

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

- ve správním řízení č. j. S 222/2000-153 zahájeném podle § 57 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. a zákona č. 256/2000 Sb., dne 27. 12. 2000 na návrh uchazeče FORTEX – AGS, a. s., Jílová 1, 787 92 Šumperk, za niž jedná Ing. Vladimír Potěšil, předseda představenstva, ze dne 27. 12. 2000, na přezkoumání rozhodnutí zadavatele – města Mohelnice, U brány č.p. 2, 789 85 Mohelnice, zastoupené Ing. Ladislavem Kavříkem, starostou města – ze dne 21. 12. 2000 o námitkách proti jeho rozhodnutí ze dne 7. 12. 2000 o vyloučení uchazeče FORTEX – AGS, a. s., z další účasti v obchodní veřejné soutěži „**novostavba 50 bytových jednotek**“, vyhlášené 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. a zákona č. 256/2000 Sb., dne 1. 11. 2000 v Obchodním věstníku č. 44/00 pod zn. 109118-44/00,
- a ve správním řízení č. j. S 12/2001-153 zahájeném podle § 57 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. a zákona č. 256/2000 Sb., dne 4. 1. 2001 na návrh uchazeče Lesostavby Šumperk, a. s., Uničovská 19, 787 01 Šumperk, za niž jedná Ing. Marek Lach, předseda představenstva, ze dne 2. 1. 2001 na přezkoumání rozhodnutí zadavatele – města Mohelnice – ze dne 21. 12. 2000 o námitkách proti jeho rozhodnutí ze dne 7. 12. 2000 o vyloučení uchazeče Lesostavby Šumperk, a. s., z další účasti v obchodní veřejné soutěži „**novostavba 50 bytových jednotek**“, vyhlášené 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. a zákona č. 256/2000 Sb., dne 1. 11. 2000 v Obchodním věstníku č. 44/00 pod zn. 109118-44/00,

**rozhodl** podle § 60 písm. b) 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. a zákona č. 39/2001 Sb., **takto:**

V průběhu obchodní veřejné soutěže „novostavba 50 bytových jednotek“ byl porušen zákon 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. a zákona č. 256/2000 Sb., a proto se

- **ruší** obě rozhodnutí zadavatele – města Mohelnice – ze dne 7. 12. 2000 o vyloučení uchazečů FORTEX – AGS, a. s., a Lesostavby Šumperk, a. s., z další účasti v obchodní veřejné soutěži,
- **ruší** zadání veřejné zakázky „novostavba 50 bytových jednotek“.

#### **O d ů v o d n ě n í**

Zadavatel – město Mohelnice, U brány č.p. 2, 789 85 Mohelnice, zastoupené starostou Ing. Ladislavem Kavříkem (dále jen „zadavatel“) – vyhlásil 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. a zákona č. 256/2000 Sb. (dále jen „zákon“) v Obchodním věstníku č. 44/00 ze dne 1. 11. 2000 pod zn. 109118-44/00 obchodní veřejnou soutěž „novostavba 50 bytových jednotek“ (dále jen „soutěž“).

V zadání soutěže zadavatel stanovil, že nabídky uchazečů budou hodnoceny podle následujících kritérií:

- kvalifikační předpoklady s důrazem na schopnost realizace navržené technologie
- kvalifikační předpoklady s důrazem na referenční zakázky v daném segmentu staveb
- výše nabídkové ceny
- zvláštní podmínky zadavatele.

Otevírání obálek s nabídkami proběhlo dne 7. 12. 2000 (viz protokol o otevírání obálek). Zadavatel obdržel v soutěžní lhůtě pět nabídek. Z protokolu o otevírání obálek dále vyplývá, že nabídky uchazečů Stavební podnik Přerov, s. r. o., se sídlem Žerotínovo nám. č. 22, 751 51 Přerov (dále jen „Stavební podnik Přerov“), Lesostavby Šumperk, a. s., se sídlem Uničovská 19, 787 01 Šumperk (dále jen „Lesostavby Šumperk“), FORTEX – AGS, a. s., se sídlem Jílová 1, 787 92 Šumperk (dále jen „FORTEX – AGS“) a EKOZIS spol. s r. o, se sídlem Na Křtaltě 21, 789 01 Zábřeh (dále jen „EKOZIS“), byly z dalšího posuzování a hodnocení komisí pro otevírání obálek vyřazeny, a to z důvodu chybějícího výpisu z evidence Rejstříku trestů statutárního zástupce. Zadavatel příslušné uchazeče následně vyloučil z další účasti v soutěži a uchazečům oznámil své rozhodnutí dopisy ze dne 7. 12. 2000.

Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z další účasti v soutěži podali tři uchazeči námitky; mezi nimi i uchazeč Lesostavby Šumperk dopisem ze dne 13. 12. 2000 a uchazeč FORTEX – AGS dopisem ze dne 11. 12. 2000. Zadavatel výše zmíněným námitkám nevyhověl, což uchazečům sdělil dopisy ze dne 21. 12. 2000. Rozhodnutí zadavatele o námitkách uchazeči podle doručenek převzali dne 22. 12. 2000 (FORTEX – AGS) a dne 28. 12. 2000 (Lesostavby Šumperk).

Uchazeči Lesostavby Šumperk a FORTEX – AGS využili svého práva a podali u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), který je orgánem dohledu nad dodržováním zákona o zadávání veřejných zakázek, dopisy ze dne 27. 12. 2000 (FORTEX - AGS) a ze dne 2. 1. 2001 (Lesostavby Šumperk) návrhy na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách.

Orgán dohledu obdržel výše uvedený návrh od uchazeč FORTEX – AGS dne 27. 12. 2000 a tímto dnem bylo podle § 57 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení vedené pod č. j. S 222/2000-153. Návrh od uchazeče Lesostavby Šumperk orgán dohledu obdržel dne 2. 1. 2001 a tímto dnem bylo rovněž podle § 57 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení vedené pod č. j. S 12/2001-153.

Uchazeč FORTEX – AGS ve svém návrhu uvádí, že zadavatel porušil § 29 odst. 4 zákona tím, že vyřadil jeho nabídku z důvodu její neúplnosti. Uchazeč se domnívá, že jeho nabídka byla podle § 2c odst. 1 zákona úplná.

Z těchto důvodů se uchazeč v návrhu domáhá, aby orgán dohledu zrušil rozhodnutí zadavatele o vyřazení jeho nabídky z dalšího posuzování a uložil zadavateli zařadit jeho nabídku zpět do soutěže.

Uchazeč Lesostavby Šumperk ve svém návrhu uvádí (zestručněno), že porušení zákona spatřuje v tom, že:

- nebyly naplněny podmínky pro vyloučení uchazeče dle § 2e zák. č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek,

- byl porušen § 5 tohoto zákona, kdy podmínky vyhlášené soutěže neobsahovaly všechny náležitosti, které zákon stanoví (konkrétně zadavatel porušil ust. § 5 odst. 1 písm. l) zákona, když v soutěžních podmínkách neuvedl podmínky, při jejichž splnění je možno překročit výši nabídkové ceny),
- zadavatel porušil § 11 odst. 1 zákona, neboť stanovením neurčitých a účelových hodnotících kritérií (konkrétně se jedná o kritérium „zvláštní podmínky zadavatele“) a bezdůvodným vyloučením uchazeče umožnil zvýhodnění některého z ostatních uchazečů.

V návrhu se uchazeč domáhá, aby bylo zadání veřejné zakázky zrušeno popř. uloženo zadavateli provedení nápravy spočívající v řádném posouzení nabídky uchazeče při hodnocení ostatních nabídek v rámci výběru nejvhodnější nabídky.

Uchazeči FORTEX – AGS bylo dopisem č.j. S 222/2000-153/280/01-GS ze dne 19. 1. 2001 oznámeno zahájení správního řízení. Uchazeči Lesostavby Šumperk bylo zahájení správního řízení oznámeno dopisem č. j. S 12/2001-153/285/01-GS rovněž ze dne 19. 1. 2001.

Orgán dohledu rozhodnutím č. j. S 222/2000-153/282/01-GS ze dne 19. 1. 2001 vyměřil podle § 6 odst. 1 zákona č. 368/1992 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, uchazeči FORTEX – AGS správní poplatek ve výši 2 500,- Kč. Uchazeči Lesostavby Šumperk byl podle výše uvedeného ustanovení zákona o správních poplatcích správní poplatek vyměřen v téže výši rozhodnutím č. j. S 12/2001-153/286/01-GS ze dne 19. 1. 2001. Vyměřené správní poplatky oba uchazeči ve lhůtě uhradili.

V souladu se zásadou rychlosti a hospodárnosti podle § 3 odst. 3 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení, ve znění zákona č. 29/2000 Sb. a zákona č. 227/2000 Sb. (správní řád), přistoupil orgán dohledu ke sloučení správních řízení č. j. S 222/2000-153 a S 12/2001-153.

Účastníky správního řízení podle § 58 zákona jsou:

- zadavatel,
- FORTEX – AGS,
- Lesostavby Šumperk.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže po přezkoumání a zhodnocení všech podkladů dospěl k následujícím rozhodným závěrům.

Vyloučený uchazeč Lesostavby Šumperk vznesl námitky a následně i návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách nejen proti jeho vyloučení z další účasti v soutěži, ale i proti dalším jednotlivým úkonům zadavatele učiněných v průběhu soutěže (obsah podmínek soutěže).

Podle § 53 odst. 2 zákona nemůže námitky podat uchazeč, který byl z účasti na veřejné zakázce vyloučen, s výjimkou námitek proti rozhodnutí o jeho vyloučení.

Z výše uvedených důvodů orgán dohledu na základě návrhu uchazeče rozhodoval pouze o otázce jeho vyloučení z další účasti na veřejné zakázce.

Orgán dohledu zjistil, že v zadání soutěže zadavatel pod bodem 6.1. uvedl následující požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů uchazečů: „Zájemce o veřejnou zakázku musí splňovat základní kvalifikační předpoklady ve smyslu ust. § 2b zákona. Splnění základních kvalifikačních předpokladů a schopnost plnit zakázku musí prokázat dokumenty dle ust. § 2c zákona, které musí být součástí předložené nabídky.“

Zadavatel vyloučil dopisem ze dne 7. 12. 2000 uchazeče Lesostavby Šumperk a FORTEX – AGS z dalšího posuzování a hodnocení nabídek; jako důvod vyloučení zadavatel uvedl nesplnění kvalifikačních předpokladů dle § 2b odst. 1 písm. d) a bodu 6.1. soutěžních podmínek (zadavatel doslovně uvedl: „v tomto konkrétním případě se jedná o chybějící výpis z evidence Rejstříku trestů ne starším než 6 měsíců“).

Uchazeč FORTEX – AGS ve svém návrhu k prokazování kvalifikačních předpokladů uvádí (zestručněno), že zadavatel zkoumal úplnost nabídky v rozporu se zákonem a vlastními soutěžními podmínkami, přičemž se dopustil porušení § 29 odst. 4 zákona tím, že vyřadil jeho nabídku pro její neúplnost. Uchazeč splnění podmínky beztrestnosti prokázal čestným prohlášením plně v souladu s § 2c odst. 1 a tedy i v souladu se zveřejněnými zadávacími podmínkami.

Uchazeč Lesostavby Šumperk ve svém návrhu k prokazování kvalifikačních předpokladů uvádí (zestručněno), že řádně prokázal splnění kvalifikačního předpokladu dle § 2b odst. 1 písm. d) zákona čestným prohlášením, a že uchazeč nebyl ve fázi veřejné obchodní soutěže, kdy je povinen prokazovat splnění tohoto kvalifikačního kritéria výpisem z Rejstříku trestů způsobem podle § 2c odst. 2 písm. b) zákona, z čehož vyplývá, že nebyly naplněny podmínky pro vyloučení uchazeče dle § 2e zák. č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

Argumentaci prezentovanou zadavatelem v jeho rozhodnutí o námitce, kde zadavatel odkazuje na komentář k zákonu uveřejněný v časopisu Poradce, považuje uchazeč z právního hlediska za irelevantní, neboť komentář nemá sílu zákona.

Dopisem ze dne 2. 1. 2001 zaslal zadavatel orgánu dohledu své stanovisko k návrhu uchazeče FORTEX – AGS. Zadavatel ve zmíněném stanovisku uvádí (zestručněno), že ke svému názoru dospěl na základě stávající praxe i na základě výkladu a komentářů k zákonu (např. Poradce s. r. o., publikace č. 2000/9 str. 12, autor JUDr. Jiří Nesnídal). Z tohoto důvodu se zadavatel domnívá, že k porušení zákona v průběhu soutěže z jeho strany nedošlo.

Dopisem ze dne 5. 2. 2001 zadavatel orgánu dohledu doručil své vyjádření k návrhu společnosti Lesostavby Šumperk, ve kterém uvádí, že v případě chybějícího výpisu z evidence rejstříku trestů ne starším než 6 měsíců se jedná o totožný stav jako u uchazeče FORTEX - AGS.

Po prostudování dokumentace o zadání veřejné zakázky (dále jen „dokumentace“) orgán dohledu zjistil, že uchazeči vyloučení z dalšího posuzování a hodnocení nabídek (FORTEX – AGS a Lesostavby Šumperk), doložili ve svých nabídkách čestné prohlášení potvrzené všemi členy statutárního orgánu nebo osobami vykonávajícími funkci statutárního orgánu. Oba jmenovaní uchazeči prokázali kvalifikační předpoklady stanovené v § 2b odst. 1 písm. d) zákona způsobem podle § 2c odst. 1 zákona, a tedy plně v souladu se zákonem i se soutěžními podmínkami.

Orgán dohledu konstatuje, že podle § 2c odst. 1 zákona prokazuje uchazeč splnění kvalifikačních předpokladů uvedených v § 2b odst. 1 písm. b), c), d) e) a f) zákona čestným prohlášením o splnění těchto kvalifikačních předpokladů. Podle § 2c odst. 2 písm. b) zákona prokáže uchazeč, se kterým má být uzavřena smlouva, kvalifikační předpoklady stanovené v § 2b odst. 1 písm. d) zákona výpisem z evidence Rejstříku trestů ne starším než šest měsíců.

Z ustanovení § 29 odst. 4 zákona mj. dále vyplývá, že jestliže komise po otevření obálky zjistí, že nabídka není z hlediska podmínek soutěže úplná, nabídku vyřadí z dalšího posuzování a hodnocení. Zadavatel vyloučí bezodkladně příslušného uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži.

Podle § 57 odst. 5 zákona je orgán dohledu oprávněn přezkoumat napadené rozhodnutí v celém rozsahu a není přitom vázán návrhem uchazeče. Orgán dohledu tedy přezkoumal postup zadavatele v průběhu zadávání předmětné veřejné zakázky a zjistil následující skutečnosti.

Zadavatel vyloučil svým rozhodnutím ze dne 7. 12. 2000 rovněž uchazeče Stavební podnik Přerov a EKOZIS z dalšího posuzování a hodnocení nabídek; jako důvod vyloučení zadavatel opět uvedl nesplnění kvalifikačních předpokladů dle § 2b odst. 1 písm. d) a bodu 6.1. soutěžních podmínek (zadavatel doslovně uvedl: „v tomto konkrétním případě se jedná o chybějící výpis z evidence Rejstříku trestů ne starším než 6 měsíců“).

Z nabídek obou jmenovaných uchazečů orgán dohledu zjistil, že uchazeči doložili ve svých nabídkách čestná prohlášení (v souladu se zákonem) podepsaná všemi osobami vykonávajícími funkci statutárního orgánu. Uchazeči Stavební podnik Přerov a EKOZIS tedy prokázali kvalifikační předpoklady stanovené v § 2b odst. 1 písm. d) zákona způsobem podle § 2c odst. 1 zákona.

Orgán dohledu nemůže akceptovat domněnku zadavatele vyplývající z „komentáře k zákonu zveřejněném v časopisu Poradce“. Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že zadavatel ani v podmínkách soutěže či zadávací dokumentaci výslovně nestanovil povinnost uchazečů doložit již v nabídkách výpisy z Rejstříků trestů osob vykonávajících funkci statutárního orgánu či členů statutárního orgánu.

Zadavatel v soutěžních podmínkách stanovil jako první a druhé kritérium pro hodnocení nabídek „kvalifikační předpoklady s důrazem na schopnost realizace navržené technologie“ a „kvalifikační předpoklady s důrazem na referenční zakázky v daném segmentu staveb“. Zadavatel v podmínkách soutěže ani v zadávací dokumentaci neuvedl žádné další informace o tom, které skutečnosti budou v rámci uvedených kritérií hodnoceny, ani jaké doklady mají uchazeči ve svých nabídkách k prokázání těchto „předpokladů“ doložit.

Orgán dohledu konstatuje, že pojmy „kvalifikační předpoklady s důrazem na schopnost realizace navržené technologie“ a „kvalifikační předpoklady s důrazem na referenční zakázky v daném segmentu staveb“ nejsou definovány žádným platným právním předpisem. Zákon definuje pouze kvalifikační předpoklady stanovené v § 2b odst. 1 zákona a žádné jiné kvalifikační předpoklady nevymezuje.

Jako čtvrté kritérium pro hodnocení nabídek zadavatel v soutěžních podmínkách stanovil „zvláštní podmínky zadavatele“.

V zadání soutěže zadavatel pod bodem 17.1. jako „další podmínky soutěže“ stanovil: „Uchazeč v nabídce uvede zadavateli svoje návrhy zvláštních podmínek provedení veřejné zakázky v souladu s § 10 zákona.“

Zadavatel ve svém stanovisku ze dne 5. 2. 2001 uvádí (zestručněno), že k porušení zákona tím, že v bodě 12. soutěžních podmínek uvedl jako poslední hodnotící kritérium „zvláštní podmínky zadavatele“, a „neurčil jaké zvláštní podmínky zadavatele má na mysli“ nedošlo, neboť v bodě 17.1. soutěžních podmínek jasně formuloval, že se jedná o „uchazečovi vlastní návrhy zadavateli zvláštních podmínek provedení veřejné zakázky v souladu s § 10 zákona“. Zadavatel se domnívá, že v tomto paragrafu je uveden výklad pojmu „zvláštní podmínky“ a že tedy nedošlo k porušení § 11 odst. 1 zákona ani ze strany zadavatele, ani ze strany komise pro otevírání obálek.

Z ustanovení § 5 odst. 2 písm. a) zákona vyplývá, že zadavatel může vymežit další podmínky soutěže, které vyhlásí současně s podmínkami podle odstavce 1, a to zejména zvláštní podmínky provedení veřejné zakázky (§10).

Po prostudování dokumentace orgán dohledu konstatuje, že pojem „zvláštní podmínky zadavatele“ není definován v žádném ustanovením zákona o zadávání veřejných zakázek. Zákon definuje „zvláštní podmínky provedení veřejné zakázky“ (§ 10), kde je výslovně stanoveno, že těmito podmínkami se rozumějí zejména požadavky na řešení ekologických problémů, atd. Podle § 10 zákona, se tedy jedná o demonstrativní výčet těchto zvláštních podmínek, a je tudíž na zadavateli samém, aby v soutěžních podmínkách jasně a přesně stanovil jaké konkrétní požadavky mají uchazeči ve svých nabídkách splnit, či navrhnout jejich řešení.

Orgán dohledu dále konstatuje, že ze soutěžních podmínek není jednoznačně zřejmé, že zadavatel čtvrtým hodnotícím kritériem „zvláštní podmínky zadavatele“ měl na mysli „zvláštní podmínky provedení veřejné zakázky“ podle § 10 zákona, tím že požadavek na prokázání zvláštních podmínek dle § 10 zákona stanovil v bodě 17.1. soutěžních podmínek.

Vzhledem k tomu, že zadavatel neupřesnil, které skutečnosti budou hodnoceny v části prvního, druhého a čtvrtého kritéria („kvalifikační předpoklady s důrazem na schopnost realizace navržené technologie“, „kvalifikační předpoklady s důrazem na referenční zakázky v daném segmentu staveb“ a „zvláštní podmínky zadavatele“), orgán dohledu dospěl k závěru, že obsah těchto kritérií je nejasný, neboť není patrné, jak má vypadat nabídka, aby tomuto kritériu vyhověla, případně vyhověla nejlépe.

Cílem zákona o zadávání veřejných zakázek je zajištění nejvyšší možné transparentnosti procesu zadávání veřejných zakázek a fair prostředí, což mj. znamená, že stanovení soutěžních podmínek musí být jednoznačné a srozumitelné (k tomu viz např. rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č. 2A 4/2000). Zadavatelem stanovená kritéria tento požadavek nespĺňují a zadavatel tedy porušil ustanovení § 5 odst. 1 písm. d) zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona.

Orgán dohledu závěrem konstatuje, že zadavatel nesprávně postupoval, když vyloučil všechny čtyři výše uvedené uchazeče z další účasti v soutěži. Vzhledem k této skutečnosti orgán dohledu vyhověl oběma navrhovatelům v rozsahu, kde se svými návrhy domáhají zrušení rozhodnutí zadavatele o jejich vyloučení z další účasti na předmětné veřejné zakázce. Orgán dohledu však zjistil další porušení zákona, která se týkají nesprávného stanovení soutěžních podmínek (nekonkrétní vymezení kritérií pro hodnocení nabídek).

Po posouzení případu ve všech jeho souvislostech orgán dohledu konstatuje, že porušení zákona, týkající se nesprávného vymezení podmínek soutěže, neumožnila jako nápravu uložit zadavateli pouze zpětné zařazení vyloučených uchazečů do soutěže, a proto na základě všech zjištěných skutečností rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku.

**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. Petr Hanák  
ředitel odboru dohledu  
nad zadáváním veřejných zakázek v Brně

**Obdrží:**

Město Mohelnice, U brány č. p. 2, 789 85 Mohelnice, zastoupené Ing. Ladislavem Kavříkem  
FORTEX – AGS, a. s., Jílová 1, 787 92 Šumperk, zastoupená Ing. Vladimírem Potěšilem  
Lesostavby Šumperk, a. s., Uničovská 19, 787 01 Šumperk, zastoupená Ing. Markem Lachem