

Č.j. VZ/S135/05-154/3674/05-Gar

V Brně dne 22. srpna 2005

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 4.8.2005 z vlastního podnětu podle § 96 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona 253/05 Sb., ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele – město Varnsdorf, nám. E. Beneše 470, 407 47 Varnsdorf, zast. Ing. Josefem Poláčkem, starostou – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce sportovního areálu Kotlina Varnsdorf“ zadávané v užším řízení podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb. a zákona č. 124/2005 Sb., jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 1.4.2005 pod ev. č. 50006834, **rozhodl takto:**

Zadavatel – město Varnsdorf – nesplnil povinnost stanovenou:

I.

ustanovením § 40 odst. 1 posl. cit. zákona tím, že v oznámení užšího řízení nestanovil kritéria pro výběr zájemců při omezení jejich počtu,

II.

ustanovením § 40 odst. 2 cit. zákona tím, že v písemném oznámení o omezení počtu zájemců neuvedl důvod jejich odmítnutí.

Jako opatření k nápravě z důvodu neplnění povinnosti uvedené pod bodem II. výroku tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 101 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., zadavateli městu Varnsdorf ukládá zaslat zájemcům, kterým byla odmítnuta účast v užším řízení na veřejnou zakázku „Rekonstrukce sportovního areálu Kotlina Varnsdorf“, písemné oznámení s uvedením důvodu odmítnutí jejich účasti.

Odůvodnění

Zadavatel – město Varnsdorf, nám. E. Beneše 470, 407 47 Varnsdorf, zast. Ing. Josefem Poláčkem, starostou, uveřejnil podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb. a zákona č. 124/2005 Sb. (dále jen „zákon“), na centrální adrese dne 1.4.2005 pod ev. č. 50006834, oznámení užšího řízení podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona za účelem zadání veřejné zakázky „Rekonstrukce sportovního areálu Kotlina Varnsdorf“.

V oznámení užšího řízení zadavatel omezil počet zájemců pro účast v užším řízení na minimální počet 5 a maximální počet 5 zájemců. Ve lhůtě pro doručení žádostí, včetně požadovaných dokladů k prokázání kvalifikace zájemců o účast v užším řízení, bylo zadavateli doručeno 12 žádostí. Zadavatel vyhodnotil kvalifikaci zájemců podle § 39 odst. 1 zákona a žádného ze zájemců neodmítl pro nesplnění kvalifikace podle § 39 odst. 2 zákona.

Zadavatel zaslal výzvu k podání nabídek pěti zájemcům dopisem ze dne 16.5.2005 a účast ostatních sedmi zájemců dopisem z téhož dne odmítnul „z důvodu omezeného počtu uchazečů“.

Proti rozhodnutí zadavatele o odmítnutí účasti zájemce TENNIS Zlín, a. s., Šternberská 300, 763 02 Zlín Louky, za niž jedná Ing. Jiří Viktorín, předseda představenstva (dále jen „navrhovatel“), které bylo navrhovatelí oznámeno dne 17.5.2005, podal navrhovatel dopisem ze dne 19.5.2005 námitky, které zadavatel obdržel dne 23.5.2005. Zadavatel po přezkoumání jejich oprávněnosti námitkám nevyhověl a uvedenou skutečnost sdělil navrhovatelí dopisem ze dne 30.5.2005, který navrhovatel obdržel dne 1.6.2005.

Rozhodnutím ze dne 24.6.2005 zadavatel přidělil veřejnou zakázku společnosti S a M silnice a mosty Varnsdorf a. s., Studánka č.p. 283, 407 52 Varnsdorf, za niž jedná Ing. Josef Horáček, předseda představenstva (dále jen „S a M silnice a mosty Varnsdorf“).

Dne 9.6.2005 orgán dohledu obdržel návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky. Orgán dohledu z důvodu zpětvzetí návrhu správní řízení rozhodnutím ze dne 21.7.2005 č.j. VZ/S106/05-154/3236/05-Gar zastavil.

Po prostudování předložené dokumentace orgán dohledu získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, zejména v souvislosti s absencí kritérií pro výběr zájemců při omezení jejich počtu pro účast v užším řízení, a proto zahájil správní řízení z vlastního podnětu.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu jeho účastníkům dopisem č. j. VZ/S135/05-154/3449/05-Gar ze dne 3.8.2005, ve kterém rovněž účastníky řízení seznámil s výsledky šetření a poskytl jim lhůtu, v níž se mohli ke zjištěným skutečnostem vyjádřit, popřípadě navrhnout doplnění šetření. Dnem 4.8.2005, kdy bylo doručeno oznámení o zahájení správního řízení uchazeči S a M silnice a mosty Varnsdorf bylo podle § 96 odst. 2 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu.

Dne 3.8.2005 zaslal orgán dohledu všem účastníkům řízení taktéž rozhodnutí č. j. VZ/S135/05-154/3450/05-Gar z téhož dne, ve kterém zadavateli podle § 100 odst. 1 písm. a) zákona uložil zákaz uzavřít smlouvu v užším zadávacím řízení – „Rekonstrukce sportovního

areálu Kotlina Varnsdorf“ – a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele ve výše uvedené veřejné zakázce.

K oznámení o zahájení správního řízení zadavatel v dopise ze dne 5.8.2005 uvedl, že s vítězem výběrového řízení na předmětnou veřejnou zakázku nebyla uzavřena smlouva o dílo.

Dopisem č.j. VZ/S135/05-154/3711/05-Gar ze dne 17.8.2005 orgán dohledu vyzval zadavatele, aby sdělil, jakým způsobem proběhl výběr uchazečů do užšího řízení, a aby doplnil případnou dokumentaci dokládající tento postup.

Zadavatel zaslal dne 17.8.2005 prostřednictvím faxu orgánu dohledu své vyjádření (písemně doplněno dne 19.8.2005) ve kterém uvedl, že „komise vyhodnotila všechna zveřejněná kritéria ve vztahu k dané zakázce a konstatovala, že o pořadí zájemců rozhodlo kritérium prokazování způsobilosti dle §33 odst. 1 zákona č. 40/2204 Sb., protože ostatní vyhlášená kritéria byla u všech zájemců hodnocena shodně“ a předložil zápis o posouzení jednotlivých žádostí o účast v užším řízení.

Účastníky správního řízení podle § 99 zákona jsou:

- zadavatel,
- společnost S a M silnice a mosty Varnsdorf a. s., Studánka č.p. 283, 407 52 Varnsdorf, za niž jedná Ing. Josef Horáček, předseda představenstva, které byla veřejná zakázka přidělena.

Orgán dohledu přezkoumal na základě § 96 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání veřejné zakázky, stanoviska předloženého zadavatelem a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce sportovního areálu Kotlina Varnsdorf“ nesplnil povinnosti stanovené zákonem v souvislosti s omezením počtu zájemců. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

Podle ustanovení § 40 odst. 1 zákona, omezí-li zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, provede výběr ze zájemců, kteří splnili kvalifikaci, podle kritérií stanovených v oznámení zadávacího řízení. Zadavatel je tedy povinen v oznámení užšího řízení stanovit, podle jakých kritérií bude proveden výběr ze zájemců, kteří splnili kvalifikaci.

Podle ustanovení § 40 odst. 2 zákona zájemcům, jejichž účast v užším řízení byla odmítnuta z důvodu omezení jejich počtu, zadavatel tuto skutečnost bezodkladně písemně oznámí s uvedením důvodu.

V bodě 5.5. oznámení užšího řízení zadavatel omezil počet zájemců na minimální počet 5 a maximální počet také 5, avšak nestanovil, jakým způsobem, resp. podle jakých kritérií, bude proveden výběr zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídky. Odmítnutým zájemcům zadavatel písemně oznámil v dopisu ze dne 16.5.2005 jako důvod jejich odmítnutí pouze „omezení počtu“.

V bodě 9.2. oznámení zadávacího řízení zadavatel uvedl, že požaduje prokázání finanční a ekonomické způsobilosti podle § 32 odst. 4 zákona, v bodě 9.3. uvedl, že požaduje prokázání technické způsobilosti podle § 33 odst. 1 zákona, v bodě 9.4. uvedl, že požaduje prokázání jakosti a požadavků řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí podle § 37 a v bodě 9.5. uvedl, že požaduje prokázání odborné způsobilosti nebo členství v profesní organizaci podle § 30 zákona. Současně zadavatel požadoval v souladu s ustanovením § 30 odst. 2 písm. c) zákona a § 31 zákona v bodě 9.1. oznámení zadávacího řízení splnění základních kvalifikačních předpokladů.

K charakteru kritérií pro omezení počtu zájemců v užším řízení orgán dohledu pro úplnost uvádí, že kritéria musí být stanovena a hodnocena s ohledem na základní principy zadávání veřejných zakázek tak, aby byl zachován rovný přístup ke všem zájemcům, princip nediskriminace a transparentnosti zadávacího řízení (§ 25 odst. 1 zákona). Pro uvedený výklad svědčí rovněž rozhodovací praxe Evropského soudního dvora (dále též „ESD“), viz rozsudek č. C – 360/89 Evropská komise versus Italská republika, podle něhož byli zájemci vybíráni na základě regionu, ve kterém provozovali svou hlavní činnost, což ESD označil za diskriminační.

Právní úprava EU v souvislosti s výběrem zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídky, resp. k jednání v „omezených“ (dle našeho zákona „užších“) a negociačních řízeních (dle našeho zákona „jednacích“ řízeních), uvádí (viz např. čl. 22 směrnice č. 93/37, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce), že zadavatelé tyto zájemce vybírají mezi těmi kandidáty, kteří mají požadovanou kvalifikaci, a to na základě poskytnutých informací týkajících se osobního postavení dodavatele, jakož i informací a formalit nutných pro hodnocení minimálních podmínek ekonomické a technické povahy požadovaných v oznámení.

Jak vyplývá z dokladu předloženého zadavatelem v příloze vyjádření ze dne 17.8.2005, zadavatel provedl výběr zájemců do užšího řízení podle kritérií odpovídajících kvalifikačním kritériím uveřejněným v bodech č. 9.1. až 9.5. oznámení zadávacího řízení, přičemž bylo shledáno, že všech 12 zájemců splňuje kritéria kvalifikace. O omezení počtu zájemců rozhodlo při shodném hodnocení v ostatních kritériích kritérium prokazování technické způsobilosti, kde byly nejlépe hodnoceny nabídky zájemců, kteří byli vyzváni k podání nabídky.

Zadavatel v daném případě tím, že v oznámení užšího řízení neuvedl, podle jakých kritérií bude proveden výběr zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídky, nesplnil povinnost stanovenou ustanovením § 40 odst. 1 zákona.

Pro posuzování souladu postupu zadavatele při výběru uchazečů do užšího řízení je v šetřeném případě rozhodné, zda kritéria pro omezení počtu zájemců narušují zásadu stejného zacházení se všemi zájemci v případě potencionálních zahraničních zájemců o účast. S ohledem na výše uvedené je nutné posoudit, zda zájemci o veřejnou zakázku byli s kritérii pro omezení jejich počtu předem seznámeni a mohli své žádosti o účast dostatečně přizpůsobit požadavkům zadavatele.

Zadavatel provedl výběr uchazečů do užšího řízení na základě skutečností, které zájemci dokládali ke splnění kvalifikačních kritérií zveřejněných v oznámení zadávacího řízení pod bodem 9., což doložil pracovní tabulkou „Výsledek posouzení jednotlivých žádostí o účast“ ze dne 13. 5. 2005 podepsanou členy hodnotící komise. Z výše uvedeného vyplývá,

že zadavatel provedl výběr podle skutečností, které byly zájemcům o účast předem známé a doklady o jejich splnění byly zájemci do žádostí o účast zařazeny na základě požadavků zadavatele na prokázání kvalifikace. Ačkoliv tedy zadavatel neuvedl jakým způsobem, resp. podle jakých kritérií, bude proveden výběr zájemců, kteří budou vyzváni k podání, nemělo nesplnění této povinnosti vliv na stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť zájemci své žádosti o účast v užším řízení vypracovali na základě požadavků na splnění kvalifikace, které byly všem zájemcům známé, a tudíž nedošlo k porušení zásady stejného zacházení. Orgán dohledu tedy na základě nesplnění této povinnosti nenařídil opatření k nápravě.

Tím, že v písemném oznámení o omezení počtu zájemců neuvedl důvod jejich odmítnutí, zadavatel také nesplnil povinnost stanovenou ustanovením § 40 odst. 2 zákona. V oznámení nestačí jako důvod uvést pouze „omezení počtu zájemců“, neboť zájemci musí být seznámeni s konkrétními důvody svého odmítnutí, aby případně mohli vznést proti úkonu zadavatele námitky. Aby nedošlo k případnému zkrácení práv zájemců na přezkum rozhodnutí zadavatele, které by mohlo ovlivnit pořadí úspěšnostinabídek, uložil orgán dohledu zadavateli, aby odmítnuté zájemce seznámil s důvody jejich odmítnutí.

Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl orgán dohledu tak, jak je uvedeno ve 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 – odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Miroslav Šumbera
vrchní ředitel

Obdrží:

Město Varnsdorf, nám. E. Beneše 470, 407 47 Varnsdorf, zast. Ing. Josefem Poláčkem

S a M silnice a mosty Varnsdorf a. s., Studánka č.p. 283, 407 52 Varnsdorf, zast. Ing. Josefem Horáčkem