

Č. j.: VZ/S191/04-151/5521/04-če

V Brně dne 26. října 2004

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 6.9.2004 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., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb., na základě návrhu uchazeče společností ŽS Brno, a. s., Burešova 938/17, 660 02 Brno, za niž jedná Ing. Michal Štefl, předseda představenstva, Silnice Hradec Králové a. s., Husova 1697, 530 02 Pardubice, za niž jedná JUDr. Blanka Kalcsová, předseda představenstva, a Skanska DS a. s., F. Nováka 3/5267, 796 40 Prostějov, za niž jedná Ing. Josef Hájek, předseda představenstva, na přezkoumání rozhodnutí zadavatele – Kraj Vysočina, Žižkova 57, 587 33 Jihlava, zastoupený hejtnanem Františkem Dohnalem, ze dne 25.8.2004 o námitkách proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky v obchodní veřejné soutěži na dodávku stavby „II/360 obchvat obce Oslavičky, okres Třebíč“ vyhlášené v Obchodním věstníku č. 13/04 dne 31.3.2004 pod zn. 189285-13/04 podle části druhé 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., **rozhodl takto:**

Zadavatel – Kraj Vysočina – porušil § 38 odst. 1 zákona tím, že rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky jakožto nabídky nejlépe splňující kritéria vymezená zadavatelem v podmínkách soutěže, aniž předtím dodržel postup stanovený v § 36 zákona při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče „Sdružení IMOS Brno a. s. a Stavby mostů a silnic Hodonín a. s. - obchvat obce Oslavičky“.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 59 písm. a) zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší** rozhodnutí zadavatele –

Kraj Vysočina – ze dne 3.8.2004 o výběru nejvhodnější nabídky v obchodní veřejné soutěži na dodávku stavby „II/360 obchvat obce Oslavičky, okres Třebíč“ a současně zadavateli **ukládá** provést nový výběr nejvhodnější nabídky, a to ve lhůtě do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

Odůvodnění

Kraj Vysočina, Žižkova 57, 587 33 Jihlava, zastoupený hejtmanem Františkem Dohnalem (dále jen „zadavatel“), vyhlásil dne 31.3.2004 podle části druhé 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., obchodní veřejnou soutěž na dodávku stavby „II/360 obchvat obce Oslavičky, okres Třebíč“, zveřejněním podmínek soutěže v Obchodním věstníku č. 13/04 pod zn. 189285-13/04 (dále jen „zákon“ a „soutěž“).

Zadavatel v podmínkách soutěže stanovil následující kritéria hodnocení nabídek:

1. Celková výše nabídkové ceny vč. DPH, váha kritéria - 0,5.
2. Záruky za provedené dílo a záruční podmínky, váha kritéria - 0,3.
3. Lhůta plnění podložená harmonogramem prováděných prací, váha kritéria - 0,2.

Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 17.5.2004 vyplývá, že zadavatel v soutěžní lhůtě obdržel celkem sedm nabídek. Nabídky uchazečů IMOS Brno a s. a Stavby mostů a silnic Hodonín a. s., podávajících společnou nabídku (dále jen „IMOS“), a Stav Outulný, a. s. (dále jen „Outulný“), byly komisí pro posouzení a hodnocení nabídek (dále jen „komise“) posouzeny jako neúplné a komise je zadavateli navrhla k vyřazení. Jako důvod komise ve zprávě u obou uchazečů uvedla, že „návrh smlouvy neobsahoval garanci ceny do XII/2007 požadovanou v zadávací dokumentaci“. Na základě hodnocení zbývajících pěti nabídek stanovila komise pořadí nabídek uchazečů takto:

1. ŽS Brno, a. s., Silnice Hradec Králové a. s., a Skanska DS a. s., které podaly společnou nabídku (dále jen „ŽS Brno“),
2. Stavby silnic a železnic, a. s.,
3. STRABAG a. s.

Jak vyplývá z dokumentu označeného jako „záznam z 3. jednání komise pro posouzení a hodnocení nabídek“ konaného dne 21.7.2004, zadavatel závěry komise neakceptoval a nabídky navržené komisí k vyřazení posoudil z hlediska podmínek soutěže jako úplné. Zadavatel posoudil nabídkovou cenu uchazeče IMOS jako mimořádně nízkou a dopisem ze dne 23.6.2004 si od jmenovaného uchazeče vyžádal zdůvodnění nabídkové ceny.

Uchazeč zadavateli zdůvodnění zaslal dopisem ze dne 2.6.2004, doložené posudkem nabídkové ceny zpracovaným společností RTS a. s. dne 31.5.2004. Zadavatel komisi následně uložil, aby provedla nové posouzení a hodnocení nabídek. V záznamu (jednání komise se zúčastnilo sedm členů z devítičlenné komise jmenované zadavatelem) je uvedeno, že „komise převzala od zadavatele písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče IMOS, ale po diskusi a hlasování o možných variantách nečinil závěr tak, aby mohlo dojít

k hodnocení nabídek“. V záznamu jsou uvedena vyjádření jednotlivých členů komise, přičemž pět členů komise do záznamu uvádí, že „neshledalo důvody mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče IMOS za objektivně prokázané“. V záznamu je dále uvedeno, že „předseda komise nechal o jednotlivých variantách hlasovat“ s výsledkem, že pro variantu uchazeče IMOS nevylučovat a provést nové hodnocení se vyslovili dva členové komise, pro variantu uchazeče IMOS vyloučit a provést nové hodnocení se vyslovili dva členové komise a pro variantu využití vyhrazeného práva zadavatele a soutěž zrušit se vyslovili tři členové komise. V závěru záznamu je uvedeno, že „komise nerozhodla o variantě hodnocení nabídek uchazečů“.

Zadavatel následně usnesením č. 993/27/2004/RK z jednání rady kraje č. 27/2004 konaného dne 3.8.2004 rozhodl, že nejvhodnější nabídkou podanou v soutěži je nabídka uchazeče IMOS. Rozhodnutí zadavatele je v dokumentaci doloženo „Zdůvodněním rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky“ ze dne 3.8.2004, ve kterém je uvedeno: Zadavatel neakceptoval důvody uvedené komisí pro vyloučení uchazečů IMOS a Outulný, neboť jejich nabídky obsahují čestná prohlášení, ve kterých uchazeči prohlašují, že zadávací podmínky budou jednou z nedílných součástí smlouvy, čímž je podle názoru zadavatele garance ceny naplněna. Zadavatel si od uchazeče IMOS vyžádal písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Jelikož se komise neshodla na tom, zda jsou příčiny mimořádně nízké nabídkové ceny objektivně prokázané, zadavatel obsah zdůvodnění podložený posudkem renomované firmy akceptoval. Zadavatel dospěl k závěru, že nejvhodnější nabídkou je nabídka uchazeče IMOS, která obsahuje nejnižší nabídkovou cenu, nejlepší záruky za provedené dílo a záruční podmínky a nejkratší lhůtu plnění. Na druhém pořadí se umístila nabídka uchazeče společnosti ŽS Brno a na třetím pořadí nabídka uchazeče Stavby silnic a železnic, a. s., přičemž zadavatel uvádí, že „další pořadí nabídek je již v souladu se závěry hodnocení komise“.

Výběr nejvhodnější nabídky v uvedeném pořadí zadavatel oznámil uchazečům dopisem ze dne 4.8.2004, který uchazeč ŽS Brno podle doručky převzal dne 6.8.2004. Uchazeč dopisem ze dne 12.8.2004, který zadavatel podle podacího razítka obdržel dne 16.8.2004, podal proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky námitky. Zadavatel námitky přezkoumal a rozhodl námitkám nevyhovět, což uchazeči oznámil rozhodnutím ze dne 25.8.2004, které uchazeč podle doručky obdržel dne 26.8.2004. Uchazeč následně zaslal Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) návrh datovaný dnem „25.9.2004“ (uvedení měsíce září v datu návrhu je zřejmě omylem navrhovatele) na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách orgánem dohledu.

V návrhu uchazeč uvádí, že zadavatel při hodnocení nabídek postupoval netransparentně a v rozporu s ust. § 38 zákona. Zadavatel v zadávací dokumentaci požadoval zaručit platnost nabídkové ceny až do XII/2007. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, nabídky předložené uchazeči IMOS a Outulný tuto garanci neobsahovaly a zadavatel je měl ze soutěže vyloučit. Zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky rozhodl odlišně od pořadí stanovené komisí a měl proto svoje rozhodnutí písemně odůvodnit ve smyslu § 38 odst. 2 zákona. Uchazeč uvádí, že dne 11.8.2004, kdy nahlížel do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, nebylo zdůvodnění ke zprávě přiloženo. K obsahu zdůvodnění uchazeč uvádí, že zadavatel (rada kraje) nemůže posuzovat objektivitu zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, kterou předložil uchazeč IMOS, neboť podle

zákonu je k tomu zmocněna komise pro posouzení a hodnocení nabídek, která – jak vyplývá ze zápisu z jednání ze dne 21.7.2004 – zdůvodnění nabídkové ceny uchazeče neposoudila za objektivně prokázané. Uchazeč namítá, že nabídky uchazečů IMOS a Outulný nebyly hodnoceny komisí ani zadavatelem v souladu se způsobem hodnocení stanoveným v podmínkách soutěže. Zadavatel tím podle názoru uchazeče porušil ust. § 35 odst. 1 zákona. Uchazeč se v závěru návrhu domáhá, aby „orgán dohledu zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 25.8.2004, kterým zamítl námítky uchazeče podané proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a zadavateli uložil řádně rozhodnout o námitce uchazeče“.

Dne 6.9.2004, kdy orgán dohledu návrh uchazeče ŽS Brno obdržel, bylo podle § 57 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání rozhodnutí zadavatele o námitkách orgánem dohledu. Zadavatel obdržel jedno vyhotovení návrhu téhož dne.

Účastníky řízení podle § 58 zákona jsou:

- zadavatel,
- společnosti IMOS Brno a. s., Olomoucká 174, 627 00 Brno, za niž jedná Ing. Jiří Rulíšek, předseda představenstva, a Stavby mostů a silnic Hodonín a. s., Velkomoravská 3869/97, 695 01 Hodonín, za niž jedná Ing. Jiří Rulíšek, předseda představenstva, podávající na základě smlouvy o sdružení ze dne 11.5.2004 společnou nabídku pod názvem „Sdružení IMOS Brno a. s. a Stavby mostů a silnic Hodonín a. s. - obchvat obce Oslavičky“; nabídka uchazeče byla zadavatelem vybrána jako nejvhodnější,
- společnosti ŽS Brno, a. s., Burešova 938/17, 660 02 Brno, za niž jedná Ing. Michal Štefl, předseda představenstva, Silnice Hradec Králové a. s., Husova 1697, 530 02 Pardubice, za niž jedná JUDr. Blanka Kalcsová, předseda představenstva, a Skanska DS a. s., F. Nováka 3/5267, 796 40 Prostějov, za niž jedná Ing. Josef Hájek, předseda představenstva, které podaly společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 11.5.2004 pod názvem „Sdružení Oslavičky“; uchazeč podal návrh a jeho nabídka byla zadavatelem vybrána jako v pořadí druhá nejvhodnější,
- Stavby silnic a železnic, a. s., Národní třída 10, 113 19 Praha 1, za niž jedná Ing. Bořivoj Kačena, předseda představenstva, uchazeč, jehož nabídka byla zadavatelem vybrána jako v pořadí třetí nejvhodnější.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu jeho účastníkům dopisem ze dne 16.9.2004, ve kterém jim poskytl lhůtu, v níž se mohli ke zjištěným skutečnostem vyjádřit, popřípadě navrhnout doplnění šetření.

Zadavatel ve svém stanovisku ze dne 29.6.2004 k návrhu uvedl, že je totožné s obsahem jeho rozhodnutí ze dne 25.8.2004 o námitce uchazeče ŽS Brno (pozn. zadavatel v rozhodnutí o námitce prakticky pouze cituje argumenty uvedené ve „zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky“ ze dne 3.8.2004, viz str. 3 odůvodnění).

Do správního spisu nahlédli v průběhu správního řízení zástupci uchazeče ŽS Brno (dne 22.9.2004) a zástupce uchazeče IMOS (dne 29.9.2004) – viz protokoly o nahlédnutí založené ve spisu.

Uchazeč IMOS ve svém stanovisku ze dne 29.9.2004 uvedl, že součástí jeho nabídky je návrh smlouvy, který v odst. 3.3 zaručuje objednateli právo měnit termín zahájení a dokončení díla v závislosti na zajištění financování stavby a v odst. 4.3 výslovně stanoví, že sjednaná cena je cenou nejvýše přípustnou, platnou až do doby ukončení a předání díla. Tím je požadavek zadavatele na platnost nabídkové ceny do XII/2007 zaručen. Ke zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky uchazeč uvádí, že v dokumentaci je doloženo zdůvodnění zadavatele ze dne 3.8.2004. Podle názoru uchazeče je zřejmé, že zadavatel rozhodnutí řádně zdůvodnil a neporušil tedy § 38 odst. 2 zákona, přičemž zákon pro přiložení zdůvodnění ke zprávě žádnou lhůtu nestanoví. Ze zdůvodnění je patrné, že zadavatel nabídky hodnotil podle vyhlášených kritérií a neporušil tedy ani § 35 odst. 1 zákona. Uchazeč uvádí, že ho zadavatel dopisem ze dne 30.6.2004 vyzval k podání zdůvodnění nabídkové ceny ve smyslu § 36 zákona. Uchazeč ve stanovené lhůtě zadavateli jako součást zdůvodnění předložil i odborný posudek zpracovaný společností RTS a. s., který hodnotí nabídnutou cenu jako reálnou. Zadavatel se ve svém zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky na posudek odvolává a jeho uvážení je tedy podle názoru uchazeče zcela transparentní. Uchazeč nesouhlasí s navrhovatelem, který z dikce § 38 odst. 1 zákona vyvozuje, že zadavatel nemůže rozhodnout, jestliže komise neposoudila a nehodnotila všechny nabídky, neboť rozhodnutí zadavatele jsou plně v jeho kompetenci bez ohledu na závěry komise. Uchazeč poukazuje na skutečnost, že z návrhu není zřejmé proti kterému úkonu zadavatele směřuje a že ředitel závodu MOSAN ŽS Brno není osobou oprávněnou podat návrh.

Kromě uvedených stanovisek orgán dohledu žádné další vyjádření či návrhy na doplnění šetření ve smyslu ust. § 33 správního řádu ze strany účastníků řízení neobdržel.

Orgán dohledu přezkoumal na základě ustanovení § 57 zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace, stanovisek účastníků řízení a vlastních zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky „II/360 obchvat obce Oslavičky, okres Třebíč“ nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Podle § 36 odst. 1 zákona, jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, odchylující se výrazně od ostatních nabídkových cen, musí si zadavatel vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění. Podle odst. 2 může komise vzít zdůvodnění mimořádně malé nabídkové ceny v úvahu pouze tehdy, jestliže shledá příčiny mimořádně nízké nabídkové ceny jako objektivní, např. z důvodu výjimečné hospodárnosti realizace nebo výrobní metody, originality, popřípadě objevnosti technického řešení, postupů nebo příznivých podmínek u uchazeče. Podle odst. 3 téhož ust. zákona jestliže komise neshledá důvody mimořádně nízké nabídkové ceny za objektivně prokázané, zadavatel musí uchazeče vyloučit z další účasti v soutěži.

Z citace zákona vyplývá, že úplnost podaných nabídek včetně posouzení objektivnosti zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny posuzuje v rámci své činnosti a kompetencí, které ji dává zákon, komise pro posouzení a hodnocení nabídek, tedy zadavatelem jmenovaný orgán složený z odborně způsobilých a nepodjatých osob. Pouze komise tedy může posoudit a rozhodnout, zda příčiny mimořádně nízké nabídkové ceny jsou nebo nejsou objektivně prokázané, tak jak to ukládá zákon v § 36 odst. 2 ...komise může vzít zdůvodnění mimořádně malé nabídkové ceny v úvahu pouze tehdy, jestliže shledá příčiny mimořádně nízké

nabídkové ceny jako objektivní... Tento postup vyplývá i z ust. § 37 odst. 1 písm. e) zákona, podle kterého zpráva o posouzení a hodnocení nabídek obsahuje mj. seznam nabídek, které komise po posouzení navrhla zadavateli k vyřazení.

V šetřeném případě (viz záznam z 3. jednání komise konaného dne 21.7.2004) pět ze sedmi členů komise zúčastněných na jednání výslovně do záznamu uvedlo, že neshledalo důvody mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče IMOS za objektivně prokázané. Jednoznačný závěr zda komise shledala příčiny mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče IMOS za objektivně prokázané však v předmětném záznamu uveden není. Komise tedy jednoznačně neukončila posouzení a hodnocení nabídek uchazečů.

Podle § 38 odst. 1 zákona je zadavatel povinen na základě posouzení a hodnocení nabídek komisí rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky, přičemž nejvhodnější nabídkou se rozumí nabídka nejlépe splňující kritéria vymezená zadavatelem v podmínkách soutěže. Tím, že v šetřené případě zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, aniž byl předtím dodržen postup stanovený v § 36 zákona při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče IMOS, zadavatel porušil cit. ust. § 38 odst. 1 zákona v návaznosti na § 36 zákona.

K výše uvedenému orgán dohledu doplňuje.

Smyslem ust. § 36 zákona je chránit zadavatele před situací, kdy uchazeč v nabídce uvede cenu, za kterou není možné z objektivních důvodů plnění veřejné zakázky realizovat, a která by během plnění musela být navyšována. Jakou nabídkovou cenu lze označit za mimořádně nízkou zákon výslovně nestanoví a uvážení, zda je nabídnutá cena reálná, je tedy v kompetenci zadavatele, který nese rizika související s výběrem uchazeče. Shledá-li však zadavatel určitou nabídkovou cenu mimořádně nízkou, musí být z dokumentace o zadání veřejné zakázky patrné, proč byla tato cenová nabídka jako mimořádně nízká posouzena. Tedy jaké konkrétní skutečnosti zadavatele k danému závěru vedly.

Zákon sice zadavateli zdůvodnit proč považuje konkrétní cenovou nabídku za mimořádně nízkou výslovně neukládá, zadavatel však má povinnost všechny úkony a rozhodnutí učiněné v průběhu zadávacího procesu činit tak, aby byly přezkoumatelné. Při interpretaci ustanovení § 36 zákona a posuzování obsahu zde upravených povinností uchazeče a zadavatele je proto nutné vycházet především ze zásady transparentnosti postupů při zadávání veřejné zakázky. Zadavatel musí dostatečně určitě odůvodnit a v dokumentaci doložit, proč cenovou nabídku posoudil jako mimořádně nízkou a současně svou žádost o zdůvodnění formulovat natolik konkrétně, aby vyzvaný uchazeč měl dostatek podkladů pro její objektivní zdůvodnění. Obdobně to platí pro úkony zadavatele (resp. komise) související s posouzením objektivitu zdůvodnění výše nabídkové ceny a následném rozhodnutí.

Podle § 38 zákona je zadavatel povinen na základě posouzení a hodnocení nabídek komisí rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky, přičemž nejvhodnější nabídkou se rozumí nabídka nejlépe splňující kritéria vymezená zadavatelem v podmínkách soutěže. Jestliže rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky neodpovídá pořadí nabídek podle hodnocení komise, je zadavatel povinen své rozhodnutí písemně zdůvodnit. Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, včetně zdůvodnění v případě odchylného stanoviska od hodnocení komise, zadavatel přiloží ke zprávě o posouzení a hodnocení nabídek.

Ze „zdůvodnění rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky“ ze dne 3.8.2004 vyplývá, že se zadavatel s pořadím nabídek podle hodnocení komise neztotožnil a o výběru nejvhodnější nabídky rozhodl odchýlně. Svoje rozhodnutí zadavatel písemně odůvodnil pouze tím, že „nejvhodnější nabídkou je nabídka uchazeče IMOS, která obsahuje nejnižší nabídkovou cenu, nejlepší záruky za provedené dílo a záruční podmínky a nejkratší lhůtu plnění“.

Jestliže se zadavatel rozhodl využít svého práva a postupoval podle § 38 odst. 2 zákona, musí zdůvodnit výběr nejvhodnější nabídky ve smyslu ustanovení § 38 odst. 1 zákona ve spojení s § 6 zákona, dle kterého se nejvhodnější nabídkou rozumí nabídka nejlépe splňující kritéria vymezená zadavatelem v podmínkách soutěže. Každé rozhodnutí zadavatele musí být přezkoumatelné především z hlediska objektivnosti hodnocení, a proto jak hodnocení komise tak následné rozhodnutí zadavatele musí striktně vycházet z hodnocení nabídek v rámci stanovených kritérií hodnocení. Zákon zadavateli sice dává možnost pořadí nabídek stanovené komisí změnit, ale tato změna je možná pouze v odůvodněném případě (např. zjistí-li zadavatel pochybení v hodnocení komise), a to na základě provedeného a průkazného hodnocení zadavatele v rámci vymezeném stanovenými kritérii a způsobem hodnocení (viz § 6 odst. 1 zákona ... hodnocení se provádí v souladu s kritérii uvedenými v podmínkách soutěže...). Jen takovýto postup zadavatele lze akceptovat jako zdůvodnění rozhodnutí zadavatele ve smyslu § 38 odst. 2 zákona.

Jednotlivé úkony zadavatele v souvislosti s mimořádně nízkou nabídkovou cenou a zdůvodnění rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 3.8.2004 tedy s ohledem na výše uvedené skutečnosti neodpovídají požadavkům transparentnosti, který je jednou ze stěžejních zásad zadávání veřejných zakázek, a orgán dohledu tak nemůže přezkoumat, zda zadavatel skutečně vybral nabídku nejvhodnější. Uvedené aspekty proto zadavatel musí zohlednit při provedení nového výběru nejvhodnější uloženém tímto rozhodnutím.

K dalším zjištěním a aspektům stanovisek účastníků řízení, které nezohlednil výše v odůvodnění, orgán dohledu uvádí.

Podle § 11 odst. 1 zákona nesmí být žádný z uchazečů v obchodní veřejné soutěži zvýhodněn proti ostatním účastníkům soutěže s výjimkami uvedenými v odstavcích 2 a 3. Současně ale recipročně platí, že žádný uchazeč nesmí být oproti ostatním uchazečům znevýhodněn. V šetřeném případě zadavatel v zadávací dokumentaci (bod 4.4. Změny ceny díla) mj. stanovil, že „platnost nabídkové ceny musí být zhotovitelem zaručena do XII/2007“. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 17.5.2004, nabídky uchazečů IMOS a Outulný byly komisí posouzeny jako neúplné. Jako důvod je ve zprávě u obou uchazečů uvedeno, že „návrh smlouvy neobsahoval garanci ceny do XII/2007, požadovanou v zadávací dokumentaci“. Komise nabídky zadavateli navrhla k vyřazení a dále je nehodnotila.

Orgán dohledu přezkoumal obsah nabídek uchazečů IMOS a Outulný a zjistil následující skutečnosti. V nabídce uchazeče Outulný – příloha č. 5 cenová nabídka – je výslovně uvedeno, že „platnost cenové nabídky je do 31.12.2007“. V nabídce uchazeče IMOS

je v návrhu smlouvy výslovně uvedeno, že si „objednatel vyhrazuje právo změnit termín zahájení a dokončení díla a to v souvislosti s uvolňováním finančních prostředků ze zdrojů, které zajišťují financování díla“ a „sjednaná cena je cenou nejvýše přípustnou, která obsahuje veškeré náklady zhotovitele nutné k úplné a řádné realizaci jednotlivých částí díla a předpokládané cenové vlivy v čase plnění, a je platná až do doby ukončení a předání díla“. Citované části nabídek uchazečů tedy plně garantují požadavek zadavatele uvedený v zadávací dokumentaci na platnost nabídkové ceny až do XII/2007, přičemž předmětný článek návrhu smlouvy uchazeče IMOS jde dokonce nad rámec požadavku zadavatele, neboť zaručuje platnost nabídkové ceny do doby dokončení díla i v případě, že by z důvodů na straně zadavatele byla doba realizace delší než do XII/07.

Jak vyplývá ze „zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky“ ze dne 3.8.2004, zadavatel sice závěry komise v souvislosti s úplností nabídek uchazečů IMOS a Outulný neakceptoval a uchazeče nevyločil, ale nabídku uchazeče Outulný přesto nehodnotil. Tato skutečnost jednoznačně vyplývá ze „zdůvodnění“, ve kterém je výslovně uvedeno, že „nejvhodnější nabídkou je nabídka uchazeče IMOS, na druhém pořadí se umístila nabídka uchazeče ŽS Brno a na třetím nabídka uchazeče Stavby silnic a železnic, a. s., ... přičemž další pořadí nabídek je již v souladu se závěry hodnocení komise“. Jelikož komise nabídku uchazeče Outulný nehodnotila, neučinil tak ani zadavatel, protože v takovém případě by další pořadí nabídek nemohlo být „v souladu se závěry hodnocení komise“. Tím, že zadavatel nabídku uchazeče Outulný nehodnotil, ačkoliv byla z hlediska obsahového splnění podmínek soutěže úplná, znevýhodnil v rozporu s ust. § 11 odst. 1 zákona jmenovaného uchazeče oproti ostatním uchazečům o veřejnou zakázku. Zjištěné pochybení zadavatele bude napraveno v rámci nařízeného nového výběru nejvhodnější nabídky, kdy zadavatelů musí nabídku uchazeče Outulný jako úplnou hodnotit s ostatními nabídkami.

Zadavatel v zadávací dokumentaci mj. uvedl, že „výkazy výměr, které jsou součástí zadávací dokumentace, jsou z hlediska stanovení nabídkové ceny pouze orientační“. Uchazeč proto měl – pokud zjistil, že ve výkazu výměr chybí specifikace některých prací a dodávek, případně je nesprávně uvedené množství – uvést zjištěné rozdíly na zvláštních listech, přičemž takto oceněné práce a dodávky měl zahrnout do celkové nabídkové ceny. Podle § 2h odst. 3 zákona se zadávací dokumentace pro veřejné stavební zakázky stanoví v rozsahu projektové dokumentace nutné ke stavebnímu řízení, rozšířené o výkaz výměr, soupis prací a dodávek s podrobným popisem požadovaných standardů, které jednoznačně vymezují použité položky. Zadávací dokumentace, vč. výkazu výměr, musí být tedy zadavatelem zpracována jednoznačně a úplně a nelze akceptovat, aby její jednotlivé části byly pouze „orientační“, neboť by tak jednotlivé nabídky nebyly objektivně srovnatelné. V šetřeném případě orgán dohledu zjistil, že žádná z podaných nabídek neobsahuje „zvláštní listy s uvedením zjištěných rozdílů“. Orgán dohledu tedy vyvozuje, že tím, že žádný z uchazečů rozdílů nezjistil, byl výkaz výměr zpracován dostatečně přesně a úplně, a proto uvedenou skutečnost neposoudil jako důvod pro zrušení zadání veřejné zakázky.

Orgán dohledu neakceptoval výhrady uchazeče IMOS, že návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele podala neoprávněná osoba. Součástí nabídky uchazeče ŽS Brno je plná moc ze dne 10.5.2004, podle které uchazeč zmocňuje Ing. Miroslava Dobrovolného, ředitele závodu MOSAN ŽS Brno k zastupování uchazeče, vč. podepisování, ve věci nabídky a ostatních úkonů souvisejících se zakázkou „II/360 obchvat obce Oslavičky, okres Třebíč“.

Pokud tedy návrh uchazeče ŽS Brno (podle smlouvy o sdružení vedoucího účastníka sdružení zplnomocněného zastupovat ostatní účastníky sdružení), podepsal Ing. Miroslav Dobrovolný, bylo tak učiněno v souladu se způsobem zastupování uchazeče stanoveným na základě uvedené plné moci.

Orgán dohledu posoudil postup zadavatele při přezkoumání oprávněnosti námitek podaných uchazečem ŽS Brno, přičemž z procedurálního hlediska v postupu zadavatele neshledal porušení zákona. Uchazeč, pokud s rozhodnutím zadavatele o námitkách nesouhlasí, může ve stanovené lhůtě podat u orgánu dohledu návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele. V šetřeném případě tak uchazeč ŽS Brno učinil a orgán dohledu postup zadavatele přezkoumal s tím, že podle § 57 odst. 5 zákona je oprávněn přezkoumat napadené rozhodnutí v celém rozsahu a není přitom vázán návrhem uchazeče. Orgán dohledu proto nemá důvod zvláště „rušit rozhodnutí zadavatele, kterým zamítl námitky uchazeče proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a zadavateli uložil řádně rozhodnout o podané námitce“ (k tomu viz dále). V souvislosti s výhradou uchazeče IMOS, že z návrhu není zřejmé proti kterému úkonu zadavatele směřuje orgán dohledu uvádí, že uchazeč v návrhu namítá, že zadavatel při hodnocení nabídek postupoval netransparentně v rozporu s ust. § 38 odst. 1 až 3 zákona, přičemž uchazeč rovněž zpochybňuje posouzení úplnosti nabídek konkrétních uchazečů. Rovněž ze skutečnosti, že návrh navazuje na zamítnuté námitky uchazeče podané proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky nepochybně vyplývá, že návrh byl podán proti uvedenému rozhodnutí zadavatele.

Cílem zákona je zajištění nejvyšší možné průhlednosti procesu zadávání veřejné zakázky a fair prostředí při vynakládání prostředků zadavatele. V šetřeném případě postup zadavatele v souladu se zákonem nebyl, neboť hodnocení nabídek nebylo provedeno podle zákona. Z uvedeného důvodu po uvážení všech okolností souvisejících se zadáváním veřejné zakázky orgán dohledu zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a zadavateli ve smyslu § 59 písm. a) zákona současně nařídil provedení nového výběru. Orgán dohledu tak fakticky vyhověl návrhu uchazeče ŽS Brno, třebaže z důvodů uvedených v předchozím odstavci výslovně nezrušil rozhodnutí zadavatele o námitkách, neboť zrušením rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky se stávají bezpředmětnými další úkony, které zadavatel v souvislosti s výběrem nejvhodnější nabídky učinil, tedy i rozhodnutí o námitkách podaných proti výběru nejvhodnější nabídky.

Orgán dohledu v souvislosti s novým výběrem nejvhodnější nabídky zadavatele upozorňuje na ust. § 31 odst. 2 zákona, podle kterého u veřejných zakázek zadávaných zadavateli uvedenými v § 2 písm. b) bodu 1 zákona, u kterých výše budoucího peněžitého závazku bez DPH přesáhne 200 mil. Kč, ustavuje komisi pro posouzení a hodnocení nabídek věcně příslušný ministr nebo předseda jiného správního úřadu nebo osoba, která je statutárním orgánem nebo má postavení statutárního orgánu zadavatele. Jejím členem musí být zástupce Ministerstva financí a zástupci dalších nejméně dvou odborně příslušných ministerstev. V šetřeném případě bylo podáno sedm nabídek, přičemž pouze nabídková cena uchazeče IMOS byla pod limitem peněžitého závazku stanoveného v cit. ust. zákona. Pokud by zadavatel vybral jako nejvhodnější nabídku s cenou uvedený limit překračující, bylo by nedodržení ust. § 31 odst. 2 zákona v souvislosti se složením komise orgánem dohledu nepochybně posouzeno jako porušení zákona s důsledkem nařízení nápravy v souladu s cit. ustanovením zákona.

Pro úplnost orgán dohledu poznamenává, že podle § 109 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 437/2004 Sb., se zadávání veřejných zakázek, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů. Obdobně se postupuje i v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu nebo v řízení o uložení sankce, které na zadávání veřejných zakázek podle věty první navazují.

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

Rozhodnutí nabylo právní moci 25. 11. 2004.

Obdrží:

ŽS Brno, a. s., Burešova 938/17, 660 02 Brno, zast. Ing. Michalem Šteflem

Kraj Vysočina, Žižkova 57, 587 33 Jihlava, zast. Františkem Dohnalem

IMOS Brno a. s., Olomoucká 174, 627 00 Brno, zast. Ing. Jiřím Rulíškem

Stavby silnic a železnic, a. s., Národní třída 10, 113 19 Praha 1, zast. Ing. Bořivojem Kačenou

Na vědomí:

Silnice Hradec Králové a. s., Husova 1697, 530 02 Pardubice, zast. JUDr. Blankou Kalcsovou

Skanska DS a. s., F. Nováka 3/5267, 796 40 Prostějov, zast. Ing. Josefem Hájkem

Stavby mostů a silnic Hodonín a. s., Velkomoravská 3869/97, 695 01 Hodonín, zast. Ing. Jiřím Rulíškem

Takto obecně formulovanou žádost nelze považovat z hlediska transparentnosti zadávacího procesu za dostatečné zdůvodnění pro označení nabídkové ceny jako mimořádně nízké, neboť z žádosti zadavatele není patrné, které konkrétní části cenové nabídky uchazečů jsou „nepřiměřeně“ nízké. Zadavatel uchazečům nesdělil a ani neupřesnil, ve kterých konkrétních položkách či částech navrženého rozpočtu je jimi předložená nabídková cena nízká, resp. na které konkrétní skutečnosti by se měli uchazeči ve svém zdůvodnění zaměřit. Zejména pokud podle podmínek soutěže (bod 6. b) měla být nabídková cena doložena podrobným položkovým rozpočtem. Zadavatel proto jednal v rozporu s ust. § 36 zákona, když svou žádost o zdůvodnění nabídkové ceny dostatečně nespecifikoval tak, aby uchazeči ve zdůvodnění mohli poskytnout co nejúplnější informace, na jejichž základě by bylo objektivně možno posoudit, zda příčiny mimořádně nízké nabídkové ceny lze či nelze považovat za objektivně prokázané a jeho rozhodnutí, resp. úkony provedené při posuzování nabídkových cen uchazečů nejsou transparentní a přezkoumatelné.

V šetřeném případě zadavatel v souvislosti s posouzením reálnosti nabídkové ceny uchazeče IMOS postupoval následovně:

- Zadavatel si na nabídkovou cenu uchazeče IMOS nechal zpracovat odborné posudky (v posudku společnosti Chládek a Tintěra s. r. o. ze dne 23.5.2004 zpracovatel v závěru uvádí, že „nabídkové ceny uchazeče se u srovnávaných objektů SO 101 a SO 202 jeví jako podhodnocené a neskýtají záruku úspěšného průběhu realizace“), aniž by však uchazeče ke zdůvodnění nabídkové ceny vyzval.
- Komise provedla posouzení a hodnocení nabídek (viz zpráva ze dne 17.5.2004), při kterém nabídka uchazeče IMOS jako neúplnou nehodnotila. Zadavatel závěry komise neakceptoval a uchazeče IMOS dopisem ze dne 23.6.2004 vyzval ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, v žádosti zadavatel pouze nekonkrétně uvedl, že se „nabídková cena výrazným způsobem odlišuje od ostatních nabídkových cen a splňuje znaky mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 36 zákona“.
- Uchazeč IMOS dopisem ze dne 2.7.2004 zadavateli zaslal svoje zdůvodnění nabídkové ceny, doložené posudkem společnosti RTS, a. s., ze dne 31.5.2004. Z dokumentace však vyplývá, že uvedený posudek měl zadavatel k dispozici již dne 3.6.2004, kdy uchazeče IMOS zadavateli uvedený posudek zaslal.
- Komise na opakovaném jednání dne 21.7.2004 od zadavatele převzala zdůvodnění nabídkové ceny uchazeče IMOS, přičemž pět ze sedmi přítomných členů neposoudilo důvody uvedené uchazečem IMOS v souvislosti se zdůvodněním jeho nabídkové ceny za objektivně prokázané.
- Zadavatel následně ve zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky ze dne 3.8.2004 uvedl, že „vzhledem k obsahu zdůvodnění podloženém posudkem nabídnuté ceny renomovanou firmou zabývající se informačními technologiemi, jejíž sborníky cen stavebních prací se staly jedním z obecně uznávaných standardů v oblasti stavebnictví považuje důvody nabídkové ceny uchazeče IMOS za objektivně prokázané“.

S odkazem na výše uvedené je postup zadavatele ve vztahu k nabídkové ceně uchazeče IMOS nelogický a podle názoru orgánu dohledu oprávněně vyvolává pochybnosti o transparentnosti úkonů zadavatele. Při provedení nového výběru proto zadavatel musí postupovat tak, jak orgán dohledu uvedl výše v předchozím odstavci odůvodnění.

