



UOHSX001J95Y

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R102/2009-163/2009/310/EKu

V Brně dne: 12. ledna 2010

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 8.7.2009 zadavatelem

- Obec Nýdek, se sídlem Nýdek č.p. 281, 739 96 Nýdek, zast. starostou Mgr. Janem Konečným,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 22.6.2009, č. j. ÚHOS-S78/2009/VZ-5921/2009/520/EMa, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Obce Nýdek, se sídlem Nýdek č.p. 281, 739 96 Nýdek, učiněných při zadávání veřejné zakázky „Střešní nástavba a rekonstrukce střechy ZŠ a MŠ Nýdek pro volnočasové aktivity“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení výzvou k podání nabídky ze dne 29.1.2009, jehož dalšími účastníky jsou

- navrhovatel – společnost Milan Holec stavební firma s.r.o., IČ 26861178, se sídlem Nábřežní 1029, 739 61 Třinec-Lyžbice, za niž jedná Milan Holec, jednatel společnosti, ve správním řízení zast. Mgr. Markem Ježkem, advokátem, IČ 66252911, se sídlem Jablunkovská 851/40, 737 01 Český Těšín, a
- vybraný uchazeč – společnost ZOWADA s.r.o., IČ 26849631, se sídlem Plk. Velebnovského 180, 739 91 Jablunkov, za niž jedná Jaroslav Zowada, jednatel společnosti,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) v souvislosti s § 90 odst. 1 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S78/2009/VZ-5921/2009/520/EMa ze dne 22.6.2009

r u š í m

a správní řízení

z a s t a v u j i.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Obec Nýdek, č.p. 281, 73996 Nýdek, zast. starostou Mgr. Janem Konečným, (dále jen „zadavatel“), vyhlásila výběrové řízení formou zjednodušeného podlimitního řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), na zakázku „Střešní nástavba a rekonstrukce střechy ZŠ a MŠ Nýdek pro volnočasové aktivity“ (dále jen „veřejná zakázka“), při jejímž zadávání zadavatel postupoval podle § 38 zákona, které bylo zahájeno odesláním výzvy k podání nabídek dne 29.1.2009.
2. Zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek osm nabídek. Po provedení posouzení a hodnocení nabídek vyloučil zadavatel v souladu s § 71 odst. 8 písm. b) dva uchazeče, kteří nedodali podle požadavků zadavatele čestné prohlášení o vázanosti nabídkou podle § 68 odst. 2 zákona a certifikát ISO 9001 a následně stanovil pořadí zbývajících uchazečů. Dne 19.2.2009 oznámil rozhodnutí o výběru nejvýhodnější nabídky, kdy na základě rozhodnutí hodnotící komise byla vybrána jako nejvhodnější nabídka uchazeče ZOWADA s.r.o., IČ 26849631, se sídlem Plk. Velebnovského 180, 739 91 Jablunkov, (dále jen „vybraný uchazeč“).
3. Proti rozhodnutí o výběru nejvýhodnější nabídky podal uchazeč Milan Holec stavební firma s.r.o., IČ 26861178, se sídlem Nábřežní 1029, 739 61 Třinec-Lyžbice, (dále jen „navrhovatel“) dne 9.3.2009 námitky, které zadavatel obdržel dne 11.3.2009.
4. Zadavatel dne 16.3.2009 dopisem tyto námitky odmítl podle § 110 odst. 6 zákona se zdůvodněním, že námitky neobsahují stanovené náležitosti spočívající zejména v tom, že stěžovatel neuvedl, jaká újma mu vznikla. Protože navrhovatel nepovažoval rozhodnutí o námitkách učiněné v souladu s ustanoveními zákona, podal u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrhem na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Návrh byl Úřadu doručen 26.3.2009 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení.
5. Navrhovatel ve svém návrhu napadá nepřiměřeně stanovenou smluvní pokutu v nabídce vybraného uchazeče, resp. následný postup zadavatele při hodnocení,

když tento nepřihodil danému kritériu hodnotu 0 bodů. Dále navrhovatel uvádí, že zadavatel pochybil při postupu podle § 110 odst. 6 zákona, neboť bezodkladně nedoručil oznámení o odmítnutí námitek navrhovateli, resp. jeho právnímu zástupci, neboť navrhovatel dne 27.2.2009 udělil plnou moc k právnímu zastoupení v řízení o zadávání předmětné veřejné zakázky Mgr. Marku Ježkovi, advokátovi, Jablunkovská 851/40, 737 01 Český Těšín. Oznámení o odmítnutí námitek obdržel dne 18.3.2009 pouze navrhovatel.

II. Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 22.6.2009 rozhodnutí č. j. ÚHOS-S78/2009/VZ-5921/2009/520/EMa v němž rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadávání veřejné zakázky v ustanovení § 44 odst. 3 písm. f) zákona, když v zadávací dokumentaci určitým způsobem nedefinoval způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií v části týkající se nepřiměřené hodnoty, čímž také nedodržel zásadu transparentnosti zadávacího procesu zakotvenou v ustanovení § 6 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dále že nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky v ustanovení § 111 odst. 1 zákona tím, že odmítl námítky navrhovatele proti výběru nejvhodnější nabídky pro nedostatek náležitostí podle § 110 odst. 6 zákona, ač tyto námítky stanovené náležitosti obsahovaly, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Za spáchání těchto správních deliktů byla zadavateli podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložena pokuta ve výši 50.000,- Kč.
7. Své rozhodnutí Úřad zdůvodnil zejména tím, že v návaznosti na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 55/2008 ze dne 28.4.2009, je obecně zadavateli umožněno přiřadit 0 bodů v jiném dílčím kritériu než je cena těm hodnotám, jež považuje za „zjevně nepřiměřené“, ale za předpokladu, že v zadávací dokumentaci stanoví, co se bude mít tímto termínem na mysli, zejména jakým způsobem, ve vztahu k čemu a s přihlédnutím k jakým okolnostem bude „zjevnou nepřiměřenost“ posuzovat, což zadavatel v daném případě neučinil.
8. Pokud se týká druhého správního deliktu zadavatele, pak Úřad své rozhodnutí opřel o stanovisko, že z námitek, podaných navrhovatelem lze jednoznačně dovodit, že újma je spatřována v tom, že nabídka stěžovatele nebyla vybrána jako nejvhodnější a že se tento domáhá zrušení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.

III. Námítky rozkladu

9. K části rozhodnutí, kterou Úřad vytýká nedodržení postupu dle ustanovení § 44 odst. 3 písm. f) zákona, jímž nebyl v zadávací dokumentaci definován způsob hodnocení nabídek v případě, že budou obsahovat nepřiměřené hodnoty, čímž byla porušena zásada transparentnosti zadávacího procesu s následnou možností podstatného ovlivnění výběru dodavatele nejvhodnější nabídky, zadavatel uvedl, že vyhlásil zadání dle ekonomické výhodnosti a jasně stanovil postup hodnocení komise při hodnocení předložených nabídek, včetně posuzování nepřiměřených hodnot. Tomu podle zadavatele dostal tím, že uvedl, že pokud bude hodnota dílčího kritéria zjevně nepřiměřená, přiřadí se v rámci tohoto kritéria nabídce 0 bodů. Tento postup musela

následně hodnotící komise odůvodnit v příslušné zprávě a jako takový je dle mínění zadavatele v intencích zákona.

10. V další části rozkladu zadavatel uvádí, že odmítnutím námítky navrhovatele se nedopustil správního deliktu, a to proto, že navrhovatel nedodržel ustanovení § 110 odst. 6 zákona, které mu ukládá: „V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo podává námitku, 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.“ Z toho dovozuje, že nemusel vycházet z širšího kontextu podané námítky. V tomto kontextu pak navrhovatel dovozoval, že hodnotící komise měla přiřadit nabídce vybraného uchazeče v položce kritéria „smluvní pokuta“, protože je dle jeho mínění její výše nastavená jako nepřiměřená, hodnotu 0 bodů, čímž by došlo ke změně pořadí na 1. místě. S tímto argumentem naopak zadavatel polemizuje, neboť při striktní aplikaci tohoto pravidla by oproti tomu v kritériu délka záruční doby musel navrhovateli taktéž přiřadit 0 bodů za zjevně nepřiměřenou hodnotu nabízené délky záruční doby dlouhé 120 měsíců, čímž by došlo ke kompenzaci situace a navrhovatel by se opět umístil na 2. místě. Závěrem rozkladu zadavatel z uvedených důvodů navrhuje zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.
11. Navrhovatel se k podanému rozkladu vyjádřil dopisem ze dne 20.7.2009 tak, že pro průkazné, transparentní a přezkoumatelné hodnocení rozhodnutí hodnotící komise, je nutné, aby zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci jednoznačně parametry, podle kterých budou nabídky hodnoceny. Tím, že nestanovil kritérium „zjevné nepřiměřenosti nabídky“, znemožnil hodnotící komisi vynést jednoznačný soud o tom, zda byla či nebyla hodnota dílčího kritéria přiměřená, a kdy by komise měla nabídce udělit 0 bodů. Zadavatel tedy sice určil postup hodnotící komise, který tato zvolí, pokud shledá hodnotu některého z dílčích kritérií za zjevně nepřiměřenou, nicméně nespécifikoval, co bude za „zjevně nepřiměřené“ považováno. O argumentu zadavatele o nepřiměřené délce záruční doby jím nabízené chová navrhovatel pochybnosti, které však blíže neodůvodňuje. Konečně navrhovatel polemizuje s názorem Úřadu v problematice formálních náležitostí námitek podle § 110 odst. 6 zákona, včetně toho, že měl uvést, jaká újma mu v důsledku porušení zákona hrozí nebo vznikla. Tuto náležitost splnil tím, že podal námitku, neboť považuje za zřejmé, že mu újma vznikla tím, že jeho nabídka nebyla vybrána jako nejvhodnější. Navrhovatel tedy soudí, že by předseda Úřadu měl zamítnout rozklad jako nedůvodný a potvrdil napadené rozhodnutí.

IV. Řízení o rozkladu

12. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
13. Úřad rozhodnutím č.j. ÚOHS-S78/2009/VZ-5921/2009/520/EMa ze dne 22.6.2009, nerozhodl správně a striktně v intencích zákona, neboť nesprávně aplikoval ust. § 44 odst. 3 zákona, když dovodil, že zadavatel nedefinoval způsob hodnocení nabídek v

zadávací dokumentaci tak, že nedodržel zásadu transparentnosti zadávacího řízení, když v rámci zadávacího řízení nesprávně použil institut „zjevné nepřiměřenosti“ při vymezení dílčích kritérií pro hodnocení ekonomické výhodnosti nabídek na realizaci veřejné zakázky. Tím je dán důvod pro jeho zrušení. Proto jsem rozhodl o zrušení napadeného rozhodnutí a správní řízení jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu zastavil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a k zastavení správního řízení.

V. K námitkám rozkladu

14. Zadavatel především polemizuje s částí rozhodnutí Úřadu, týkající se možnosti použití institutu „zjevné nepřiměřenosti“ při vymezení dílčích kritérií zakázky, s tím, že zdůrazňuje, že je ve smyslu zákona možné, aby hodnotící komise zjevně nepřiměřenému kritériu přiřadila hodnotu 0 bodů. Postup, při němž by současně stanovila, co je či není nepřiměřená hodnota, by podle jeho názoru popřel princip ekonomické výhodnosti nabídek a vedl by k omezení obchodní politiky subjektů. Dále se zadavatel snaží vysvětlit, že navrhovatel nedodržel ust. § 110 odst. 6 zákona, neboť jeho námitky neobsahovaly stanovené náležitosti, zejména v čem je spatřováno porušení zákona a jaká újma mu v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla.
15. K problematice vymezení „zjevné nepřiměřenosti“ dílčího hodnotícího kritéria, se ztotožňuji s názorem vysloveným Nejvyšším správním soudem v Brně v rozhodnutí o kasační stížnosti sp. zn. 5 Afs 75/2009 ze dne 6.11.2009, kde soud dospěl k závěru, že zadavatel může v zadávací dokumentaci v dílčím kritériu, vyjma kritéria ceny, stanovit, že některou hodnotu považuje za zjevně nepřiměřenou. Přestože se jedná o tzv. neurčitý pojem, nelze ho apriorně považovat za nejasný a nejednoznačný. Jednak ho dříve účinná vyhláška k zákonu o veřejných zakázkách používala, jednak je jeho vnitřní obsah určován odkazem na určitou zakázku, která má být zadána a také vlastním obsahem plnění konkrétní veřejné zakázky. Postup zadavatele, kdy stanovil, že v případě zjevné nepřiměřenosti dílčího kritéria bude přiděleno v tomto parametru hodnocení 0, nelze bez dalšího, automaticky označit za diskriminační a vedoucí k netransparentnímu hodnocení nabídky. Posouzení zjevné nepřiměřenosti může spočívat v jednotlivém konkrétním případě zejména na povaze předmětu plnění, daném čase a místních podmínkách a především ale na ekonomické stránce nabídky vymezující zjevně nepřiměřené náklady nebo třeba nesplnitelné technické a technologické postupy. Potom je zcela v intencích přezkumné činnosti Úřadu posoudit pouze odůvodnění verdiktu odborné komise spočívající v tom, proč některé kritérium považovala za zjevně nepřiměřené a přiřadila mu hodnocení 0. V každém případě však v souladu se shora označeným judikátem považuji za nepřípustné přezkoumávání vlastních úvah hodnotící komise. V posuzovaném případě byl dodržen tento základní postup, zdůvodnění hodnotící komise se jeví jako správné a z tohoto důvodu nespátřuji v tomto ohledu nezákonnost postupu zadavatele. K ostatním námitkám účastníků řízení podotýkám, že citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu příkladmo označuje za zcela nevhodné užití konstatování zjevné nepřiměřenosti u záručních podmínek či smluvní pokuty, což značně oslabuje i relevanci tvrzení zadavatele o případném určení zjevné nepřiměřenosti u kritéria délky záruční doby v nabídce navrhovatele.

16. V dalším však nemohu přisvědčit stanovisku zadavatele, že nebyl schopen relevantně posoudit, zda vznikla navrhovateli újma z toho důvodu, že ji nespecifikoval, resp. jeho námitky neměly předepsané náležitosti. Tento závěr vychází z faktu, že zadavatel se musí před přezkumem námitek ve smyslu § 111 zákona věnovat jejich podstatným náležitostem, stanoveným v § 110. Není možné, aby zadavatel a priori vyvozoval, zda namítané porušení mělo či nemělo vliv na výběr nabídky, či námitky neposuzoval se zdůvodněním, že návrh neobsahuje předepsané náležitosti, přičemž podotýkám, že se v této otázce jedná o konstantní rozhodovací praxi Úřadu. Nad rámec uvedeného podotýkám, že tento výklad potvrzuje i současná úprava zákona o veřejných zakázkách s účinností od 1.1.2010 (ve znění zákona č. 417/2009 Sb.), kdy zákon již v ust. § 110 odst. 7 označení újmy v případě podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky po stěžovateli nepožaduje. Posouzení daného případu Úřadem tedy v obecné rovině považuji i v pohledu *de lege ferenda* za správné a v souladu se zákonem. Napadené rozhodnutí je však v této části zatíženo jinou vadou, a to sice posouzením vlivu na výběr nejvhodnější nabídky. Úřad totiž ve světle shora uvedeného v odůvodnění napadeného rozhodnutí nesprávně konstatuje, že vadné vyřízení námitek zadavatelem mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Jestliže možnost posouzení zjevné nepřiměřenosti některé z nabídek v rámci hodnotících kritérií byla ze strany zadavatele vyhrazena v zadávací dokumentaci, pak byl zadavatel na základě své vlastní odborné úvahy oprávněn (nikoliv však povinen) zjevnou nepřiměřenost některé z hodnot nabízených uchazeči přiřknout. Jestliže tak zadavatel v projednávaném případě neučinil, nebyl tedy ani povinen toto své (ne)jednání ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek odůvodnit. V rámci přezkumného řízení před Úřadem pak lze v souladu s ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona konstatovat spáchání správního deliktu zadavatelem jednáním, které podstatně ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. To se však v daném případě nestalo, neboť s odkazem na shora uvedené konstatuji, že zadávací podmínka týkající se zjevné nepřiměřenosti nebyla zadavatelem stanovena v rozporu se zákonem a fakticky ani nebyla na nabídku žádného z uchazečů aplikována.
17. V rámci posouzení celého kontextu dané věci jsem dospěl k závěru, že dosavadní rozhodovací praxe Úřadu, týkající se posuzování kritérií „zjevné nepřiměřenosti“ a jejich užití při současném stanovení způsobu jejího uplatnění, vycházející ze shora citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 55/2008 ze dne 28.4.2009, nebyla ve právního názoru vysloveného v odůvodnění rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5Afs 75/2009 ze dne 6.11.2009 správná. Proto celkově konstatuji, že v šetřeném případě nebyl porušen zákon, a proto není důvodné zadavatele sankcionovat.
18. Napadené rozhodnutí Úřadu není věcně správné, neboť v řízení před Úřadem nebylo prokázáno, že došlo k porušení zákona v otázce nestanovení kritérií pro posouzení „zjevné nepřiměřenosti“ dílčího hodnotícího kritéria.
19. Pro úplnost dodávám, že v tomto jedinečném případě neměl postup zadavatele při odmítnutí námitek důsledky spočívající v porušení zákona, neboť v celkovém kontextu věci a za situace, že by zadavatel námitky obsahově přezkoumával, dospěl

by, resp. by musel dospět ke stejnému výsledku – jak plyne z výše uvedeného – který by vyústil v posuzované věci v jejich zamítnutí.

20. Uzavírám tedy, že Úřad nepostupoval v souladu s právními předpisy, když rozhodl tak, že postup zadavatele kvalifikoval jako porušení zákona a správní delikt ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

VI. Závěr

21. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval v intencích právního názoru vysloveného v rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5Afs 75/2009 ze dne 6.11.2009, neboť tento nebyl v době vydání napadeného rozhodnutí znám, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v tomto rozhodnutí a k zastavení správního řízení.
22. Vzhledem k výše uvedenému, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Obec Nýdek, č.p. 281, 73996 Nýdek
2. Mgr. Marek Ježek, advokát, Jablunkovská 851/40, 737 01 Český Těšín
3. ZOWADA s.r.o., Plk. Velebnovského 180, 739 91 Jablunkov

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy