

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 29. 12. 2009



ROZHODNUTÍ



UOHSX001GV6M

Č. j. ÚOHS-S276/2009/VZ-14846/2009/510/HOd

V Brně dne 7. 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 12. 10. 2009, na základě návrhu ze dne 12. 10. 2009, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje, IČ 70932581, se sídlem Žerotínovo náměstí 3/5, 601 82 Brno, jejímž jménem jedná Ing. Jan Zouhar, ředitel,
- navrhovatel – obchodní společnost PRZEDSIĘBIORSTWO HANDLOWO–USŁUGOWO–PRODUKCYJNE „GER-POL“ ANDRZEJ BĘDKOWSKI, JOLANTA BĘDKOWSKA SPÓŁKA JAWNA, IČ 271973586, se sídlem ul. Toszecka 101, 44 – 100 Gliwice, Polsko, za niž jedná Andrej Bogusław Będkowski, společník jednající jménem společnosti, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 9. 10. 2009 Mgr. Markem Gocmanem, advokátem, IČ 71331573, se sídlem 28. října 219/438, 709 00 Ostrava - Mariánské Hory,
- vybraný uchazeč – EQUUS, spol. s r. o., IČ 44738056, se sídlem Hlavní 87/2, 737 01 Český Těšín, za niž jedná MVDr. Pavel Bednář, jednatel.

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Dodávka posypové soli pro zajištění zimní údržby v zimním období 2009/2010“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 9. 7. 2009 pod ev. č. 60033373 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 9. 7. 2009 pod ev. č. 2009/S 129-188315,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje, IČ 70932581, se sídlem Žerotínovo náměstí 3/5, 601 82 Brno – nedodržel postup stanovený v ustanovení § 44 odst. 1 a § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nevymezil předmět veřejné zakázky 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 výše uvedeného postupu Úřad pro ochranu hospodářské soutěže **podle** § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší** předmětné zadávací řízení.

II.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 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 – Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje, IČ 70932581, se sídlem Žerotínovo náměstí 3/5, 601 82 Brno – **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 2760950001.

Odůvodnění

Zadavatel – Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje, IČ 70932581, se sídlem Žerotínovo náměstí 3/5, 601 82 Brno, jejímž jménem jedná Ing. Jan Zouhar, ředitel (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 9. 7. 2009 pod ev. č. 60033373 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 9. 7. 2009 pod ev. č. 2009/S 129-188315 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Dodávka posypové soli pro zajištění zimní údržby v zimním období 2009/2010“ (dále jen „veřejná zakázka“).

Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel v oznámení o zakázce uvedl ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž jako dílčí hodnotící kritéria stanovil:

1. nabídková cena (váha 60 %)
2. zrnitost nabízené soli (váha 30 %)
3. sankce (váha 10 %)

Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami, konaném dne 4. 9. 2009 vyplývá, že ve stanovené lhůtě doručili svoje nabídky tři uchazeči a že všechny předložené nabídky vyhověly kontrole úplnosti podle § 71 odst. 8 zákona. Po provedeném posouzení a hodnocení hodnotící komise stanovila výsledné pořadí nabídek, přičemž podle jednotlivých zpráv o posouzení a hodnocení nabídek byla ve všech částech veřejné zakázky jako nejvýhodnější vyhodnocena nabídka předložená společností EQUUS, spol. s r. o., IČ 44738056, se sídlem Hlavní 87/2, 737 01 Český Těšín, za niž jedná MVDr. Pavel Bednář, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“). Dne 9. 9. 2009 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky tohoto uchazeče.

Proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky podal navrhovatel dopisem ze dne 22. 9. 2009 námitky, které zadavatel obdržel dne 23. 9. 2009, a kterým po

přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách obdržel navrhovatel dne 2. 10. 2009.

V rozhodnutí o námitkách ze dne 30. 9. 2009 zadavatel k hodnocení kritéria „*výše finanční sankce za 1 den prodlení dodání posypové soli v zimním období po uplynutí lhůty 48 hod. od objednání v Kč/1 den*“ mj. uvedl, že finanční postih za prodlení s plněním veřejné zakázky má dvě složky, které budou uplatňovány zároveň, a současně doplnil, že skutečnost, že dokumentace neurčuje způsob, jakým má být kritérium v nabídce zapracováno, nemůže znamenat, že není vyžadováno.

Zadavatel dále uvedl, že v oznámení o zakázce, v zadávací dokumentaci i v poskytnutých dodatečných informacích opakovaně proklamoval svoji vůli hodnotit finanční sankci a současně stanovil způsob tohoto hodnocení. Zadavatel vyjádřil nesouhlas s tvrzením navrhovatele, podle něhož stanovil hodnotící kritérium, určil způsob hodnocení a rovněž stanovil, v jaké výši má finanční sankce být. Hodnocení nabídky navrhovatele v kritériu „*výše finanční sankce za 1 den prodlení dodání posypové soli v zimním období po uplynutí lhůty 48 hod. od objednání v Kč/1 den*“ hodnotou 0 bylo podle zadavatele správné. V souvislosti s platností ustanovení smlouvy zadavatel uvedl, že případná neplatnost by byla řešena v rámci obchodně-právního sporu a nikoli v režimu zákona.

Ke způsobu hodnocení kritéria „*zrnitost nabízené soli*“ zadavatel uvedl, že vybraný uchazeč doložil dvě síťové analýzy, které jsou od sebe navzájem mírně odlišné, přičemž do přílohy č. 7 zadávací dokumentace doplnil vždy výsledek pro sebe méně výhodný, čímž došlo k matematicky nemožnému součtu celku 101 %.

V souvislosti s namítanými důvody pro vyřazení nabídky vybraného uchazeče zadavatel uvedl, že kritérium finanční sankce bylo uvedeno vybraným uchazečem zcela v souladu s textem zadávací dokumentace, přičemž tím nebyl porušen smysl ustanovení zadávací dokumentace.

Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 12. 10. 2009 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

V návrhu navrhovatel mj. vyjádřil domněnku, že zadavatel postupoval v rozporu se zadávací dokumentací, když z důvodu neuvedení „*výše finanční sankce za 1 den prodlení dodání posypové soli v zimním období po uplynutí lhůty 48 hod. od objednání v Kč/1 den*“ v nabídce navrhovatele, hodnotil tuto nabídku nulovým hodnocením. Podle navrhovatele je zadávací dokumentace v související části vnitřně rozporná a pro nesrozumitelnost a neurčitost rovněž neplatná. Tuto nejasnost a nesrozumitelnost navrhovatel považuje za odporující ust. § 6 zákona.

Navrhovatel uvádí, že z obsahu zadávací dokumentace vyplývá, že jedním z dílčích hodnotících kritérií byla „*výše finanční sankce za 1 den prodlení dodání posypové soli v zimním období po uplynutí lhůty 48 hod. od objednání v Kč/1 den*“, přičemž nejsou uvedeny žádné bližší podrobnosti, tj. zejména jakým způsobem má být sankce v nabídce zapracována. Navrhovatel poukázal na skutečnost, že ani sdělení zadavatele ze dne 25. 8. 2009 v rámci odpovědi na dotaz č. 2 takové nejasnosti neodstraňuje (Pozn. Úřadu: V dopisu ze dne 25. 8. 2009 zadavatel mj. uvedl, že „*uchazeč současně s údajem o maximálním množství*

posypové soli, které je schopen dodat do 48 hod. od objednání také do nabídky uvede vyšší finanční sankce za prodlení dodávek“).

V této souvislosti navrhovatel dále uvádí, že z obsahu zadávací dokumentace vyplývá, že součástí nabídky bude vyplněný a podepsaný návrh smlouvy, přičemž text této smlouvy byl uveden v příloze č. 6 a je pro každého uchazeče závazný. Navrhovatel dále cituje ust. návrhu kupní smlouvy, podle něhož „*v případě, že prodávající bude v prodlení s dodávkou zboží ... je prodávající povinen uhradit kupujícímu smluvní pokutu ve výši 0,5 % z ceny dodávky za každý i jen započatý den prodlení“*. Podle navrhovatele je tedy zřejmé, že text smlouvy nebyl oprávněn žádný z uchazečů měnit a jakékoli změny v nabídce uchazeče oproti zadávací dokumentaci by měly za následek vyřazení nabídky.

Navrhovatel dále vyjádřil přesvědčení, že proces hodnocení nastavený zadávací dokumentací je nesrozumitelný a vnitřně rozporný. Navrhovatel uvádí, že v daném případě neobstojí závěr o tom, že konečná smlouva může obsahovat dva různé způsoby určení sankce za porušení téže povinnosti – neboť by to vedlo k neurčitosti smluvní sankce. V této souvislosti se navrhovatel domnívá, že zadavatel postupoval v rozporu s ust. § 76 odst. 1 zákona, když vybraný uchazeč nabídl smluvní sankci, která je v rozporu se zadávací dokumentací a jeho nabídka nebyla z tohoto důvodu vyřazena.

V další části návrhu navrhovatel zpochybnil závěry zadavatele o způsobu hodnocení ve vztahu k hodnotícímu kritériu „*zrnitost nabízené soli“*, neboť součet podílů zrnitosti činí 101% (zrnitost pod 0,16 mm – 1%, zrnitost nad 0,16 mm do 0,8 mm – 15%, zrnitost od 0,8 mm do 3,15 mm – 85%). Navrhovatel poukázal na skutečnost, že v každé dodávce i v každém kontrolním vzorku vždy existuje určité množství soli se zrnitostí nad 3,15 mm, což uvedené hodnocení vůbec nereflktuje. Uvedenou zrnitost má podle názoru navrhovatele pouze kuchyňská sůl, která je pro posypové účely zcela nevhodná a náklady na pořízení takové soli by výrazně převýšily cenu nabídnutou vybraným uchazečem. Tím, že protokol ohledně zrnitosti vybraného uchazeče je zjevně neprůkazný došlo podle navrhovatele k porušení ust. § 6 zákona.

Navrhovatel dále poukázal na to, že ze strany vybraného uchazeče bylo předloženo více síťových analýz, přičemž zadávací dokumentace takový postup nepřipouští a zadavatel měl vyzvat vybraného uchazeče podle ust. § 76 odst. 4 zákona k vysvětlení v případě, že byly předloženy dvě odlišné analýzy.

Závěrem navrhovatel navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, jakož i všechny následující úkony.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže obdržel návrh dne 12. 10. 2009 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Téhož dne byl stejnopis návrhu doručen zadavateli.

Zadavatel se k návrhu vyjádřil dopisem ze dne 14. 10. 2009 a dopisem ze dne 16. 10. 2009, v nichž k jednotlivým částem návrhu uvedl následující.

Úvodem dopisu ze dne 14. 10. 2009 zadavatel plně odkázal na rozhodnutí o námitkách a k tvrzení navrhovatele, podle něhož byla jím nabídnutá cena nejnižší, mj. doplnil, že byla hodnocena ekonomická výhodnost nabídky, tj. kromě nabídkové ceny byly hodnoceny i údaje ze síťové analýzy a sankce. V návaznosti na argumenty navrhovatele směřující k neplatnosti

zadávací dokumentace jako právního úkonu, zadavatel uvedl, že navrhovatel tento úkon vykládá jednoznačně v rozporu s vůlí zadavatele a ust. § 35 odst. 2 občanského zákoníku, neboť zadavatel neustále dával najevo vůli hodnotit hodnotící kritérium týkající se výše finanční sankce. V souvislosti se sdělením zadavatele ze dne 25. 8. 2009 pak zadavatel uvedl, že ze znění doplňujících informací nelze učinit závěr o tom, že zadavatel nechtěl dané kritérium hodnotit. V návaznosti na předložení více síťových analýz zadavatel uvedl, že zadávací dokumentace takový postup nezmiňuje, což však neznamená, že jej nepřipouští, přičemž sankcionovat poctivý přístup uchazeče, kterým se snaží popsat své skutečné možnosti, by bylo v rozporu se zásadami zákona. Závěrem písemného vyjádření zadavatel poznamenává, že znění návrhu je prakticky totožné se zněním námitek a nereaguje na rozhodnutí zadavatele o námitkách.

V písemném vyjádření ze dne 16. 10. 2009 zadavatel k hodnocení nabídky navrhovatele v kritériu „výše finanční sankce za 1 den prodlení dodání posypové soli v zimním období po uplynutí lhůty 48 hod. od objednání v Kč/1 den“ 0 body uvedl, že jej považuje za správné a současně opětovně odkázal na rozhodnutí o námitkách. K údajně chybnému hodnocení podle hodnotícího kritéria „zrnitost nabízené soli“ zadavatel uvedl, že vybraný uchazeč doložil dvě síťové analýzy, které jsou od sebe navzájem mírně odlišné s tím, že do přílohy č. 7 zadávací dokumentace vždy uvedl výsledek pro sebe méně výhodný. Jelikož se nejedná o součty podílů téhož celku, může být podle zadavatele výsledek odlišný od výsledku 100 %. V této souvislosti zadavatel dodává, že v obou síťových analýzách jsou obsaženy i části se zrnitostí větší než 3,15 mm.

K návrhu navrhovatele vyhodnotit nabídku vybraného uchazeče v souvislosti s nabízenou finanční sankcí jako nepřijatelnou zadavatel uvedl, že vybraný uchazeč postupoval v souladu se zadávací dokumentací, když se zavázal k finanční sankci za prodlení ve výši 100 000 Kč.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou zadavatel, navrhovatel a vybraný uchazeč.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S276/2009/VZ-13523/2009/510/HOd ze dne 22. 10. 2009. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S276/2009/VZ-13524/2009/510/HOd ze dne 22. 10. 2009 stanovil podle § 39 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, lhůtu, ve které jsou podle § 36 odst. 1 cit. zákona oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 cit. zákona oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se podle § 36 odst. 3 cit. zákona mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Úřad podle § 39 odst. 1 cit. správního řádu stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a to nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu.

Rozhodnutím ze dne 2. 11. 2009 č. j. ÚOHS-S276/2009/VZ-13616/2009/510/HOd o předběžném opatření Úřad zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude specifikované správní řízení ukončeno.

Úřad obdržel dne 3. 11. 2009 vyjádření vybraného uchazeče, v němž se vyjádřil zejména k problematice granulometrie, účinků a způsobu využití jednotlivých velikostí zrnitosti.

Vybraný uchazeč vyjádřil nesouhlas s tvrzením navrhovatele, podle něhož zadavateli předložil více sítových analýz a uvádí, že procentuální hranice stanovené v jím předložené nabídce jsou stanoveny jako maximální, resp. minimální hranice, a nejedná se o stanovení procentuálního zastoupení jednotlivých zrn v dodávané soli.

Ke stanovení hodnotícího kritéria spočívajícího v uvedení výše smluvní pokuty pro případy prodlení dodavatele s dodáním soli přesahujícím 48 hodin, vybraný uchazeč uvádí, že toto kritérium mělo malý vliv na výběr nejhodnější nabídky a podstatnějšími kritérii byla cena a zrnitost soli. Skutečnost, že v textu kupní smlouvy tvořící přílohu č. 6 zadávací dokumentace byla uvedena výše předmětné smluvní pokuty vybraný uchazeč rozumí tak, že se jedná o minimální výši smluvní pokuty, která je tím zadavateli garantována. Podle názoru vybraného uchazeče navrhovateli nebránilo ve své nabídce uvést výši smluvní pokuty, kterou by byl ochoten případně nést.

S ohledem na výše uvedené se vybraný uchazeč domnívá, že není dán důvod pro uložení nápravného opatření podle ust. § 118 zákona či jiného opatření a navrhl, aby Úřad zahájené řízení zastavil.

Vybraný uchazeč nahlédl do příslušného správního spisu dne 4. 11. 2009; protokol o nahlížení je součástí správního spisu.

Dne 9. 11. 2009 Úřad obdržel od navrhovatele písemné vyjádření k podkladům rozhodnutí, v němž zejména zopakoval argumenty již uvedené v návrhu a v souvislosti s hodnotícím kritériem „*výše finanční sankce za 1 den prodlení dodání posypové soli v zimním období po uplynutí lhůty 48 hod. od objednání v Kč/1 den*“ mj. poukázal na skutečnost, že výše sankce, která měla být uchazeči navržena, není promítnuta v uzavírané smlouvě. Navrhovatel rovněž vyslovil závěr, že navrženou sankci nelze uplatnit, a proto k předmětnému kritériu nelze přihlížet.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména zadávací dokumentace, nabídek jednotlivých 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.

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

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.

Co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky je základem pro podání nabídek odpovídajících požadavkům zadavatele a také nabídek vzájemně porovnatelných. Požadavky zadavatele musí být v zadávací dokumentaci vymezeny především objektivně, tj. takovým způsobem, který bude vnímán a chápán všemi dotčenými subjekty, jak zadavatelem, tak dodavateli, stejným způsobem. Požadavky zadavatele musí být rovněž stanoveny jednoznačně, tj. nesmí dávat žádný prostor pro pochybnosti či rozdílný výklad. Zároveň musí

zadávací dokumentace obsahovat požadavky a technické podmínky v takovém rozsahu, aby byla zadávací dokumentace úplná a správná, a zároveň aby byla jasná, srozumitelná a určitá.

Zadavatel v zadávací dokumentaci, v kapitole 12.3. „Hodnocení nabídek“, stanovil dílčí hodnotící kritéria, a to následujícím způsobem:

- a) nabídková cena (váha 60 %),
- b) zrnitost nabízené soli (váha 30 %),
 - zrnitost pod 0,16 mm 30%
 - zrnitost od 0,16 mm do 0,8 mm 10%
 - zrnitost od 0,8 mm do 3,15 mm 60%
- c) výše finanční sankce za 1 den prodlení dodání posypové soli v zimním období po uplynutí lhůty 48 hod. od objednání v Kč/1 den (pro účely hodnocení nabídek stanovuje zadavatel maximální výši finanční sankce na 100 000,- Kč/1 den. V případě, že uchazeč nabídne finanční sankci vyšší než 100 000,- Kč/1 den, bude v rámci hodnocení tato vyšší finanční sankce hodnocena jako finanční sankce ve výši 100 000,- Kč) (váha 10 %).

V kapitole 8 zadávací dokumentace „Kupní smlouva“ zadavatel stanovil, že „*součástí nabídky bude vyplněný a oprávněnou osobou podepsaný návrh kupní smlouvy, text smlouvy je přílohou č. 6 a je pro uchazeče závazný*“.

V návrhu kupní smlouvy, kapitole VII „Smluvní pokuty“, bodu 6.1 se uvádí, že „*V případě, že prodávající bude v prodlení s dodávkou zboží (tzn. pokud nebude zboží dodáno včas, v objednaném množství a v dohodnuté jakosti) je prodávající povinen uhradit kupujícímu smluvní pokutu ve výši 0,5 % z ceny dodávky za každý i jen započatý den prodlení*“. V bodě 6.2 je dále vymezeno, že „*V případě prodlení kupujícího s úhradou kupní ceny nebo její části, je kupující povinen uhradit prodávajícímu smluvní pokutu ve výši 0,05 % z dlužné částky za každý i jen započatý den prodlení*“.

Úřad v návaznosti na výše uvedené konstatuje, že zadavatel v zadávací dokumentaci nespécifikoval, jakým způsobem měla být do nabídky jednotlivých uchazečů zapracována nabízená „*výše finanční sankce za 1 den prodlení dodání posypové soli v zimním období po uplynutí lhůty 48 hod. od objednání v Kč/1 den*“, přičemž současně je nutno zdůraznit, že tato požadovaná sankce není promítnuta do návrhu kupní smlouvy. Vzhledem k tomu, že zadavatel ustanovením kapitoly 8 zadávací dokumentace určil, že návrh kupní smlouvy je pro uchazeče závazný, znemožnil tak uchazečům doplnit do tohoto návrhu jakékoli další ustanovení (s výjimkou formálního doplnění identifikace veřejné zakázky, délky poskytnuté záruky na zboží a data podpisu smlouvy). Požadovanou výši finanční sankce, specifikované v bodu c) hodnotících kritérií, tak uchazeči do smlouvy doplnit nemohli, neboť v takovém případě by postupovali v rozporu s ust. kapitoly 8 zadávací dokumentace.

Požadavek na uvedení výše předmětné finanční sankce a potažmo hodnocení podle příslušného dílčího hodnotícího kritéria mohl způsobit, že někteří uchazeči se mohli domnívat, že ve své nabídce mohou jako finanční sankci uvést pouze nezávaznou částku, a to v takové výši, aby co nejlépe vyhověla hodnocení v rámci dílčího hodnotícího kritéria „*výše finanční sankce za 1 den prodlení dodání posypové soli v zimním období po uplynutí lhůty 48 hod. od objednání v Kč/1 den*“. V popsané záležitosti nejasná a rozporná zadávací dokumentace způsobila, že uchazeči mohli spekulovat s výší finanční sankce, aniž by se jakýmkoli způsobem zavázali takovou sankci v případě potřeby uhradit, neboť podle ust. § 43 odst. 1 zákona jsou uchazeči svou nabídkou vázáni pouze po dobu běhu zadávací lhůty a po jejím uplynutí mohou být vázáni pouze obsahem uzavřené smlouvy. Jelikož výše citované

sankce nebyla promítnuta do návrhů smlouvy v nabídkách uchazečů, stala by se tudíž ze strany zadavatele po uplynutí zadávací lhůty nevymahatelnou.

V souvislosti s nejednoznačností zadávací dokumentace týkající se stanovení výše cit. dílčího hodnotícího kritéria Úřad dále odkazuje na rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele a písemné vyjádření vybraného uchazeče ze dne 2. 11. 2009, z nichž je patrný nesoulad v záměru zadavatele, týkajícího se sankčních postihů, a pochopení odpovídajících částí zadávací dokumentace vybraným uchazečem.

Podle rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele, na něž zadavatel v rámci správního řízení odkázal, „*v zakázce bude za každý den stanovena jednak finanční sankce, jako fixní částka, a jednak smluvní pokuta 0,5 % odvislá od množství nedodaného zboží – tyto postihy (nebo chcete-li dvě složky téhož postihu) budou v obchodním vztahu uplatňovány zároveň (nikoliv tedy ... alternativně)*“.

Vybraný uchazeč v písemném vyjádření ze dne 2. 11. 2009 uvedl, že „*skutečnost, že v textu návrhu kupní smlouvy, tvořící přílohu č. 6 zadávací dokumentace byla uvedena výše předmětné smluvní pokuty, účastník řízení chápe tak, že se jedná o minimální výši smluvní pokuty, kterážto výše tak má být pro zadavatele garantována*“.

Z výše uvedeného vyplývá, že záměrem zadavatele bylo podle jeho rozhodnutí o námitkách navrhovatele stanovení požadavku na dvě složky finanční sankce, tj. součet sankce uvedené ve smlouvě a nabízené sankce, která byla předmětem hodnocení podle dílčího hodnotícího kritéria „*výše finanční sankce za 1 den prodlení dodání posypové soli v zimním období po uplynutí lhůty 48 hod. od objednání v Kč/1 den*“. Naproti tomu z vyjádření vybraného uchazeče je zřejmá domněnka, že v případě prodlení bude účtována pouze nabízená výše sankce, vztahující se k uvedenému dílčímu hodnotícímu kritériu, přičemž sankce uvedená ve smlouvě vyjadřuje pouze minimální možnou výši sankce.

V případě zadávací dokumentace šetřené veřejné zakázky tedy v návaznosti na výše uvedené nelze hovořit o úplné, správné, a současně jasné, srozumitelné a určité zadávací dokumentaci, neboť požadavek na uvedení nabízených sankčních postihů zadavatel vymezil nejednoznačným způsobem.

Uvedená nejednoznačnost mj. způsobila, že navrhovatel ve své nabídce neuvedl hodnotu, jíž zadavatel požadoval za účelem hodnocení podle dílčího hodnotícího kritéria „*výše finanční sankce za 1 den prodlení dodání posypové soli v zimním období po uplynutí lhůty 48 hod. od objednání v Kč/1 den*“. Vzhledem k tomu, že tedy nejednoznačnost zadávací dokumentace v daném případě prokazatelně ovlivnila obsah nabídky navrhovatele v souvislosti s požadavkem zadavatele na uvedení výše specifikované hodnoty, je zřejmé, že tato nejednoznačnost měla vliv na výběr nejvhodnější nabídky. V případě, že by zadávací dokumentace byla vymezena jednoznačným způsobem, mohli uchazeči této skutečnosti přizpůsobit své nabídky a ovlivnit tím výsledné pořadí nabídek.

Dále Úřad uvádí, že jelikož uchazeči nemuseli vzhledem k nejednoznačnosti zadávací dokumentace výši finanční sankce považovat za závaznou, mohli uvést pro zadavatele nejvýhodnější výši sankce za účelem lepšího výsledku v rámci zadavatelem provedeného hodnocení nabídek.

Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel porušil ust. § 44 odst. 1 a § 6 zákona, neboť ze zadávací dokumentace nebylo zřejmé, zda součástí smluvních ujednání je rovněž údaj o výši sankce, který zadavatel požadoval pro účely hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria „výše finanční sankce za 1 den prodlení dodání posypové soli v zimním období po uplynutí lhůty 48 hod. od objednání v Kč/1 den“. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

S ohledem na výše uvedené porušení zákona je nadbytečné zabývat se otázkou, zda nabídka vybraného uchazeče splnila všechny požadavky zadavatele stanovené v zadávacích podmínkách, a zda z důvodu jejich nesplnění měla být vyřazena, neboť již na základě výše uvedených skutečností bylo prokázáno, že zadavatel porušil zákon již ve fázi stanovení zadávacích podmínek a toto porušení zákona mělo podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

K hodnocení nabídky vybraného uchazeče podle dílčího hodnotícího kritéria „zrnatost nabízené soli“

V kapitole 8 zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že uchazeči jsou povinni k nabídce doložit „sítovou analýzu podle vyhlášky MDS č. 104/1997 Sb., a chemický rozbor (ne starší 6 měsíců od data podání nabídky) podle Standardu pro chemické rozmrazovací materiály (součást předpisu MDS TP 116)“, přičemž v této souvislosti vymezil další podmínky uvedené pod písmeny a) až h).

Ve vztahu k namítanému způsobu hodnocení nabídky vybraného uchazeče podle dílčího hodnotícího kritéria „zrnatost nabízené soli“, kdy součet procentních podílů jednotlivých zrnitostí činí podle příloh zpráv o posouzení a hodnocení nabídek 101 %, Úřad uvádí, že vybraný uchazeč ve své nabídce předložil dvě sítové analýzy, v nichž jsou uvedeny následující údaje.

velikost sít	1. sítová analýza (vzorek 5997)	2. sítová analýza (vzorek 5999)
nad 5 mm	0,00	0,00
nad 3,15 mm	3,70	2,30
nad 0,8 mm	86,00	87,00
nad 0,16 mm	9,50	10,00
pod 0,16 mm	0,80	0,70

Úřad uvádí, že jelikož se v daném případě jedná o přírodní materiál, nelze vyloučit nepatrné rozdíly ve více vzorcích, a proto lze považovat za vhodný postup vybraného uchazeče při prokazování zrnitosti nabízené soli, když předložil více sítových analýz dodávané soli. Současně je nutno zdůraznit, že z obsahu zadávací dokumentace nelze učinit závěr, že zadavatel předložení většího počtu analýz nepřipustil. K tomu Úřad dodává, že předložení více sítových analýz lze označit za učiněné ve prospěch zadavatele, neboť na základě poskytnutých údajů lze získat přesnější představu o kvalitě nabízené soli.

Výše cit. údaje z nabídky vybraného uchazeče rovněž dokládají tu skutečnost, že jím nabízená sůl obsahuje podle předložených sítových analýz zrna o velikosti nad 3,15 mm, čímž lze jednoznačně vyvrátit tvrzení navrhovatele o nevhodnosti nabízené posypové soli z důvodu nulového podílu zrn nad 3,15 mm. Z výše uvedeného porovnání obou předložených sítových analýz je rovněž patrné, že jejich hodnoty nevykazují významné rozdíly.

Do přílohy č. 7 zadávací dokumentace vybraný uchazeč doplnil mj. následující.

zrnitost posypové soli pod 0,16 mm	max. 1 %
zrnitost posypové soli od 0,16 mm do 0,8 mm	max. 15 %
zrnitost posypové soli od 0,8 mm do 3,15 mm	min. 85 %

Z výše uvedeného vyplývá, že vybraný uchazeč v příloze č. 7 zadávací dokumentace neuvedl procentní podíl zrnatosti v absolutní hodnotě, nýbrž v hodnotě maximální resp. minimální. Jelikož se tedy nejedná o absolutní hodnoty, nelze vybraným uchazečem uváděné rozpětí počítat.

Vzhledem k tomu, že zadávací dokumentace uvedený postup při vyplňování příslušné přílohy nevyklučovala, hodnoty uvedené v nabídce vybraného uchazeče odpovídají předloženým síťovým analýzám a současně jsou tyto údaje mírně upraveny v jeho neprospěch, nelze shledat v postupu zadavatele, když uvedené hodnoty hodnotil, porušení zákona. Nelze tudíž ani dospět k závěru, že hodnocení nabídky vybraného uchazeče podle dílčího hodnotícího kritéria „zrnitost nabízené soli“, je neprůkazné, jak uvádí navrhovatel.

V návaznosti na tvrzení navrhovatele, podle něhož měl zadavatel vybraného uchazeče vyzvat k vysvětlení podle ust. § 76 odst. 4 zákona z důvodu předložení dvou síťových analýz, Úřad uvádí, že ust. § 76 odst. 4 zákona stanoví možnost, nikoli povinnost, vyžádat si od uchazečů vysvětlení jejich nabídek. V případě, že zadavatel, resp. hodnotící komise, v nabídce nejasnosti neshledá, není povinná si vyžádat vysvětlení nabídky.

V souvislosti s vymezením způsobu hodnocení v zadávací dokumentaci Úřad poznamenává, že není zcela zřejmé, zda v rámci hodnocení podle dílčího hodnotícího kritéria „zrnitost nabízené soli“ lze získat lepší hodnocení v případě nižšího či vyššího výskytu dané zrnatosti. Ze zadávací dokumentace tudíž není zřejmé, jakou zrnitost zadavatel upřednostňuje a uchazeči tak nemohou získat představu o nejvhodnější nabídce. Mohlo by se tudíž jednat o porušení ust. § 78 odst. 4 ve spojení s ustanovením § 6 zákona. Případným porušením zákona vyplývajícím z uvedeného postupu zadavatele však Úřad považoval za bezpředmětné se zabývat, a to s ohledem na výrok tohoto rozhodnutí, kterým bylo předmětné zadávací řízení zrušeno a rovněž s přihlédnutím ke skutečnosti, že cit. postup zadavatele nebyl zpochybňován v návrhu.

Uložení nápravného opatření

Podle § 118 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad uloží nápravné opatření tím, že zruší zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, jinak řízení zastaví.

Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a tento nezákonný postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad o zrušení zadávacího řízení, jak je uvedeno v bodu I. výroku 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 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.

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 II. 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.

otisk úředního razítka

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:

Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje, Žerotínovo náměstí 3/5, 601 82 Brno

Mgr. Marek Gocman, advokát, 28. října 219/438, 709 00 Ostrava – Mariánské Hory
EQUUS, spol. s r. o., Hlavní 87/2, 737 01 Český Těšín

Vypraveno dne: 7. 12. 2009