neposuzovali absolutní ani celkovou velikost ani počet doložených osvědčení objednatelů, ale např. poměr objemu doložených osvědčení objednatelů k doloženému celkovému obratu ze stavební činnosti, což vyjadřuje, jaký podíl tvoří stavby mostů a pozemních komunikací, kam tato veřejná zakázka patří, na celkovém obratu dodavatele ze stavební činnosti. Čím byl tento podíl větší, tím byl dodavatel lépe hodnocen.

Při posuzování doložených osvědčení používali členové komise také rozdělení zájemců do pásem dle předložených referencí. Pásma byla rozdělena přiměřeně k předpokládané hodnotě veřejné zakázky, doložené reference v optimálním pásmu co do velikosti byly hodnoceny nejlépe a naopak.

V této souvislosti Úřad uvádí, že zadavatel má možnost hodnotit ekonomickou úroveň dodavatelů z mnoha úhlů pohledu. Jedním z ukazatelů ekonomické výkonnosti dodavatele je bezpochyby dynamika obratu dodavatele v určitém časovém úseku, a proto zadavatel může použít vývojové trendy jako metodu vhodnou pro tyto účely. Tato preference zadavatele však musí být vždy zveřejněna při samotném zahájení zadávacího řízení. Uvedená informace je určující při rozhodování dodavatelů o účasti v zadávacím řízení. Pokud se zadavatel rozhodne zvolit specifickou metodu pro posouzení zkušeností dodavatelů, je povinen použitou metodu pro zadávací proces řádně popsat, a to především z důvodu dodržení zásady transparentnosti. Kritéria pro omezování počtu zájemců proto musí jasně popisovat, co bude předmětem posouzení.

Tím, že zadavatel tento způsob posuzování nevymezil již v oznámení o zakázce, došlo k nepředvídatelnému postupu zadavatele pro zájemce o účast, kteří neměli informaci o tom, co z údajů o jejich obratu bude hodnoceno.

Zadavatel se současně dopustil pochybení již v samotném vymezení druhého objektivního kritéria pro omezení počtu zájemců, neboť neuvedl, co přesně bude předmětem posouzení v rámci doložených osvědčení objednatelů o řádném plnění realizovaných zakázek. Takto obecně vymezený obsah kritéria neurčuje, co bude posuzováno u dokládaných údajů o realizovaných zakázkách. Nelze z něj určit, zda zadavatel bude hodnotit počet obdržených osvědčení, objem zakázek anebo, jak uvedl zadavatel v rozhodnutí o námitkách, poměr objemu zakázek k celkovému obratu ze stavební činnosti.

Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel porušil § 61 odst. 1 zákona tím, že v oznámení o zahájení zadávacího řízení neuvedl objektivní kritéria pro omezení počtu zájemců, podle kterých toto omezení provedl, což mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Pokud by totiž zájemci o předmětnou veřejnou zakázku byli předem seznámeni s informací, že kritérii pro omezení počtu zájemců o účast jsou obrat (resp. vývoj obratu) a realizace zakázek z oblastí pozemního stavitelství (v poměru k celkové výši obratu ze stavební činnosti), nelze vyloučit, že by zadavatel obdržel větší počet žádostí o účast.

Netransparentní odůvodnění výběru omezeného počtu zájemců

Podle ust. § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Podle ust. § 61 odst. 7 zákona je veřejný zadavatel povinen o postupu při omezení počtu zájemců pořídit protokol, ze kterého bude patrný způsob a výsledek omezení počtu zájemců.

Po přezkoumání dokumentace předmětné veřejné zakázky Úřad zjistil následující skutečnosti.

Podle zprávy o posouzení kvalifikace a výběru zájemců při omezení jejich počtu proběhl tak, že každý člen hodnotící komise ohodnotil naplnění úrovně příslušného objektivního kritéria bodově, v rozpětí 0 do 100 bodů, přičemž 100 bodů znamenalo nejlepší úroveň. Přidělené body z dílčího protokolu od jednotlivých členů komise se sečetly a podle celkového počtu bodů bylo stanoveno pořadí žádostí. Toto pořadí s uvedením počtu získaných bodů bylo zapsáno do výsledného protokolu o výběru omezeného počtu zájemců, avšak tento protokol neobsahoval popis způsobu, na jehož podkladě bylo omezení počtu zájemců provedeno. Zadavatel následně na základě takto sestaveného pořadí vybral pět zájemců, kteří dosáhli nejvyššího bodového ohodnocení pro další účast v zadávacím řízení a zbývající zájemce o účast z dalšího průběhu zadávání vyloučil.

Zdůvodnění postupu výběru omezeného počtu zájemců zadavatel popsal až ve svém vyjádření ze dne 24.9.2008 k oznámení zahájení správního řízení, nikoliv v protokolu o posouzení kvalifikace.

K výše uvedeným skutečnostem Úřad konstatuje následující.

Rozhodne-li se veřejný zadavatel pro omezování počtu zájemců podle objektivních kritérií, musí v rámci tohoto postupu respektovat základní zásady vymezené v § 6 zákona.

Veřejný zadavatel musí o postupu při omezování počtu zájemců poříditi písemný protokol, ze kterého bude zřejmý postup veřejného zadavatele při omezování počtu zájemců (způsob a průběh omezování) a výsledek tohoto omezení (pořadí zájemců s uvedením jejich základních identifikačních údajů). Z hlediska naplnění zákonné zásady transparentnosti a s ohledem na právo zájemců do protokolu nahlížet, je nutné, aby protokol obsahoval i příslušné údaje, na základě kterých bylo pořadí zájemců stanoveno.

Zadavatel je povinen transparentně odůvodnit, na základě jakých skutečností byly při omezování počtu přidělovány body jednotlivým zájemcům. Je nezbytné, aby na podkladě tohoto odůvodnění bylo možné celý proces zpětně přezkoumat a určit, zda přidělované hodnoty byly určovány podle stejných parametrů. Pokud nejsou tyto informace uvedeny do výsledného protokolu o výběru omezeného počtu zájemců, nelze omezení počtu zájemců o účast považovat za transparentní z důvodu jeho nepřezkoumatelnosti.

Zadavatel do výsledného protokolu o výběru omezeného počtu zájemců uvedl pouze součet dílčích výsledků tohoto omezení, bez odůvodnění, jakým způsobem posouzení kvalifikačních předpokladů probíhalo a jak k těmto výsledkům dospěl. Toto vysvětlení podal zadavatel až v rámci správního řízení, avšak své pochybení nenapravit, jelikož námitkám navrhovatele nevyhověl.

S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel porušil § 61 odst. 7 zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že do protokolu o omezení počtu zájemců neuvedl způsob, jakým omezení počtu zájemců o účast provedl. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, neboť nelze přezkoumat průběh omezení počtu zájemců, který je jednou z klíčových fází zadávacího řízení, při které jsou vyřazovány žádosti zájemců, kteří by následně mohli předložit ekonomicky nejvýhodnější nabídku.

K vyjádření zadavatele, že je rozhodnut, že bude zadávat nová užší řízení s omezováním počtu zájemců náhodným výběrem losem, Úřad uvádí, že zadavatel nemusí nutně použít los, stačí, když v novém zadávacím řízení vymezení objektivní kritéria pro výběr omezeného počtu zájemců v souladu se zákonem.

K postupu zadavatele při vyřizování námitek navrhovatele

Podle ustanovení § 110 odst. 6 zákona musí stěžovatel v námitkách uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují, v čem je spatřováno porušení zákona, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Jde-li o námitky podle odstavce 3, musí stěžovatel v námitkách uvést též skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce zadavatel odmítne a bezodkladně písemně uvědomí o této skutečnosti stěžovatele.

Ustanovení § 111 odst.1 zákona upravuje postup zadavatele při přezkoumání námitek tak, že zadavatel přezkoumá podané námitky v plném rozsahu a do 10 dnů od obdržení námitek odešle stěžovateli písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu. Vyhoví-li zadavatel námitkám, uvede v rozhodnutí způsob provedení nápravy. V odstavci 2 je stanoveno, že pokud zadavatel námitkám nevyhoví, uvědomí stěžovatele v písemném rozhodnutí o možnosti podat ve lhůtě podle § 113 odst. 3 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu.

Jak Úřad po přezkoumání dokumentace předmětné veřejné zakázky zjistil, žádost o účast v užším řízení podalo 18 zájemců, ze kterých byli 2 zájemci vyloučeni pro nesplnění kvalifikace. Pro provedení výběru pěti zájemců pro účast v užším řízení rozhodl zadavatel o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, neboť se při sestavování pořadí zájemců umístil na 11. místě mezi zájemci splňujícími kvalifikaci.

Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení podal navrhovatel v zákonné lhůtě dne 11.8.2008 námitky. Obdržené námitky zadavatel dne 13. 8. 2008 odmítl ve smyslu ustanovení § 110 odst. 6 zákona, neboť dle názoru zadavatele neobsahují všechny předepsané náležitosti, konkrétně jaká újma navrhovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla.

Z obsahu námitek ze dne 8.8.2008 Úřad zjistil, že navrhovatel v nich mimo jiné uvedl „... v tomto bodě byl porušen zákon o veřejných zakázkách a tím vznikla naší společnosti újma z titulu neobjektivního posuzování žádosti.“. Z toho je zřejmé, že navrhovatel ve svých námitkách uvedl, že mu postupem zadavatele vznikla újma, i když ji výslovně nekonkretizoval. Z kontextu námitek je zřejmé, že újma navrhovatele spočívá v omezení jeho účasti v zadávacím řízení.

Z uvedeného důvodu Úřad konstatuje, že zadavatel porušil § 111 odst. 1 zákona, když nerozhodl o námitkách navrhovatele podle § 113 zákona. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť by v případě věcného rozhodnutí o námitkách mohl napravit svůj nesprávný postup při omezování zájemců o veřejnou zakázku.

Uložení nápravného opatření

Zadavatel nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 1 výše citovaného zákona tím, že v oznámení o zahájení zadávacího řízení neuvedl **objektivní** kritéria pro omezení počtu zájemců, podle kterých toto omezení provedl. Objektivní kritéria pro omezení počtu zájemců o účast uvedená v oznámení o zahájení zadávacího řízení jsou jedny ze základních informací, podle nichž se dodavatelé rozhodují, zda se daného zadávacího řízení zúčastní.

Tím, že zadavatel při omezení počtu zájemců o účast v užším řízení použil širěji vymezené kritérium, než které uvedl do oznámení o zahájení zadávacího řízení, se zadavatel dopustil postupu, který mohl výrazně omezit okruh zájemců o účast, přičemž nelze vyloučit skutečnost, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, podali by žádosti o účast i další zájemci, přičemž ti mohli následně podat nabídky s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele.

Závěrem Úřad uvádí, že při rozhodování podle § 118 zákona je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že zadavatel závažně pochybil ve vztahu ke zveřejnění kritérií pro omezení počtu zájemců o účast v oznámení o zahájení zadávacího řízení, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí, tj. zrušil zadávací řízení uveřejněné v informačním systému VZ dne 23.5.2008 pod ev.č. 60017981.

Pro úplnost Úřad uvádí, že podle § 84 odst. 7 zákona zadavatel odešle oznámení o zrušení zadávacího řízení k uveřejnění v informačním systému podle § 157 do 3 dnů ode dne přijetí rozhodnutí. Dále je zadavatel podle § 84 odst. 8 zákona povinen doručit písemné oznámení o zrušení zadávacího řízení do 5 dnů ode dne přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu. V případě rušení zadávacího řízení Úřadem je třeba výše uvedené lhůty počítat od nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu.

Náklady řízení

Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.

Vzhledem k tomu, že zadávací řízení bylo tímto rozhodnutím zrušeno, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

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, tř. Kpt. Jaroše 7, 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. Pavel Herman
ředitel sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Ústecký kraj, Velká hradební 3118/48, 400 02 Ústí nad Labem-město

SWIETELSKY stavební s.r.o., Odštěpný závod Dopravní stavby ZÁPAD, Železničářská 1234/79, 312 00 Plzeň

SMP CZ, a.s., Evropská 1692/37, 160 41 Praha 6

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce