

Č. j.: VZ/S 92/03-152/3320/03-jl

V Brně dne 1. srpna 2003

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 20.6.2003 z vlastního podnětu podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb., ve věci přezkoumávání rozhodnutí a úkonů zadavatele městské části Praha 4, Tábořská 32/350, 140 45 Praha 4-Nusle, zastoupené Ing. Zdeňkem Hovorkou, starostou, učiněných ve veřejné zakázce „Zajištění správy vybraných nemovitostí ve vlastnictví hlavního města Prahy svěřených městské části Praha 4“ zadané výzvou ze dne 1.10.2002 více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb. a zákona č. 424/2002 Sb., **rozhodl takto:**

Zadavatel – městská část Praha 4 – závažným způsobem porušil ustanovení

- § 3 posledně citovaného zákona v návaznosti na § 67 odst. 2 téhož zákona tím, že nevyhlásil obchodní veřejnou soutěž o nejvhodnější nabídku, přestože výše budoucího peněžitého závazku, která zadavateli městské části Praha 4 vznikla ze zadání veřejné zakázky, přesáhla limit, do jehož výše je zadavatel oprávněn zadat veřejnou zakázku výzvou více zájemcům podle § 49 odst. 1 cit. zákona,
- § 49 odst. 10 téhož zákona, neboť „Protokol o otevírání obálek a hodnocení nabídek“ ze dne 17.10.2002 neobsahuje popis hodnocení a zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky, a tudíž rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky není transparentní a přezkoumatelné.

Za zjištěná závažná porušení zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb. a zákona č. 424/2002 Sb., se zadavateli městské části Praha 4 podle § 62 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb. zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb.,

zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb., ukládá pokuta ve výši 10 000,- Kč (deset tisíc korun českých). Pokuta je splatná do 30 dnů od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754 - 24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 0920315001.

### **O d ů v o d n ě n í**

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), který vykonává dohled nad dodržováním zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb., a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon v platném znění“), si na základě kontroly provedené ve dnech 14.1.2003 a 15.1.2003 zaměstnanci ÚOHS v sídle městské části Praha 4, Tábořská 32/350, 140 45 Praha 4-Nusle, zastoupené Ing. Zdeňkem Hovorkou, starostou (dále jen „zadavatel“), vyžádal dokumentaci o zadání veřejné zakázky „Zajištění správy vybraných nemovitostí ve vlastnictví hlavního města Prahy svěřených městské části Praha 4“ zadané písemnou výzvou ze dne 1.10.2002 (dále jen „výzva“) pěti zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/20002 Sb. a zákona č. 424/2002 Sb. (dále jen „zákon“). Dokumentaci o zadání veřejné zakázky obdržel orgán dohledu dne 12.6.2003 současně se sdělením, že za období od uzavření smlouvy do 30.4.2003 byla vybranému uchazeči za plnění veřejné zakázky uhrazena částka 1 805 538,05 Kč včetně DPH.

Z předložené dokumentace, jejíž součástí je rovněž „Protokol o otevírání obálek a hodnocení nabídek“ ze dne 17.10.2002 (dále jen „protokol“), vyplývá, že zadavatel obdržel ve stanovené lhůtě nabídky pěti uchazečů a že žádná z nabídek nebyla vyřazena z další účasti na veřejné zakázce. Dále z protokolu vyplývá, že hodnocení nabídek bylo provedeno podle kritérií stanovených v podmínkách výzvy. Na základě provedeného hodnocení oznámil zadavatel rozhodnutím ze dne 22.10.2002 výběr nejvhodnější nabídky všem uchazečům. Smlouva o plnění veřejné zakázky s vybraným uchazečem byla uzavřena dne 11.11.2002.

Po přezkoumání dokumentace o zadání veřejné zakázky však získal orgán dohledu pochybnosti o tom, zda úkony a postupy zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky byly učiněny v souladu se zákonem, a proto zahájil správní řízení z vlastního podnětu, jehož účastníkem je podle § 58 zákona v platném znění zadavatel. Důvodem pro zahájení řízení byly pochybnosti orgánu dohledu o zvolené formě zadání veřejné zakázky v závislosti na výši peněžitého závazku, který zadavateli vznikl ze smlouvy uzavřené na dobu neurčitou, a pochybnosti o zákonnosti provedeného hodnocení nabídek.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu jeho účastníku dopisem č. j. VZ/S 92/03-152/2637/03-jl ze dne 18.6.2003, ve kterém ho seznámil se zjištěnými skutečnostmi a zároveň stanovil lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí. Ve stanovené lhůtě ani později se k podkladům pro rozhodnutí zadavatel nevyjádřil.

Orgán dohledu přezkoumal na základě ustanovení § 57 an. zákona případ ve všech souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání veřejné

zakázky, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel závažně porušil zákon. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

#### Způsob zadání veřejné zakázky

Podle § 3 odst. 1 zákona k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku vyhlašuje zadavatel obchodní veřejnou soutěž o nejvhodnější nabídku, není-li v tomto zákoně stanoveno jinak. Při obchodní veřejné soutěži postupuje zadavatel podle obchodního zákoníku, pokud tento zákon nestanoví jinak. Uzavření smlouvy na veřejnou zakázku jiným způsobem než na základě obchodní veřejné soutěže podle odstavce 1 je přípustné pouze při splnění podmínek stanovených v části třetí tohoto zákona (§ 3 odst. 4 zákona).

Podle § 49 odst. 1 zákona u veřejných zakázek, u kterých výše budoucího peněžitého závazku ze smlouvy bez daně z přidané hodnoty přesáhne 5 000 000 Kč, jde-li o nemovitost s výjimkou nájmu nebo o soubor strojů nebo zařízení tvořících samostatný funkční celek, a 2 500 000 Kč v ostatních případech a nepřesahuje částky stanovené v § 3 odst. 2 a 3, může zadavatel uzavřít smlouvu na podkladě písemné výzvy učiněné nejméně pěti zájemcům.

Podle § 67 odst. 2 zákona u smluv uzavíraných na dobu neurčitou je rozhodující výše peněžitého závazku bez daně z přidané hodnoty, která vznikne zadavateli za čtyři roky trvání smlouvy.

Zadavatel ve výzvě mj. stanovil, že předmětem plnění veřejné zakázky je komplexní administrativně ekonomická a provozně technická správa a údržba domovního fondu a příslušných funkčně souvisejících pozemků, tedy poskytování služeb. V rámci doby a místa plnění veřejné zakázky zadavatel uvedl, že „Mandátní smlouva bude s vybraným uchazečem uzavřena na dobu neurčitou s výpovědní lhůtou 1 měsíc.“ Dále zadavatel požadoval, že „Nabídková cena bude stanovena jako nejvýše přípustná a bude vyjádřena celkovou částkou v Kč za 1 měsíc plnění veřejné zakázky.... Nabídková cena strukturovaná dle výše uvedených požadavků na její zpracování musí být uvedena v mandátní smlouvě.“

Zadavatel jako nejvhodnější vybral nabídku uchazeče AUSTIS, spol. s r. o., Praha, se kterým uzavřel dne 11.11.2002 mandátní smlouvu na dobu neurčitou. Cena ve smlouvě byla stanovena ve výši 275 460, Kč bez DPH (289 233,- Kč vč. DPH) za jeden měsíc, což odpovídá ceně uvedené v nabídce vybraného uchazeče doložené kalkulací podle podmínek výzvy.

Z nabídky uchazeče AUSTIS, spol. s r. o., Praha, i z uzavřené mandátní smlouvy je však zřejmé, že výše peněžitého závazku, který zadavateli vznikl z uzavřené smlouvy, překračuje limit, do jehož výše je zadavatel oprávněn zadat veřejnou zakázku výzvou více zájemcům podle § 49 odst. 1 zákona, neboť podle ust. § 67 odst. 2 zákona u smluv uzavíraných na dobu neurčitou je rozhodující výše peněžitého závazku bez daně z přidané hodnoty, která vznikne zadavateli za čtyři roky trvání smlouvy, což v daném případě činí 13 222 080 bez DPH (13 883 184,- Kč vč. DPH), jak vyplývá z výpočtu výše peněžitého závazku: cena za jeden měsíc x 12 měsíců x 4 roky. V šetřeném případě se jednalo o poskytování služeb, a tudíž postupem podle § 49 odst. 1 zákona by bylo možno zadat veřejnou zakázku pouze v případě, pokud by výše peněžitého závazku, který vznikl zadavateli, nepřesáhla bez DPH 7 500 000 Kč („ostatní případy“).

Zadavatel tedy závažně porušil § 3 zákona v návaznosti na § 67 odst. 2 zákona, tím, že nevyhlásil obchodní veřejnou soutěž o nejvhodnější nabídku, přestože výše peněžitého závazku, který mu vznikl ze zadání veřejné zakázky, přesáhla limit, do jehož výše je zadavatel oprávněn zadat veřejnou zakázku výzvou více zájemcům podle § 49 odst. 1 zákona.

### Hodnocení nabídek

Podle § 49 odst. 10 zákona „Hodnocení nabídek zadavatel provede podle kritérií stanovených v zadání způsobem uvedeným v § 6. Zadavatel je povinen pořádit o posouzení a hodnocení nabídek záznam, ve kterém uvede popis hodnocení a zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky....“.

„Protokol o otevírání obálek a hodnocení nabídek“ ze dne 17.10.2002 (dále jen „protokol“) neobsahuje popis hodnocení a zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky. Tabulky, které jsou přílohou protokolu, obsahují body přidělené jednotlivým nabídkám, které byly následně vynásobeny příslušnými vahami jednotlivých kritérií, avšak nevypovídají o tom, na základě jakých údajů z nabídek uchazečů byly učiněny závěry, vyjádřené přidělením bodů jednotlivým nabídkám.

Popisem hodnocení se při hodnocení podle ekonomické vhodnosti nabídek rozumí vedle stanovení stupně významu jednotlivých kritérií hodnocení rovněž objasnění principu přidělování bodů nabídkám v jednotlivých kritériích spolu se slovním vysvětlením, proč té které nabídce byl přidělen konkrétní počet bodů, a jak se nabídky v jednotlivých kritériích hodnocení liší.

Je tedy nezbytné, aby protokol (záznam) o posouzení a hodnocení nabídek obsahoval nikoliv pouze bodové (číselné) hodnocení jednotlivých nabídek, ale rovněž patřičný písemný slovní komentář, z něhož bude vyplývat proč právě ta konkrétní nabídka získala v daném kritériu určitý počet bodů. Z takto zpracovaného výsledku hodnocení jednotlivých nabídek pak zadavatel vychází i při zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky, které je obligatorní náležitostí protokolu (záznamu). Jen takovýmto způsobem pořízený protokol (záznam) spolu s dalšími písemnostmi tvořícími dokumentaci o zadání veřejné zakázky umožní zadavateli prokázat, že posouzení a hodnocení nabídek bylo provedeno objektivně a v souladu se zákonem. Pokud protokol (záznam) jako popis hodnocení a zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky takto zpracován není, nezbyvá než konstatovat, že provedené hodnocení je netransparentní.

Pro úplnost orgán dohledu poznamenává, že ze zákona mu nepřísluší rozhodovat o tom, který z uchazečů předložil lepší nabídku, neboť v jeho kompetenci je dohled nad rámcem, ve kterém probíhá výběr nejvhodnější nabídky, tedy to, zda postup zadavatele v průběhu zadávání veřejné zakázky byl v souladu se zákonem a transparentní (k tomu viz např. judikáty Vrchního soudu v Olomouci, např. č. j. 2 A 1/99 či 2 A 7/2000 – správní spis). Cílem zákona je totiž zajištění nejvyšší možné průhlednosti procesu zadávání veřejné zakázky a fair prostředí při vynakládání prostředků zadavatele, přičemž rozhodnutí zadavatele musí být jednoznačné a srozumitelné a totéž platí i o veškerých postupech souvisejících s výběrem nejvhodnější nabídky, jak vyplývá např. z judikátu Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 11/2000 (viz správní spis).

K postupu při posuzování a hodnocení nabídek orgán dohledu dále poznamenává, že u formy zadání veřejné zakázky podle § 49 zákona není upraveno posuzování a hodnocení nabídek pomocí komise jako poradního orgánu zadavatele. Avšak i kdyby upraveno bylo, za celý průběh výběrového řízení včetně stěžejní části, jakou je posuzování a hodnocení nabídek, odpovídá zadavatel. Zadavatel tedy buď musí provést hodnocení sám, případně ustaví-li si pro hodnocení nabídek komisi, musí stanovit její pravomoci a následně se seznámit s hodnocením provedeným komisí, neboť odpovědnost za průběh výběrového řízení (tedy i za výběr nejvhodnější nabídky) leží na zadavateli. Zadavatel musí vždy vycházet z toho, že provedené hodnocení nabídek musí být dostatečně transparentní, a to nejen pro uchazeče, ale i pro orgán dohledu při jeho případném přezkoumávání postupu při zadávání veřejné zakázky, tzn., že hodnocení nabídek musí být dostatečně průhledné a průkazné.

Podle § 62 odst. 1 zákona v platném znění „zjistí-li orgán dohledu, že zadavatel závažně či opětovně porušil ustanovení tohoto zákona, může mu uložit pokutu do výše 1 % ceny zakázky. Pokutu lze uložit jen do jednoho roku ode dne, kdy se orgán dohledu dozvěděl, že zadavatel porušil ustanovení tohoto zákona, nejpozději však do tří let ode dne, kdy došlo k tomuto porušení.

Při posuzování míry závažnosti porušení zákona zadavatelem vzal orgán dohledu v úvahu zejména skutečnost, že zadavatel zadal veřejnou zakázku jiným způsobem zadání než obchodní veřejnou soutěží, aniž by byly dodrženy zákonné podmínky pro použití zadavatelem zvoleného způsobu zadání (§ 49 odst. 1 zákona), čímž byl nepochybně naplněn znak závažného porušení zákona. Další závažné porušení zákona (§ 49 odst. 10 zákona) spočívá v tom, že v protokolu o posouzení a hodnocení nabídek nebyl uveden popis hodnocení podle kritérií uvedených v zadání s uvedením principu objasňujícího přidělování bodů nabídkám v jednotlivých kritériích a s vysvětlením, proč byl té které nabídce přidělen konkrétní počet bodů a zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky; při výběru nejvhodnější nabídky tedy nebyly respektovány zásady transparentnosti a přezkoumatelnosti úkonů zadavatele.

Kromě závažnosti porušení zákona však orgán dohledu přihlédl při úvaze o výši sankce i ke skutečnosti, že jako nejvhodnější byla vybrána nabídka uchazeče s nejnižší nabídkovou cenou za splnění veřejné zakázky, a rovněž k tomu, že zadavatel za období od uzavření smlouvy (11.11.2002) do 30.4.2003 prokazatelně uhradil pouze částku 1 805 538,05 Kč, jak na žádost orgánu dohledu sdělil dopisem č. j. P4/73912/03/OBF/KRAJ ze dne 6.6.2003.

Vzhledem ke zjištěným závažným porušením zákona a s přihlédnutím ke skutečnosti, že předmět plnění veřejné zakázky byl již realizován, nelze uložit zadavateli opatření k nápravě, jelikož fakticky nelze ukládat plnění, která jsou neproveditelná. Výše zjištěné porušení zákona je natolik závažné, že orgán dohledu zvolil postup podle části čtvrté, hlavy IV. zákona v platném znění a uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Uložení sankce zákon nespojuje s jakýmkoliv porušením povinností, neboť obecně předpokládá, že porušení povinností může dosahovat různé intenzity, sankcionovat však umožňuje pouze taková protiprávní jednání, která dosahují intenzity závažného porušení zákonem uložených povinností. Porušeními zákona, kterých se zadavatel při zadání předmětné veřejné zakázky dopustil (viz výše), byl nepochybně naplněn zákonný znak závažného porušení.

Před uložením pokuty orgán dohledu rovněž ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená ve větě druhé § 62 odst. 1 zákona, a to, že pokutu lze uložit jen do jednoho roku ode dne, kdy se orgán dohledu dozvěděl, že zadavatel porušil ustanovení tohoto zákona, nejpozději však do tří let ode dne, kdy došlo k tomuto porušení (o porušení zákona se orgán dohledu dozvěděl při kontrole provedené v lednu 2003 a k porušením zákona o zadávání veřejných zakázek došlo v závěru roku 2002).

Ve smyslu § 62 odst. 1 zákona v platném znění maximální možná výše pokuty v tomto případě činí 138 831,84 Kč, což je 1 % z ceny zakázky. Pokuta byla zadavateli uložena ve výši 10 000,- Kč, tedy v dolní polovině možné sazby.

Dohled nad dodržováním zákona podle § 52 zákona v platném znění spočívá mimo jiné i v kontrole postupů zadavatelů při zadávání veřejných zakázek a v ukládání sankcí. Pokuta uložená zadavateli za zjištěná závažná porušení zákona při zadávání předmětných veřejných zakázek má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k takovému chování, které je v souladu se zákonem. V této souvislosti orgán dohledu poukazuje na důsledky vyplývající z § 70 zákona o zadávání veřejných zakázek.

Orgán dohledu posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a na základě zjištěných a uvedených skutečností rozhodl, jak je uvedeno ve výroku.

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže - odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Miroslav Šumbera  
vrchní ředitel

Obdrží:

Městská část Praha 4, Tábořská 32/350, 140 45 Praha 4-Nusle, zast. Ing. Zdeňkem Hovorkou, starostou

