

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ



UOHSX001IQYZ

Č.j.: ÚOHS-S247/2009/VZ-16577/2009/510/MCh

V Brně dne 21. prosince 2009

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 16. 9. 2009 na základě návrhu ze dne 15. 9. 2009, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – město Česká Lípa, IČ 002 60 428, se sídlem Náměstí T. G. Masaryka 1, 470 36 Česká Lípa, zastoupené Bc. Hanou Moudrou, starostkou,
- navrhovatel – obchodní společnost SaM silnice a mosty a. s., IČ 250 18 094, se sídlem Máchova 1129, 470 01 Česká Lípa, za niž jedná Ing. Dušan Drahoš, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 24. 8. 2009, JUDr. Ivo Jelínkem, advokátem, se sídlem Labská 137/17, 405 02 Děčín I,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v podlimitní ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve věci veřejné zakázky „Infrastruktura lokality RD u Kola“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 3. 7. 2009 pod ev. č. 60033237, **rozhodl takto:**

I.

I. 1. Zadavatel město Česká Lípa nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený v § 44 odst. 3 písm. d) v návaznosti na § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách tím, že nevymezil určitým způsobem požadavek na způsob zpracování nabídkové ceny, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

I. 2. Zadavatel město Česká Lípa nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený v § 44 odst. 1 v návaznosti na § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách tím, že požadavky zadavatele na zpracování nabídky nebyly v zadávací dokumentaci specifikovány v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 citovaného zákona o veřejných zakázkách **ruší zadání veřejné zakázky** „Infrastruktura lokality RD u Kola“.

II.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, 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 městu Česká Lípa **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 2470950001.

O d ů v o d n ě n í

Město Česká Lípa, IČ 002 60 428, se sídlem Náměstí T. G. Masaryka 1, 470 36 Česká Lípa, zastoupené Bc. Hanou Moudrou, starostkou (dále jen „zadavatel“), uveřejnilo v informačním systému o veřejných zakázkách dne 3. 7. 2009 pod ev. č. 60033237 oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání podlimitní veřejné zakázky „Infrastruktura lokality RD u Kola“ (dále jen „veřejná zakázka“).

Dne 12. 8. 2009 obdržel uchazeč obchodní společnost SaM silnice a mosty a. s., IČ 250 18 094, se sídlem Máchova 1129, 470 01 Česká Lípa, za niž jedná Ing. Dušan Drahoš, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 24. 8. 2009, JUDr. Ivo Jelínkem, advokátem, se sídlem Labská 137/17, 405 02 Děčín I (dále jen „navrhovatel“), rozhodnutí ze dne 10. 8. 2009, o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení z důvodu rozporu předmětu veřejné zakázky specifikovaného navrhovatelem v návrhu smlouvy o dílo a oceněného v nabídce navrhovatele oproti předmětu veřejné zakázky stanoveného zadavatelem v zadávací dokumentaci, a dále z důvodu, že nabídka navrhovatele nesplnila zadávací podmínky z hlediska jiných požadavků zadavatele než na předmět veřejné zakázky. Proti rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení podal navrhovatel dopisem ze dne 25. 8. 2009 námitky, které zadavatel obdržel dne 26. 8. 2009 a kterým po přezkoumání jejich oprávněnosti vyhověl částečně, a to pouze v části týkající se pochybení zadavatele při označení předmětu veřejné zakázky. Za tím účelem zadavatel vydal dne 3. 9. 2009 opravné rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení, které bylo dne 7. 9. 2009 doručeno navrhovateli. Námitkám týkajících se důvodů vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení zadavatel nevyhověl. Rozhodnutí o námitce navrhovatel obdržel dle dodejky dne 7. 9. 2009. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 15. 9. 2009 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

Dnem 16. 9. 2009, kdy Úřad obdržel uvedený návrh, bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel návrh rovněž dne 16. 9. 2009.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
- navrhovatel.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení dopisem č. j. ÚOHS-S247/2009/VZ-12656/2009/510/MCh ze dne 1. 10. 2009. Usnesením č. j. ÚOHS-S247/2009/VZ-12657/2009/510/MCh ze dne 1. 10. 2009 Úřad účastníkům řízení stanovil lhůty, ve kterých byli oprávněni vyjádřit své stanovisko v řízení. Úřad následně účastníky řízení dopisem č. j. ÚOHS-S247/2009/VZ-13291/2009/510/MCh ze dne 13. 10. 2009 seznámil se skutečnostmi zjištěnými ve správním řízení a usnesením č. j. ÚOHS-S247/2009/VZ-13294/2009/510/MCh ze dne 13. 10. 2009 jim stanovil nové lhůty, ve kterých byli oprávněni vyjádřit své stanovisko v řízení.

Dne 12. 10. 2009 Úřad vydal na návrh navrhovatele předběžné opatření, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

Obsah podstatných částí návrhu ze dne 15. 9. 2009, doplnění návrhu ze dne 8. 10. 2009 a stanovisek zadavatele ze dne 22. 9. 2009 a ze dne 20. 10. 2009, je uveden níže, vždy v příslušné části tohoto odůvodnění.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž s odkazem na zásadu procesní ekonomie upravenou v § 6 správního řádu, podle níž správní orgán postupuje tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady a aby dotčené osoby zatěžoval co nejméně, posoudil Úřad rovněž skutečnosti týkající se problematiky vymezení předmětu veřejné zakázky zadavatelem (zadavatel v Obchodních podmínkách stanovil, že součástí předmětu díla jsou i práce ve smlouvě nespécifikované, které jsou však k řádnému provedení díla nezbytné a o kterých zhotovitel vzhledem ke své kvalifikaci a zkušenostem měl, nebo mohl vědět). Po zhodnocení všech podkladů, zejména zadávací dokumentace, nabídek uchazečů, vyjádření předložených účastníky řízení 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.

Ke stanovení požadavku na způsob zpracování nabídkové ceny

Argumentace zadavatele:

Ustanovením bodu 1. (článku IX. zadávací dokumentace) zadavatel určil rozsah předmětu zakázky, pro který má uchazeč nabídkovou cenu zpracovat. Rozsah předmětu zakázky zadavatel popsal tak, aby uchazečům bylo zřejmé, že celý předmět zakázky obsahuje veškeré činnosti, o nichž zadávací dokumentace hovoří. Zadávací dokumentaci pak tvoří jak textová část, ve které zadavatel předmět plnění vymezil v článku II., tak i přílohy, jimiž jsou projektová dokumentace, výkaz výměr, obchodní podmínky atd. Tyto části zadávací dokumentace dle názoru zadavatele velmi podrobně vymezují všechny činnosti potřebné pro plnění zakázky a požadované zadavatelem. Zároveň v tomto ustanovení zadavatel vymezuje svoje požadavky na členění nabídkové ceny ve vztahu k DPH, měnu, v níž má být nabídkové cena uvedena, a délku platnosti nabídkové ceny.

V bodě 2. výše uvedeného článku zadávací dokumentace zadavatel stanovuje formu zpracování nabídkové ceny pro rozsah předmětu zakázky vymezený zadávací dokumentací. Pro tento účel zadavatel zvolil způsob zpracování nabídkové ceny formou ocenění výkazu výměr tak, aby nabídky jednotlivých uchazečů byly porovnatelné a mohly být hodnoceny rovně ve vztahu ke všem uchazečům.

Zadavatel zde zároveň stanovil, že ocenění jednotlivých činností je třeba provést pro rozsah prací požadovaných zadávací dokumentací a s ohledem na předpokládaný časový harmonogram. Zadavatel uvádí, že jednotlivými činnostmi měl nepochybně na mysli nejen činnosti přesně specifikované výkazem výměr co do množství, ale zároveň i činnosti úzce související s předmětem zakázky, což dokladují i požadavky zadavatele, které jsou výslovně uvedeny ve vymezení předmětu zakázky v bodě 1. článku II. zadávací dokumentace. Tyto činnosti zpravidla nejsou ve výkazu výměr uváděny samostatnými položkami a jejich ocenění bývá komplexně zahrnuto do standardních položkových cen výkazu výměr. K zajištění jednoznačnosti pokynů pro zpracování nabídkové ceny celého předmětu zakázky proto zadavatel považoval za účelné zdůraznit v zadávací dokumentaci, že vedle standardního ocenění položek výkazu výměr je nutné do ceny jednotlivých položek zahrnout i plnění požadovaných činností uvedených v bodě 1. článku II. zadávací dokumentace, a to s přihlédnutím k době, v níž budou tyto činnosti prováděny, tedy s ohledem na časový harmonogram prací.

Způsob zpracování nabídkové ceny dle názoru zadavatele dále zcela jednoznačně stanovují také body 5. a 6. článku IX. zadávací dokumentace, v nichž zadavatel relativně obsáhle popisuje činnosti, které musí být do nabídkové ceny zahrnuty, a to včetně údaje o tom, že jakékoliv další výdaje potřebné pro realizaci zakázky vyplývající ze specifikace předmětu díla dle článku II. zadávací dokumentace musí být součástí nabídkové ceny s tím, že veškeré související náklady musí uchazeč zahrnout do ceny příslušných prací. Tímto ustanovením zadavatel upřesňuje způsob, jakým má uchazeč v rámci stanovené formy zpracování nabídkové ceny, tj. ocenění výkazu výměr, související činnosti ocenit. Jinými slovy, že má uchazeč v rámci nabídkové ceny ocenit veškeré činnosti, a to i ty ve výkazu výměr neuvedené, ale v předmětu zakázky dle článku II. zadávací dokumentace specifikované, a zahrnout je v rámci položek výkazu výměr do cen příslušných prací.

Argumentace navrhovatele:

Navrhovatel má za to, že zadavatel provedl nesprávný výklad ustanovení čl. III., bodů 3.2. a 3.3. návrhu smlouvy o dílo, který zájemce ke své nabídce připojil, neboť nevyložil tato ustanovení v kontextu k obsahu celé smlouvy včetně všech jejích příloh.

Dle navrhovatele je třeba vzít v úvahu především to, že ve svém návrhu smlouvy o dílo v čl. III., bodě 3.2. především vymezil předmět díla tak, že je „specifikován v nabídkovém rozpočtu, který je nedílnou součástí této smlouvy, a v zadávacích podmínkách objednatele“. Se zřetelem ke konjunkci je patrné, že cokoliv, co je vymezeno jako předmět díla v jednom či v druhém z citovaných materiálů, je dle navrhovatele předmětem díla.

Dle navrhovatele tedy nelze činit závěr, že z návrhu smlouvy o dílo navrhovatele vyplývá, že činnosti související s předmětem díla dle čl. II. zadávací dokumentace nejsou předmětem díla, neboť nejsou samostatně specifikovány ve výkazu výměr.

Navrhovatel zpracoval svou nabídku tak, že cena za „činnosti související s předmětem veřejné zakázky“, jež jsou požadovány zadavatelem v čl. II. zadávací dokumentace, je dle

navrhovatele započtena v jednotlivých položkách výkazu výměr. Dle navrhovatele to je zcela standardní postup, neboť obvykle jsou takové položky kalkulovány jako tzv. „režie“ ke každé položce, neboť je třeba si uvědomit, že činnostmi souvisejícími s předmětem veřejné zakázky, jak jsou požadovány zadavatelem v čl. II. zadávací dokumentace, se rozumí činnosti, které jsou pro provádění díla naprosto samozřejmé, nezbytné a u kterých ani nemůže u kvalifikované osoby vzniknout pochybnost, zda náleží k předmětu díla. Ve své praxi se navrhovatel dle svého vyjádření se samostatným vykazováním a oceňováním položek uvedených v čl. II. zadávací dokumentace ani neseťkal. Z žádného úkonu navrhovatele tak nelze učinit úsudek, že by požadoval na zadavateli, aby mu uhradil nějakou částku nad rámec požadované ceny za dílo.

Dle navrhovatele je postup zadavatele je v rozporu s ustanovením § 6 zákona, neboť přísně restriktivní výklad obsahu nabídky navrhovatele, lze vnímat jako účelový, který narušuje zásadu rovnosti uchazečů.

Závěry Úřadu ke stanovení požadavku na způsob zpracování nabídkové ceny

Dle § 44 odst. 3 písm. d) zákona zadávací dokumentace musí mj. obsahovat požadavek na způsob zpracování nabídkové ceny.

Zadavatel je povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace (viz § 6 zákona).

Zadavatel v zadávací dokumentaci v článku IX. „způsob zpracování nabídkové ceny“ v bodě 1. výslovně uvedl: „Uchazeč stanoví nabídkovou cenu za celý vymezený předmět veřejné zakázky v souladu s touto ZD, a to absolutní částkou v českých korunách. Celková nabídková cena bude uvedena v členění bez DPH, samostatně vyčíslené DPH platné ke dni podání nabídky a celková nabídková cena včetně DPH. Nabídková cena musí být zpracována jako nejvýše přípustná, platná po celou dobu realizace veřejné zakázky“, avšak v bodě 2. téže části zadávací dokumentace zadavatel uvedl: „**Nabídková cena bude zpracována formou oceněného výkazu výměr** (viz příloha č. 2 ZD). Ocenění jednotlivých činností je třeba provést pro rozsah prací uvedený v zadávacích podmínkách a předpokládaný časový harmonogram s tím, že nabídková cena musí být platná min. do konce zadávací lhůty“.

Z předložené dokumentace Úřad zjistil, že navrhovatel ve své nabídce v návrhu smlouvy o dílo v části III „popis díla“ v bodě 3. 2. výslovně uvedl: „Předmět díla uvažovaný v této smlouvě je specifikován v nabídkovém rozpočtu, který je nedílnou součástí této smlouvy a v zadávacích podmínkách objednatel“. V bodě 3. 3. téže části návrhu smlouvy navrhovatel uvedl, že „Předmětem díla není:

- práce neuvedené ve výkazu výměr
- vícepráce vzniklé v průběhu stavby, které budou řešeny v průběhu výstavby dle konkrétního rozboru a skutečného technického řešení“.

Je tedy zřejmé, že požadavek zadavatele na způsob zpracování nabídkové ceny, tak jak jej stanovil v zadávací dokumentaci (konkrétně v bodech 1. a 2. článku IX. zadávací dokumentace), umožňuje dvojitý výklad. Na základě znění bodu 1. článku IX. zadávací dokumentace (viz výše) lze učinit oprávněný závěr, že zadavatel stanovil způsob zpracování nabídkové ceny za předmět veřejné zakázky, kterým je provedení prací stanovených výkazem výměr, vyhotovení dokumentace skutečného provedení stavby, vyhotovení geometrického

oddělovacího plánu se zákresem do katastrální mapy, geodetické zaměření skutečného stavu a související činnosti, které zadavatel uvádí v bodě 1. článku II. zadávací dokumentace.

Naopak v bodě 2. článku IX. zadávací dokumentace zadavatel stanovil požadavek na způsob zpracování nabídkové ceny výlučně ve formě ocenění zadavatelem předloženého výkazu výměr (výkaz výměr byl dodavatelům předložen jako příloha č. 2 zadávací dokumentace). Na základě cit. ustanovení tedy uchazeči při stanovení nabídkové ceny mohli prakticky postupovat tím způsobem, že ve svých nabídkách předloží oceněný výkaz výměr, který uchazeči (v nevyplněné podobě) obdrželi od zadavatele jako součást zadávací dokumentace.

Zadavatel uchazečům předložil výkaz výměr pro vyplnění. V zadávací dokumentaci zadavatel stanovil, že nabídková cena (která je oceněním předmětu veřejné zakázky) bude zpracována právě formou zadavatelem předloženého oceněného výkazu výměr. V daném případě však zadavatelem předložený výkaz výměr neobsahoval všechny položky nutné pro splnění celkového předmětu veřejné zakázky. Konkrétně součástí výkazu výměr předloženého zadavatelem není dokumentace skutečného provedení stavby, vyhotovení geometrického oddělovacího plánu, geodetické zaměření skutečného stavu a ostatní související činnosti související s předmětem veřejné zakázky dle článku II. zadávací dokumentace „předmět veřejné zakázky“, bod 1. „činnosti související s předmětem veřejné zakázky“.

Nelze se tedy ztotožnit s argumentem zadavatele, týkajícím se bodu 2. článku IX. zadávací dokumentace, kdy ve svém stanovisku ze dne 20. 10. 2009 uvádí: „Zadavatel zde zároveň stanovil, že ocenění jednotlivých činností je třeba provést pro rozsah prací požadovaných zadávací dokumentací a s ohledem na předpokládaný časový harmonogram. Zadavatel uvádí, že jednotlivými činnostmi měl nade vší pochybnost na mysli nejen činnosti přesně specifikované výkazem výměr co do množství, ale zároveň i činnosti úzce související s předmětem zakázky...“. V bodě 2. článku IX. zadávací dokumentace nejenže není výslovně uvedeno, že „jednotlivými činnostmi“ se rozumí jak provedení prací uvedených ve výkazu výměr, tak i prací souvisejících, ale takové činnosti či práce nelze z obsahu uvedeného bodu dovodit, neboť dle citovaného ustanovení zadávací dokumentace zadavatel stanovil požadavek na zpracování nabídkové ceny jen a pouze ve formě oceněného výkazu výměr předloženého zadavatelem.

Na základě výše uvedeného Úřad dospěl k závěru, že bod 1. článku IX. zadávací dokumentace a bod 2. článku IX. zadávací dokumentace obsahují vzájemně si odporující požadavky zadavatele na stanovení nabídkové ceny. Pokud zadávací dokumentace není úplná, obsahuje protikladné nebo nejednoznačné údaje, nebo výklad údajů z ní dovoluje více interpretací, jedná se o pochybení zadavatele, které nelze přičítat k tíži dodavatelů. Tím, že zadavatel nevymezil určitým způsobem požadavek na stanovení nabídkové ceny, nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 3 písm. d) zákona. Navrhovatel na základě zadavatelem nejednoznačně vymezeného požadavku na stanovení nabídkové ceny zpracoval svoji nabídku (konkrétně navrhovatel v návrhu smlouvy o dílo v části III „popis díla“ v bodě 3. 3. mj. uvedl, že předmětem díla nejsou práce neuvedené ve výkazu výměr), přičemž zadavatel následně neoprávněně navrhovatele vyloučil z další účasti na veřejné zakázce. Úřad uvedený postup zadavatele považuje za postup, který je netransparentní, tj. v rozporu se základní zásadou uvedenou v § 6 zákona. Postup zadavatele mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť neoprávněným vyloučením navrhovatele z další účasti na veřejné zakázce zadavatel zúžil okruh uchazečů, jejichž nabídky měly být hodnoceny a z nichž měla být vybrána pro zadavatele ekonomicky nejvhodnější nabídka.

K vymezení předmětu veřejné zakázky zadavatelem

Argumentace zadavatele:

Ke skutečnosti, že dodavatelé museli akceptovat zadavatelem stanovené obchodní podmínky, kde bylo mj. uvedeno, že „součástí předmětu díla jsou i práce ve smlouvě nespecifikované, které jsou však k řádnému provedení díla nezbytné a o kterých zhotovitel vzhledem ke své kvalifikaci a zkušenostem měl nebo mohl vědět“, zadavatel konstatuje, že dle názoru zadavatele by uvedené ustanovení mohlo být chápáno jako nejednoznačné pouze v případě, že zadavatel v samotné zadávací dokumentaci ve vymezení předmětu veřejné zakázky nespecifikuje, jaké činnosti neobsažené ve výkazu výměr jsou součástí budoucího plnění. Zadavatel je přesvědčen, že právě úplným vymezením předmětu zakázky v článku II. zadávací dokumentace s přesnou specifikací činností, které požaduje zahrnout do nabídkové ceny, jednoznačně a dostatečně podrobně popsal předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Zadavatel uvádí, že, aby nebylo pochyb o rozsahu předmětu veřejné zakázky, požadoval v článku X., bodě 2., písm. d) zadávací dokumentace, aby uchazeči uvedli v návrhu smlouvy mimo jiné vymezení předmětu plnění včetně souvisejících činností v souladu s článkem II. zadávací dokumentace.

Závěry Úřadu k vymezení předmětu veřejné zakázky zadavatelem

Dle § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.

Zadavatel si v zadávací dokumentaci vyhradil, že nedílnou součástí smlouvy o dílo musí být mj. zadavatelem stanovené Obchodní podmínky, které tvořily přílohu č. 3 zadávací dokumentace. V Obchodních podmínkách v článku V. „provádění díla“ v bodě 5.1. zadavatel uvádí: „Součástí předmětu díla jsou i práce ve smlouvě nespecifikované, které jsou však k řádnému provedení díla nezbytné a o kterých zhotovitel vzhledem ke své kvalifikaci a zkušenostem měl, nebo mohl vědět. Provedení těchto prací však v žádném případě nezvyšuje smlouvou sjednanou cenu díla“.

Z ust. § 44 odst. 1 zákona vyplývá, že za správnost a úplnost údajů uvedených v zadávací dokumentaci odpovídá zadavatel. V žádném případě není přípustné, aby zadavatel jakýmkoli způsobem přenášel odpovědnost za správnost a úplnost údajů uvedených v zadávací dokumentaci na dodavatele, a to i z toho důvodu, že by se mohl dostat do situace, že by obdržel vzájemně neporovnatelné nabídky (jako tomu bylo i v šetřeném případě). Pokud si zadavatel v podmínkách zadání stanoví obdobné ustanovení, jako tomu bylo i v šetřeném případě, kdy by měli dodavatelé odpovídat i za práce a služby, které zadavatel v předmětu veřejné zakázky nespecifikoval, ale které jsou k řádnému provedení díla nezbytné, vede tento postup uchazeče ke změnám zadavatelem stanoveného předmětu veřejné zakázky o další plnění, která mohou být u různých dodavatelů vzájemně odlišná a tedy neporovnatelná, případně dodavatelé takto zjištěné vícepráce uplatní v rámci zadavatelem stanovených položek, které dle svého uvážení navýší. Není ani vyloučeno, že dodavatelé z obavy výskytu takových „víceprací“ až v průběhu vlastního plnění veřejné zakázky si mohou již

při oceňování jednotlivých položek výkazu výměr vytvářet svou „rozpočtovou rezervu“ pro takto vzniklou situaci.

Pro úplnost Úřad uvádí, že jiná by byla situace, kdy by zadavatel požadoval od dodavatelů uvedení prací, dodávek nebo služeb, které jsou pro řádné provedení díla nezbytné, které zadavatel nevzal v úvahu, ale pouze jako informaci a podklad pro eventuální zadání dodatečné veřejné zakázky zadavatelem.

Úřad uvedený postup zadavatele posoudil jako nedodržení postupu pro zadání veřejné zakázky stanoveného v § 44 odst. 1 zákona, neboť požadavky zadavatele na zpracování nabídky nebyly v zadávací dokumentaci specifikovány v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Zadavatel totiž v daném případě nezajistil úplnost a správnost zadávací dokumentace, na základě které měli dodavatelé vypracovat své nabídky a tuto svoji povinnost částečně přenesl na dodavatele. Svým postupem zadavatel rovněž porušil i § 6 zákona, když nedodržel zásadu transparentnosti zadávacího řízení, neboť zadavatel v zadávacích podmínkách připustil, že jím stanovený předmět veřejné zakázky nemusí být úplný. Tento postup by mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, za předpokladu, že by zadavatel nabídky jednotlivých uchazečů hodnotil (z předložené dokumentace vyplývá, že se dosud tak nestalo), neboť není vyloučeno, že by se zadavatel dostal do situace, že bude hodnotit vzájemně neporovnatelné nabídky, které neobsahují stejný rozsah předmětu veřejné zakázky.

Problematikou vymezení předmětu veřejné zakázky Úřad ve své rozhodovací praxi již opakovaně řešil a v této souvislosti odkazuje např. na pravomocné rozhodnutí č. j. VZ/S73/02-152/2321/02-Kr ze dne 30. 5. 2002, které nabylo právní moci dne 21. 6. 2002, kde se Úřad zabýval problematikou vymezení předmětu veřejné zakázky v souvislostech obdobného případu (viz sbírky rozhodnutí sekce veřejných zakázek na www.compet.cz).

Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil již při stanovení zadávacích podmínek, Úřadu nezbylo než zadání veřejné zakázky zrušit, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

Pro úplnost Úřad uvádí, že podle § 84 odst. 7 zákona zadavatel odešle oznámení o zrušení zadávacího řízení k uveřejnění v informačním systému podle § 157 zákona do 3 dnů ode dne přijetí rozhodnutí; tato povinnost neplatí pro jednací řízení bez uveřejnění a řízení na základě rámcové smlouvy. 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.

K vyloučení navrhovatele z důvodu nesplnění zadávacích podmínek pro překročení nabídkové ceny

Argumentace zadavatele:

Zadavatel při omezení možnosti zvýšení nabídkové ceny v souvislosti s inflací české měny vycházel z běžné praxe, kdy jsou při uzavírání smluv na dobu neurčitou často finanční částky fixovány na první čtyři roky trvání smlouvy a teprve po uplynutí tohoto období jsou valorizovány. Z údajů statistického úřadu je možné zjistit prognózu na 2 – 3 roky dopředu. V daném případě byla realizace díla, která je předmětem veřejné zakázky, rozdělena na dvě etapy, přičemž první etapu, tj. realizaci cca 90% celkového objemu zakázky, požaduje

zadavatel zahájit ihned po uzavření smlouvy a dokončit do poloviny roku 2010, a druhou etapu, tj. realizaci zbývajících cca 10% celkového objemu zakázky, požaduje zadavatel provést v polovině roku 2012. Přestože je v tomto případě zhruba tříletý odstup mezi jednotlivými etapami realizace díla, cena, která mohla být ovlivněn meziročním pohybem cen ve stavebnictví, představuje maximálně desetinu z celkového objemu zakázky.

Samotný fakt, že navrhovatel ve svém návrhu smlouvy zakotvil možnost změny nabídkové ceny v souvislosti s inflací, ač zadavatel tuto možnost v zadávacích podmínkách jednoznačně vyloučil, považuje zadavatel za zcela zásadní nerespektování podmínek plnění veřejné zakázky stanovených zadavatelem. Využitím navrhovatelem zmíněného extenzivního výkladu smlouvy by zadavatel porušil právo rovného zacházení vůči ostatním uchazečům, kteří splnili všechny podmínky zadavatele a nevymínili si v návrzích smluv navyšovat konečnou cenu za předmět zakázky jiným způsobem, než který zadavatel v zadávacích podmínkách připustil.

Argumentace navrhovatele:

Navrhovatel má za to, že jím užitá formulace „K ceně bude doložena valorizace v souladu se statickými údaji statistického úřadu.“ v čl. IV. bod. 4.3. návrhu smlouvy o dílo není inflační doložkou, jak má na mysli zadávací dokumentace, která konkrétně zakazuje změny nabídkové ceny v souvislosti s inflací české měny, hodnotou kursu české měny vůči zahraničním měnám či jinými faktory s vlivem na měnový kurs, stabilitu měny nebo cla. Navrhovatelem užitá formulace je natolik neurčitá, že je zcela právně nicotná a nezakládá navrhovateli nárok na jakoukoliv úpravu ceny díla. Aby formulace měla nějaký význam, musela by být dostatečně určitá, tj. musely by být blíže vymezeny obsahy pojmů „valorizace“ a „dopočtení k ceně díla“. Co se týče termínu „statické údaje“, jde patrně o ustanovení právně zcela nicotné.

Podle navrhovatele tím, že zadavatel omezil v zadávacích podmínkách možnost meziročního nárůstu cen, postupoval v rozporu se zásadou hospodárnosti, jelikož tak nutí uchazeče nabídkové ceny spíše nadceňovat, protože reálná kalkulace opřená o relevantní statistické údaje je postupem zadavatele, resp. nesprávnou formulací zadávacích podmínek, vyloučena.

Závěry Úřadu k vyloučení navrhovatele z důvodu nesplnění zadávacích podmínek pro překročení nabídkové ceny

Podle § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.

Podle § 44 odst 3 a) zákona zadávací dokumentace musí obsahovat alespoň obchodní podmínky, včetně platebních podmínek, případně též objektivních podmínek, za nichž je možno překročit vyšší nabídkové ceny.

Podle § 76 odst. 1 zákona hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d). Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny. Jestliže nedošlo k vyřazení

všech variant nabídky, nepovažuje se nabídka za vyřazenou. Ke zjevným početním chybám v nabídce, zjištěným při posouzení nabídek, které nemají vliv na nabídkovou cenu, hodnotící komise nepřihlíží.

Podle § 76 odst. 6 zákona uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučí veřejný zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení. Vyloučení uchazeče včetně důvodů veřejný zadavatel uchazeči bezodkladně písemně oznámí.

Zadavatel v zadávací dokumentaci v čl. IX. „Způsob zpracování nabídkové ceny“ bod 7. „podmínky pro překročení nabídkové ceny“ výslovně uvedl „nabídková cena nesmí být měněna v souvislosti s inflací české měny, hodnotou kursu české měny vůči zahraničním měnám či jinými faktory s vlivem na měnový kurs, stabilitu měny nebo cla“.

Navrhovatel v návrhu smlouvy o dílo, která byla součástí nabídky, uvedl v čl. IV. „Cena za dílo“ bod 4.3. „K ceně bude dopočtena valorizace v souladu se statickými údaji statistického úřadu“.

Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 4. 9. 2009 vyplývá, že hodnotící komise dle § 76 odst. 1 zákona vyřadila nabídku navrhovatele z důvodu nesplnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách, přičemž zadavatel dne 10. 8. 2009 rozhodl o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení.

Úřad se neztotožňuje s argumentací navrhovatele, že zadavatel postupoval v rozporu s § 6 zákona, jelikož vyloučil navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení na základě nesprávného a přísně restriktivního výkladu smluvní formulace uvedené v jeho návrhu smlouvy o dílo v čl. IV. „Cena za dílo“ bod 4.3., přičemž se jednalo o formulaci natolik neurčitou až nicotnou, která nezakládala nárok na jakoukoliv úpravu ceny.

Z obsahu § 44 odst. 3 písm. a) zákona vyplývá, že obchodní podmínky, včetně platebních podmínek, případně též objektivních podmínek, za nichž je možno překročit výši nabídkové ceny, stanoví zadavatel. Pokud tedy zadavatel v zadávací dokumentaci výslovně nepřipustil navýšení nabídkové ceny, učinil tak v souladu se zákonem. Je na zvážení zadavatele, zda připustí překročení nabídkové ceny a za jakých objektivních podmínek či nikoliv. Tím, že návrh smlouvy, který je součástí nabídky navrhovatele, obsahuje text „K ceně bude dopočtena valorizace v souladu se statickými údaji statistického úřadu“, nabídka navrhovatele nesplnila požadavky zadavatele uvedené v zadávací dokumentaci. Pokud nabídka nesplňuje požadavky zadavatele stanovené v zadávacích podmínkách, je hodnotící komise povinna dle § 76 odst. 1 takovou nabídku vyřadit a zadavatel je povinen bezodkladně rozhodnout o vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení.

V otázce vyloučení navrhovatele z důvodu nesplnění zadávacích podmínek týkajících se možnosti překročení nabídkové ceny Úřad neshledal v postupu zadavatele porušení zákona.

K uložení úhrady nákladů řízení

Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 zákona také rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního 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 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 zadání veřejné zakázky bylo tímto rozhodnutím zrušeno, Úřad uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení, tak jak je uvedeno v bodě II. výroku tohoto rozhodnutí.

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 – sekce veřejných zakázek, třída 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.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Romana Derková
Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:

Město Česká Lípa, Náměstí T. G. Masaryka 1, 470 36 Česká Lípa

JUDr. Ivo Jelínek, advokát, Labská 137/17, 405 02 Děčín I

Vypraveno dne:

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