

Č. j.: VZ/S 169/05-151/4770/05-jl

V Brně dne 17. října 2005

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 19.9.2005 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 č. 253/2005 Sb., ve věci přezkoumání úkonů zadavatele města Stříbra, Masarykovo nám. 1, 349 01 Stříbro, zastoupeného Ing. Rudolfem Svobodou, starostou, při zadávání veřejné zakázky „Bytový dům ve Stříbře, v lokalitě stará kasárna – 34 bytových jednotek“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 31.3.2005 pod ev. č. 50006680, rozhodl 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., zákona č. 253/2005 Sb. a zákona č. 377/2005 Sb., **takto:**

Zadavatel – město Stříbro – porušil zákaz stanovený v § 48 odst. 6 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., tím, že aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, odkazoval v zadávací dokumentaci na specifická označení výrobků, které platí pro určitého podnikatele za příznačné a neumožnil použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, avšak tento úkon zadavatele neovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

Zadavatel – město Stříbro – nesplnil povinnost stanovenou § 30 odst. 2 písm. b) posledně citovaného zákona v návaznosti na § 32 odst. 2 a § 33 odst. 2 téhož zákona tím, že v oznámení užšího řízení stanovil další kvalifikační kritéria, aniž by vymezil odpovídající úroveň prokazování finanční, ekonomické a technické způsobilosti dodavatele, avšak tento úkon zadavatele neovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

Zadavatel veřejné zakázky – město Stříbro – nesplnil povinnost stanovenou § 59 odst. 5 posledně citovaného zákona tím, že neoprávněně vyloučil z důvodu nesplnění kvalifikace uchazeče BKV Stavební společnost s. r. o., Bor u Tachova, z další účasti v otevřeném řízení, přestože jmenovaný uchazeč splnění kvalifikace ve své nabídce prokázal, avšak tento úkon zadavatele neovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

Odůvodnění

Město Stříbro, Masarykovo nám. 1, 349 01 Stříbro, zastoupené Ing. Rudolfem Svobodou, starostou (dále jen „zadavatel“), uveřejnilo podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), na centrální adrese

dne 31.3.2005 pod ev. č. 50006680 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Bytový dům ve Stříbře, v lokalitě stará kasárna – 34 bytových jednotek“.

V oznámení otevřeného řízení zadavatel stanovil tato dílčí kritéria ekonomické výhodnosti nabídky:

nabídková cena díla bez DPH	90 %
záruky za dílo v měsících	5 %
smluvní pokuta z prodlení při předání díla/den	3 %
výše bankovní garance po dobu záruky v Kč	2 %

Z předložené dokumentace vyplývá, že zadavatel obdržel ve stanovené lhůtě devět nabídek, a že jedna z nich (nabídka uchazeče BKV Stavební společnost s. r. o., Bor u Tachova) byla vyřazena z dalšího posuzování a hodnocení z důvodu nesplnění kvalifikace.

Dne 1.6.2005 zadavatel rozhodl o přidělení veřejné zakázky společnosti TAZATA, spol. s r. o., Stříbro.

Proti rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky podal uchazeč MPA stavební spol. s r. o., Stříbro, námitky, kterým zadavatel vyhověl a rozhodl o provedení nového hodnocení.

Na základě provedení nového hodnocení zadavatel vyloučil rozhodnutím ze dne 21.7.2005 z další účasti v otevřeném řízení společnost TAZATA, spol. s r. o., Stříbro, z důvodu nesplnění zadávacích podmínek – neuvedení bankovní garance po dobu záruky.

Dne 25.7.2005 zadavatel rozhodl o přidělení veřejné zakázky uchazeči MPA stavební spol. s r. o., Stříbro,

Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení podala společnost TAZATA, spol. s r. o., Stříbro, námitky dopisem ze dne 3.8.2005, kterým zadavatel nevyhověl. Návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách však jmenovaná společnost nepodala.

Dne 23.8.2005 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) podnět, ve kterém jsou zejména zpochybňovány stanovené podmínky zadávacího řízení (nedostatečné vymezení dalších kvalifikačních kritérií, zadávací dokumentace v rozporu s § 48 zákona obsahovala požadavky na konkrétní výrobky, stanovení vah u jednotlivých dílčích kritérií). Na základě podnětu si orgán dohledu vyžádal u zadavatele dokumentaci o zadání veřejné zakázky. Po přezkoumání předložené dokumentace získal orgán dohledu pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele, které se týkají nedostatečného vymezení dalších kvalifikačních kritérií a skutečnosti, že zadávací dokumentace v rozporu s § 8 zákona obsahovala požadavky na konkrétní výrobky. Zjištěné skutečnosti vedly orgán dohledu k zahájení správního řízení z úřední povinnosti.

Účastníky správního řízení jsou podle § 99 zákona:

Město Stříbro, Masarykovo nám. 1, 349 01 Stříbro, zastoupené Ing. Rudolfem Svobodou, starostou,

MPA stavební spol. s r. o., Na vinici 1333, 349 01 Stříbro, za niž jedná Pavel Půta, jednatel společnosti, které byla veřejná zakázka přidělena.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu jeho účastníkům dopisem č. j. VZ/S 169/05-151/4168/05-11 ze dne 12.9.2005, a poskytl jim lhůtu, v níž se mohli ve

smyslu § 33 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, vyjádřit k podkladu pro rozhodnutí. Účastníci řízení obdrželi oznámení o zahájení správního řízení dne 19.9.2005, a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

Zadavatel se k šetřené věci vyjádřil dopisem ze dne 20.9.2005, ve kterém mj. sdělil (k žádosti orgánu dohledu uvedené v oznámení o zahájení správního řízení), že podmínku stanovenou v § 57 odst. 1 zákona (jedna třetina členů hodnotící komise musí mít odbornou způsobilost podle zvláštních předpisů) hodnotící komise splňovala. V šetřeném případě byla hodnotící komise šestičlenná a dva členové komise podmínku odborné způsobilosti naplňovali, což zadavatel doložil příslušnými doklady.

Orgán dohledu přezkoumal na základě ust. § 96 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání veřejné zakázky a vyjádření účastníka správního řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky „Bytový dům ve Stříbře, v lokalitě stará kasárna – 34 bytových jednotek“ v otevřeném řízení porušil zákon. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

1. Požadavky na splnění kvalifikace

Podle § 30 odst. 2 písm. b) zákona se splněním kvalifikace rozumí splnění dalších kvalifikačních kritérií stanovených zadavatelem, jimiž zadavatel vymezí odpovídající úroveň finanční, ekonomické a technické způsobilosti dodavatele a zabezpečení jakostí podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky. Podle § 32 odst. 2 zákona je zadavatel povinen v oznámení užšího řízení stanovit způsob prokázání finanční a ekonomické způsobilosti. Obdobně je podle § 33 odst. 2 zákona zadavatel v oznámení užšího řízení povinen stanovit způsob prokázání technické způsobilosti.

Výčet dalších kvalifikačních kritérií je v zákoně specifikován v §§ 32, 33 a 37. Zadavatel tak podle předmětu veřejné zakázky volí konkrétní další kvalifikační kritéria, kterými vymezuje odpovídající úroveň způsobilosti zájemce poskytnout, dodat nebo provést předmět veřejné zakázky. Jiná další kvalifikační kritéria, než která jsou uvedena v zákoně, zadavatel použít nesmí. Pokud s ohledem na předmět veřejné zakázky dospěje k závěru, že splnění dalších kvalifikačních kritérií není nutné, nemusí jejich prokazování požadovat vůbec. Vymezení odpovídající úrovně v rámci zvoleného způsobu prokazování způsobilosti zájemců, tj. stanovení určité minimální prahové či limitní úrovně způsobilosti, kterou musí zájemce při podání žádosti o účast doložit, je zadavatel povinen uvést konkrétně a jednoznačně v oznámení zadávacího řízení (např. určitou konkrétní výší dosaženého obratu ve vztahu k předpokládané ceně předmětu veřejné zakázky, dispozicí určitého technického zařízení pro provedení předmětu veřejné zakázky, apod.). Pokud by zadavatel hranici způsobilosti konkrétně nestanovil, nemůže logicky způsobilost zájemce objektivně a transparentně posoudit – případně odůvodněně uchazeče vyloučit, resp. zájemce odmítnout, z důvodu nesplnění kvalifikace (§ 39 odst. 2 zákona).

V šetřeném případě zadavatel v oznámení otevřeného řízení stanovil způsob prokazování způsobilosti uchazečů zájemců takto:

„9.2 Kritéria a doklady pro prokazování finanční a ekonomické způsobilosti: dle §32, odst.1, písm. a), b), c), d) - v souladu se zákonem - bude pevně spojeno s nabídkou

9.3 Kritéria a doklady pro prokazování technické způsobilosti: dle §33, odst.1, písm.a, část 1), 2), 3), 4) - v souladu se zákonem - bude pevně spojeno s nabídkou.“

Zadavatel tak v oznámení zadávacího řízení sice uvedl jaké doklady pro prokázání způsobilosti uchazečů zvolil, ale současně konkrétně nevymezil odpovídající úroveň („prahovou hodnotu“) způsobilosti uchazečů pro provedení veřejné zakázky (např. požadovanou výši obrátu, dispozici konkrétního technického zařízení,... viz výše). Tím, že v oznámení zadávacího řízení stanovil další kvalifikační kritéria, aniž by současně vymezil odpovídající úroveň způsobilosti uchazečů podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky, zadavatel nesplnil povinnost stanovenou v § 30 odst. 2 písm. b) v návaznosti na § 32 odst. 2 a § 33 odst. 2 zákona.

K výše uvedenému orgán dohledu dále uvádí, že předložit účetní uzávěrku, výkaz celkového obrátu, seznam nejvýznamnějších zakázek apod. a tím naplnit požadavek zadavatele bez ohledu na obsah uvedených dokumentů může jak uchazeč, který je způsobilý předmět veřejné zakázky za podmínek stanovených zadavatelem provést tak i uchazeč, který způsobilý není. Pokud zadavatel konkrétní úroveň způsobilosti za použití nástrojů, které mu dává zákon, nestanoví, nemůže způsobilost uchazeče transparentně a objektivně posoudit.

Orgán dohledu konstatuje, že úkon zadavatele, kdy v oznámení zadávacího řízení sice uvedl jaké doklady pro prokázání způsobilosti uchazečů zvolil, ale současně konkrétně nevymezil odpovídající úroveň způsobilosti, orgán dohledu neposoudil jako pochybení, kterým by mohlo být ovlivněno hodnocení nabídek. Požadované doklady v rámci dalších kvalifikačních kritérií předložili všichni uchazeči. Zadavatel sice z důvodu nesplnění kvalifikace vyloučil uchazeče BKV Stavební společnost s. r. o., Bor u Tachova, který však podle zjištění orgánu dohledu kvalifikaci splnil prohlášením ve smyslu § 30 odst. 4 zákona (jednalo se o podlimitní veřejnou zakázku). Přestože orgánu dohledu nepřísluší provádět hodnocení nabídek, mohl orgán dohledu v šetřeném případě provést výpočet počtu bodů, které náležely uchazeči BKV Stavební společnost s. r. o., Bor u Tachova, neboť všechna dílčí kritéria hodnocení byla numericky vyjádřitelná. Kontrolním výpočtem bylo zjištěno, že výše jmenovaný uchazeč by se získaným počtem bodů umístil jako sedmý v pořadí, a tudíž jeho vyloučení podstatně neovlivnilo stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. V důsledku porušení zákona zadavatelem by se nezměnilo pořadí ani na těch místech, která by přicházela v úvahu jako místa alternativní pro uzavření smlouvy dle ustanovení § 66 odst. 5 zákona a je nereálné, že by potencionálně mohla být uzavřena smlouva s navrhovatelem. Zjištěné pochybení tedy v tomto případě nemohlo být důvodem pro uložení opatření k nápravě.

2. Zadávací dokumentace – odkazy na konkrétní výrobky

Podle § 48 odst. 1 zákona zadávací dokumentace vymezuje předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, včetně požadovaného množství. Zadávací dokumentace obsahuje technické specifikace předmětu veřejné zakázky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.

V ustanovení § 48 odst. 6 zákon stanoví, že jestliže to není odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení výrobků a služeb, které platí pro určitého podnikatele nebo jeho organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu. Není-li zadavatel schopen popsat předmět veřejné zakázky s použitím specifikací, které jsou dostatečně přesné a srozumitelné všem dodavatelům, musí zadavatel v zadávací dokumentaci umožnit použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

Zadávací dokumentace (výkaz výměr) k předmětné veřejné zakázce obsahovala řadu odkazů na konkrétní výrobky (např. zdivo Porotherm, izolace Thermaflex, komín Schiedel, ventil Giacomini).

V části zadávací dokumentace nazvané „Prováděcí pokyny pro zpracování nabídky“ bylo mj. uvedeno následující:

„1. Způsob zpracování nabídkové ceny...Nabídková cena musí být zpracována po položkách dle výkazu výměr, výpisu materiálů obsažených v zadávací dokumentaci...“

Vzor návrhu smlouvy obsahoval v části II. předmět díla v bodě II.2 následující text:

„Použité materiály jsou stanoveny v projektu stavby. Pokud by se ukázala potřeba užít materiálů jiných, budou podmínky jejich uplatnění projednány samostatně v rámci písemných dodatků zpracovaných k SOD. Bez písemného souhlasu objednatele nesmí být použity jiné materiály, technologie či změny proti schválenému projektu stavby...“

Dokumentace předložená orgánu dohledu zadavatelem obsahovala nedatovaný, nepodepsaný, volně vložený dokument „Příloha k výkazu výměr“ s následujícím textem: „Materiály jmenovitě uvedené v projektu a ve výkazu výměr nejsou podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách závazné, ale jsou reprezentanty určeného kvalitativního standardu. Pokud zadávací dokumentace, resp. projektová dokumentace a výkazy výměr obsahují požadavky na určité obchodní názvy nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení nebo jsou pro jeho organizační složku příznačné, např. patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, uchazeč to při zpracování nabídky bude chápat jako vymezení kvalitativního standardu. Zadavatel umožňuje použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, pokud bude vymezený kvalitativní standard dodržen nebo bude mít lepší parametry.“

Vzhledem k tomu, že orgán dohledu získal pochybnosti o tom, zda dokument „Příloha k výkazu výměr“ byl součástí zadávací dokumentace poskytnuté dodavatelům, vyžádal si dopisem ze dne 9.9.2005 od všech uchazečů stanovisko, zda předmětný dokument obdrželi spolu se zadávací dokumentací. Podle sdělení sedmi uchazečů o veřejnou zakázku však výše uvedený dokument však nebyl součástí dokumentace o zadání veřejné zakázky (dva uchazeči již zadávací dokumentaci skartovali). Příslušná vyjádření uchazečů jsou součástí správního spisu.

Po posouzení zjištěných skutečností dospěl orgán dohledu k závěru, že zadavatel použití jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, v zadávací dokumentaci nepřipustil.

Orgán dohledu uvádí, že zadavatel je povinen stanovit předmět plnění veřejné zakázky pomocí obecných specifikací (např. technické specifikace jako výkon a jeho parametry, charakter výrobku, funkce atd.), které jsou dostatečně přesné a srozumitelné všem dodavatelům. Jedině v tom případě, že nelze tímto obecným způsobem předmět plnění dostatečně specifikovat, může v zadávací dokumentaci zadavatel např. odkázat na určitý konkrétní typ výrobku nebo značky pro bližší určení standardu jakosti a dalších vlastností výrobků, ale zároveň nesmí být omezena práva těch uchazečů, kteří ve svých nabídkách nabídnou obdobná technická řešení se srovnatelnými parametry. Zadavatel např. nesmí v podmínkách zadání stanovit, že požaduje dodání pouze určité konkrétní značky výrobku, aniž by současně umožnil použití obdobného řešení. Takový postup by byl totiž porušením principu nediskriminace dodavatelů, který je jednou ze stěžejních zásad zadávání veřejných zakázek.

V šetřeném případě zadavatel vymezil některé části předmětné veřejné zakázky odkazem na konkrétní výrobky určité značky, aniž výslovně umožnil použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, jak stanoví § 48 odst. 6 zákona. Použití odkazů na konkrétní výrobek určité značky tedy v případě předmětné veřejné zakázky není v souladu se zákonem a orgán dohledu konstatuje, že zadavatel porušil zákaz stanovený v ust. § 48 odst. 6 zákona.

V souvislosti se zjištěným porušením zákona orgán dohledu rovněž zkoumal, zda došlo nebo mohlo dojít k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Za tím účelem požádal orgán dohledu dopisem ze dne 3.10.2005 dodavatele, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, avšak nepodali nabídku, o sdělení, z jakého důvodu nepodali nabídku v předmětném zadávacím řízení, přestože si vyzvedli zadávací dokumentaci. Oba dodavatelé sdělili, že nabídku nepředložili z důvodu plné výrobní kapacity. Důvodem pro nepodání nabídek tedy nebyla skutečnost, že zadavatel neumožnil použití obdobných řešení. Dále lze konstatovat, že žádný z uchazečů o veřejnou zakázku, kteří podali nabídky, nebyl ze zadávacího řízení vyloučen z důvodu předložení „obdobných řešení“ ve své nabídce. Jeden z uchazečů byl vyloučen neoprávněně z důvodu nesplnění kvalifikace, což však podstatně neovlivnilo stanovení pořadí nabídek (viz výše), a další (uchazeč TAZATA, spol. s r. o., Stříbro) oprávněně z důvodu nesplnění zadávacích podmínek – nedoložení bankovní garance.

Z výše uvedeného vyplývá, že porušením zákazu stanoveného v § 48 odst. 6 zákona zadavatelem nedošlo k ovlivnění pořadí nabídek.

V rámci šetření případu orgán dohledu rovněž ověřil, že stanovený počet členů hodnotící komise měl příslušnou odbornou způsobilost, kterou se ve smyslu § 57 odst. 1 cit. zákona rozumí odborná způsobilost podle zvláštních právních předpisů. Doklady prokazující odbornou způsobilost stanoveného počtu členů komise jsou součástí správního spisu.

S ohledem na výše uvedené skutečnosti orgán dohledu konstatuje, že přes zjištění porušení zákona neuložil zadavateli opatření k nápravě, neboť podle § 101 odst. 1 zákona může uložit opatření k nápravě pouze tehdy, jestliže nezákonný úkon zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. O podstatné ovlivnění pořadí úspěšnosti nabídek se jedná tehdy, jestliže je reálná možnost, že v důsledku porušení zákona zadavatelem by se mohl vítězem v zadávacím řízení stát jiný subjekt umístěný v dalším pořadí.

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.

Mgr. Jindřiška Koblihová
vrchní ředitelka úseku dohledu
nad zadáváním veřejných zakázek

Obdrží:

Město Stříbro, Masarykovo nám. 1, 349 01 Stříbro

MPA stavební spol. s r. o., Na vinici 1333, 349 01 Stříbro

