

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 15. 10. 2001 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. a zákona č. 142/2001 Sb., v návaznosti na § 18 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb. a zákona č. 227/2000 Sb., ve věci přezkoumávání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele – města Tábor, Žižkovo nám. 3, 390 15 Tábor, zastoupeného Ing. Františkem Dědičem, starostou, při zadávání níže uvedené veřejné zakázky zastoupené na základě mandátní smlouvy ze dne 5. 1. 1995 společností BYTES Tábor s. r. o., tř. kpt. Jaroše 2418, 390 03 Tábor, za niž jedná Pavel Dvořák, jednatel, a ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 5. 9. 2001 rovněž společností BYTES Tábor s. r. o., Tábor – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Kompletní termoregulace v bytovém fondu města Tábora – 1. etapa“ zadávané písemnou výzvou ze dne 31. 5. 2001 podle § 49 odst. 1 cit. zákona o zadávání veřejných zakázek, rozhodl takto:

#### Zadavatel město Tábor porušil ustanovení

- § 49 odst. 4 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek, když jednoznačně nevymezil předmět plnění veřejné zakázky,
- § 49 odst. 4 písm. c) v návaznosti na § 6 odst. 1 a 2 téhož zákona tím, že v zadání veřejné zakázky nestanovil jednoznačná kritéria hodnocení nabídek,
- § 49 odst. 6 téhož zákona, neboť z dokumentace o zadání veřejné zakázky nevyplývá, že lhůta pro podání nabídek nebyla kratší než 14 dnů,
- § 49 odst. 9 téhož zákona, neboť nesprávně posoudil splnění dalších požadavků stanovených v zadání veřejné zakázky uchazečem Viterra Energy Services s. r. o., Praha, v jeho nabídce, kterého následně vyloučil z další účasti na veřejné zakázce, a tím současně porušil § 11 odst. 1 téhož zákona, na který odkazuje § 49 odst. 8 téhož zákona, neboť jmenovaného uchazeče znevýhodnil oproti ostatním uchazečům,
- § 49 odst. 10 téhož zákona:
  - v návaznosti na § 6 odst. 1 a 2 téhož zákona, když nabídky hodnotil i dle jiných skutečností než kritérií uvedených ve výzvě,
  - v návaznosti na § 6 odst. 2 písm. e) a § 2 písm. h) téhož zákona, když nabídkové ceny nebyly a ani nemohly být hodnoceny podle své výše,
- § 56 odst. 5 téhož zákona, neboť před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o vyloučení uchazeče z další účasti na veřejné zakázce rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky,
- § 68 odst. 2 v návaznosti na § 49 odst. 9 a odst. 10 téhož zákona tím, že oznámení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, resp. oznámení rozhodnutí o vyloučení uchazeče z další účasti na veřejné zakázce nezaslal doporučeně s doručenkou,
- § 69 téhož zákona tím, že o námitkách uchazeče ENERGIE ČESKÉ BUDĚJOVICE s. r. o., České Budějovice, rozhodl subjekt pověřený zadavatelskou činností.

Podle § 59 písm. a) téhož zákona **se ruší** rozhodnutí zadavatele města Tábor ze dne 9. 7. 2001 o výběru nejvhodnější nabídky ve veřejné zakázce „Kompletní termoregulace v bytovém fondu města Tábora – 1. etapa“ a současně **se ruší** i zadání veřejné zakázky.

### **O d ů v o d n ě n í**

Zadavatel – město Tábor, Žižkovo nám. 3, 390 15 Tábor, zastoupené Ing. Františkem Dědičem, starostou, při zadávání veřejné zakázky zastoupené na základě mandátní smlouvy ze dne 5. 1. 1995 společností BYTES Tábor s. r. o., tř. Jaroše 2418, 390 03 Tábor, za níž jedná Pavel Dvořák, jednatel (dále jen „BYTES“) a ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 5. 9. 2001 rovněž společností BYTES (dále jen „zadavatel“) – vyzval podle ustanovení § 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. a zákona č. 142/2001 Sb. (dále jen „zákon“) šest zájemců k předložení nabídky na veřejnou zakázku „Kompletní termoregulace v bytovém fondu města Tábora – 1. etapa“, a to písemnou výzvou ze dne 31. 5. 2001 (dále jen „výzva“), jak vyplývá z dokumentace o zadání veřejné zakázky (dále jen „dokumentace“).

Kritéria pro hodnocení nabídek zadavatel stanovil ve výzvě pod bodem 5. takto:

1. reference a odborná způsobilost se zaměřením na obdobné stavby srovnatelných finančních objemů, realizovaných v posledních třech letech (místo a doba plnění, celkový náklad akce) – váhový koeficient 0,35,
2. výše nabídkové ceny celkem, včetně DPH – váhový koeficient 0,25,
3. použitá technologie – váhový koeficient 0,20,
4. záruční podmínky a záruka na jakost – váhový koeficient 0,10,
5. návrh „Projektů organizace výstavby“ – váhový koeficient 0,10.

Součástí dokumentace je i „Protokol o otevírání obálek s nabídkami“ ze dne 22. 6. 2001, ze kterého vyplývá, že zadavatel obdržel nabídky od šesti uchazečů. Nabídky uchazečů TECHEM spol. s r. o., Praha (dále jen „TECHEM“), ENBRA Pražská, s. r. o., Praha (dále jen „ENBRA“), Viterra Energy Services s. r. o., Praha (dále jen „Viterra“), a Jindřicha Lachouta byly zadavatelem z důvodu nedoložení „projektů organizace výstavby“ v nabídce vyloučeny, a to dopisy ze dne 9. 7. 2001, které nebyly zaslány doporučeně s doručenkou.

Ze „Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek“ ze dne 22. 6. 2001 (dále jen „zpráva“) vyplývá, že po provedeném posouzení a hodnocení nabídek bylo stanoveno následující pořadí nabídek:

1. COOP THERM, společnost s ručením omezeným, se sídlem Vajgar 675/III, 377 04 Jindřichův Hradec, za níž jedná Ing. Štěpán Gargoš, prokurista (dále jen „COOP THERM“),
2. ENERGIE ČESKÉ BUDĚJOVICE s. r. o., se sídlem Dobrovodská 81, 370 06 České Budějovice, za níž jedná Josef Vojáček, jednatel (dále jen „ENERGIE ČB“).

Zadavatel své rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky oznámil všem uchazečům, a to dopisy ze dne 9. 7. 2001, které nebyly zaslány doporučeně s doručenkou.

Proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky podal uchazeč ENERGIE ČB dopisem ze dne 19. 7. 2001 námitky (dále jen „námitky“), které byly společností BYTES posouzeny jako bezpředmětné, neboť uchazeč ENERGIE ČB směřoval své námitky proti „rozhodnutí výběrové komise“, a ne proti rozhodnutí zadavatele. Uvedenou skutečnost

společnost BYTES sdělila jmenovanému uchazeči dopisem ze dne 25. 7. 2001 (dále jen „odpověď na námitky“).

Uchazeč ENERGIE ČB využil svého práva a podal u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), který je orgánem dohledu nad dodržováním zákona dopisem ze dne 9. 8. 2001 návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách, na základě kterého bylo orgánem dohledu vedeno správní řízení č. j. S 174/01-153, jež nabylo právní moci dne 31. 10. 2001.

Účastníky tohoto řízení podle § 58 zákona jsou:

1. zadavatel,
2. COOP THERM, jehož nabídka byla zadavatelem vybrána jako nejvhodnější,
3. ENERGIE ČB, jehož nabídka se umístila jako druhá v pořadí.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu účastníkům řízení dopisem č. j. S 195/01-153/3985/01-GS ze dne 11. 10. 2001 a stanovil lhůtu, ve které se účastníci řízení mohli vyjádřit ke skutečnostem, které budou podkladem pro rozhodnutí.

Zadavatel sdělil orgánu dohledu své stanovisko dopisem ze dne 17. 10. 2001 (viz dále na str. 7).

Další účastníci správního řízení se k zahájenému správnímu řízení nevyjádřili.

Orgán dohledu po přezkoumání a zhodnocení všech podkladů dospěl k následujícím rozhodným závěrům.

Zadavatel v podmínkách výzvy definoval předmět plnění pod bodem 1. „Vymezení plnění veřejné zakázky“ takto:

(začátek citace) „Předmětem této veřejné zakázky je první etapa akce – Kompletní termoregulace v bytovém fondu města Tábora. Do této etapy jsou zahrnuty domy v oblasti Náchodského a Pražského předměstí v Táboře.

Popisované úpravy jsou prováděny na základě obsahového plnění zákona č. 406/2001 Sb. o hospodaření s energií, který nabyl platnost dnem 1. 1. 2001.

Soutěž zahrnuje rovněž zpracování projektové dokumentace řešící technická opatření vč. použitých technologií a realizačních postupů k osazení termostatických ventilů pro jednotlivé domy i jednotlivá topná tělesa včetně nezbytných (projektových) úprav domovních systémů a napojení na stávající rozvod.

Termostatické ventily ve společných prostorech jsou požadovány s pevným zablokováním na 16°C.

Základní informace pro zpracování této projektové dokumentace jsou uvedeny

- v tabulce pro uvedení nabídkové ceny za jedno topné těleso a dalších údajů, které budou hodnoceny – viz příloha č. 1
- v seznamu domů s orientačním vyčíslením světlostí ventilů – viz příloha č. 2.

Tyto přílohy jsou nedílnou součástí výzvy“ (konec citace).

Pod bodem 7. „Variantní řešení“ je v podmínkách výzvy dále uvedeno:

(začátek citace) „Zadavatel nevyklučuje možnost variantního řešení, a to s ohledem na možnost dalšího rozšíření předmětu nabídky o obnovu stoupačkových uzávěrů a nabídky systému rozdělování topných nákladů viz příloha č. 3. V tomto případě bude povinně hodnocena základní nabídka jako varianta č. 1 a další návrhy hodnoceny samostatně jako

varianta č. 2, resp. č. 3. Na všechny varianty budou předány samostatné nabídky“ (konec citace).

Ve svém stanovisku ze dne 6. 9. 2001 (poskytnutém v rámci správního řízení č. j. S 174/01-153) na dotaz orgánu dohledu, jaké jsou předměty plnění jednotlivých variant, zadavatel mj. uvedl, že variantní řešení je chápáno jako možnost nabídnout i jiné technologie s ohledem na poměrně četná zastoupení na trhu. Zadavatel dále pokračuje, že se nabízí kombinace s několika výrobky diferenčních regulátorů tlaku a průtoku a v neposlední řadě i obnova stoupačkových uzávěrů, protože jenom tak lze akci zvládnout v probíhající topné sezóně. Nabídka rozdělovačů topných nákladů byla považována jako doplňující, aby byla získána komplexní informace o uchazeči a jeho nabízené činnosti s případným individuálním rozdělováním nákladů, které bude nabízeno zájemcům následně proti jejich úhradě. Vzhledem k tomu, že zadavatel ctí zásadu porovnávat pouze nabídky srovnatelné, bylo hodnocení vedeno pouze v základní variantě, a to bez splátek a se splátkami. S těmito údaji byly také uchazeči při otevírání obálek seznámeni.

Součástí dokumentace však jsou i tabulky nazvané „podklad pro rozhodnutí“, ve kterých jsou u uchazeče COOP THERM uvedeny dvě „varianty“, a to varianta A (dle podmínek výzvy základní varianta) a varianta B – včetně obnovy stoupačkových uzávěrů (dle podmínek výzvy varianta č. 2)

Důvodová zpráva ze dne 9. 7. 2001 dále zdůvodňuje výběr nejvhodnější nabídky tím, že nabídka uchazeče COOP THERM obsahuje proti druhé nabídce navíc určité práce, a to i obnovu všech stoupačkových uzávěrů (zadavatelem označena jak „nabídka 1c“), přičemž právě „nabídka 1c“ je zvýrazněna tučně.

Z ustanovení § 49 odst. 4 písm. a) zákona vyplývá, že výzva k podání nabídky podle odstavce 1 nebo 2 zákona musí shodně pro všechny zájemce obsahovat plnění veřejné zakázky.

Orgán dohledu konstatuje, že zadavatel je povinen v podmínkách zadání veřejné zakázky stanovit její předmět plnění, aby uchazeči mohli zpracovat srovnatelné nabídky. Zadavatel tedy musí dopředu, tzn. v podmínkách zadání veřejné zakázky stanovit – pro všechny potenciální uchazeče shodně – všechny potřebné údaje pro zpracování nabídek a nemůže tuto elementární povinnost zadavatele přesouvat na uchazeče; v opačném případě by nemohly být dodrženy základní zásady zadávání veřejných zakázek, a to zásada transparentnosti a zásada zachování konkurenčního prostředí, jenž je podmíněna zásadou rovného přístupu ke všem uchazečům.

Dle § 2g zákona je variantní řešení v nabídce přípustné, pokud není zadavatelem stanoveno jinak.

K variantnímu řešení orgán dohledu uvádí, že zadavatel sice umožnil v podmínkách výzvy i variantní řešení, jednotlivé varianty se však vždy musí vztahovat ke stejnému předmětu plnění dané veřejné zakázky, tzn. musí pokrývat stejný rozsah prací, služeb či dodávek. Varianta tedy nemůže rozšiřovat předmět plnění dané veřejné zakázky, neboť v takovém případě by se již nejednalo o variantní řešení, ale o zcela jinou veřejnou zakázku, jejímž předmětem plnění jsou i další činnosti neobsažené v původní veřejné zakázce.

Orgán dohledu dále dodává, že v případě, kdy uchazeč podá nabídku obsahující více variant řešení dané veřejné zakázky, musí být jednotlivé varianty hodnoceny samostatně

každá zvlášť, tzn. každá varianta je bodově hodnocena dle kritérií hodnocení nabídek stanovených ve výzvě, a to nezávisle na dalších variantách.

Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem orgán dohledu konstatuje, že zadavatel porušil § 49 odst. 4 písm. a) zákona, když předmět plnění veřejné zakázky nevymezil v textu výzvy jednoznačným způsobem.

Z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci (např. č. j. 2 A 2/99 ze dne 24.6.1999) lze dovodit, že zkoumání dalších důvodů pro uložení nového výběru (resp. pro zrušení zadání veřejné zakázky) je nadbytečné, existuje-li alespoň jeden oprávněný důvod. Pro úplnost orgán dohledu uvádí následující skutečnosti.

Jako páté kritérium v pořadí zadavatel stanovil „projekt organizace výstavby“. Zadavatel v podmínkách výzvy ani v jejích přílohách neuvedl žádné další informace o tom, které skutečnosti budou v rámci uvedeného kritéria hodnoceny, ani jaké doklady mají uchazeči ve svých nabídkách v rámci kritéria „projekt organizace výstavby“ doložit. Uvedený nedostatek se projevil tím, že uchazeči zpracovali své nabídky, aby uspěli při hodnocení tohoto kritéria, různým způsobem, čímž se jednotlivé nabídky uchazečů staly neporovnatelnými.

Orgán dohledu zjistil, že např. uchazeč ENERGIE ČB na str. 4 své nabídky v části nazvané „B) Projekt organizace výstavby“ popsal, jakým způsobem bude postupovat při realizaci šetřené veřejné zakázky, a to od podepsání smlouvy o dílo až po konečnou fázi – provedení regulace vstupu (osazených stoupaček), při kterém je vypracován protokol o vyregulování. Nabídka uchazeče Viterra obsahuje kapitolu nazvanou „B) Popis navrhovaného řešení“, ve které jsou navrhovány následující okruhy prací: „a) potřebné doměření stávajícího stavu otopných soustav, b) zpracování projektové dokumentace, c) osazení termostatických ventilů, d) stabilizace diferenčního tlaku a hydraulické seřízení, e) topná zkouška“. Jednotlivé „okruhy prací“ jsou pak detailněji rozepsány.

Na dotaz orgánu dohledu, které skutečnosti měli uchazeči v rámci předmětného kritéria ve svých nabídkách doložit, zadavatel ve svém stanovisku ze dne 6. 9. 2001 uvedl, že „v písemných dokladech byl žádán dokument s názvem „POV“, který by měl podrobně popisovat způsob, jak uchazeč chce dodávku v probíhající topné sezóně zabezpečit. Jaký postup prací zvolí apod. Dokument, který svým obsahem napoví zadavateli, zda uchazeč má skutečně zkušenosti s podobnou akcí.“ Na následující dotaz, které skutečnosti byly v rámci pátého kritéria hodnoceny, zadavatel sdělil, že „pouze fakt, že dokument existuje a jeho obsah, zejména podrobnost jednotlivých kroků“.

Z výše uvedeného vyplývá, že nabídka vyloučeného uchazeče Viterra obsahovala určitý harmonogram prací, jakým jmenovaný uchazeč zamýšlel realizovat šetřenou veřejnou zakázku. Tento harmonogram prací však byl nazván jako „popis navrhovaného řešení“, a ne jako „projekt organizace výstavby“. Zadavatel, jak sám uvedl, hodnotil však pouze fakt, že dokument existuje, přičemž v podmínkách výzvy neuvedl, že vyloučí nabídky těch uchazečů, který navrhovaný postup prací, resp. harmonogram prací nazvou jinak, než „projekt organizace výstavby“, tzn., že výslovně nestanovil jak má být dokument jím požadovaný označen. Sám název pátého kritéria hodnocení nabídek je matoucí, neboť předmětem plnění není „výstavba“, ale osazení termostatických ventilů a prací s tím spojených, jako např. zmapování skutečného stavu otopných soustav jednotlivých domů, zpracování projektové dokumentace, topné zkoušky, apod. Ze znění samotného kritéria definovaného jako „projekt organizace výstavby“ rovněž žádným způsobem nevyplývá, že by zadavatel

zamýšlel hodnotit podrobný popis toho, jak chce uchazeč dodávku v probíhající topné sezóně zabezpečit. Jaký postup prací zvolí apod.

Vzhledem k tomu, že zadavatel v podmínkách výzvy neupřesnil, které skutečnosti budou hodnoceny v rámci předmětného kritéria hodnocení, a vzhledem k tomu, že z obsahu znění kritéria definovaného jako „projekt organizace výstavby“ žádným způsobem nevyplývá, že by zadavatel zamýšlel hodnotit „uchazečem navrhovaný způsob zabezpečení dodávky v probíhající topné sezóně“, orgán dohledu dospěl k závěru, že obsah pátého kritéria je nejasný, neboť není patrné, jak má vypadat nabídka, aby tomuto kritériu vyhověla, případně vyhověla nejlépe. Zadavatel dokonce některé uchazeče z důvodu nedoložení „projektu organizace výstavby“ z další účasti na veřejné zakázce vyloučil (viz dále).

Orgán dohledu na základě výše uvedeného konstatuje, že zadavatel tím, že v textu výzvy nestanovil jasné a srozumitelné kritérium hodnocení nabídek, porušil ustanovení § 49 odst. 4 písm. c) zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 a 2 zákona a ve svých důsledcích tak porušil jednu ze základních zásad zadávacího procesu – transparentnost.

Stanovení přesných a transparentních podmínek zadání veřejné zakázky považuje za prioritní rovněž Vrchní soud v Olomouci např. ve svém rozsudku č. j. 2 A 4/2000 ze dne 29. 6. 2000, ve kterém je mj. uvedeno: „...S výjimkou přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu nejde o správní řízení, tedy zákon neobsahuje procesní normu, jíž by se mělo zadávání veřejných zakázek řídit, nýbrž o postup závazný stejnou měrou pro zadavatele i pro uchazeče. Uvádění příslušných ustanovení zákona upravujících tento postup do praxe přináší s sebou úskalí potřeby výkladu. Jelikož výklad zákona působící toliko inter partes nemůže podat zadavatel, lze jej očekávat od správního orgánu realizujícího svou dohledovou pravomoc. Při jeho úvahách o zákonnosti rozhodnutí zadavatele by mělo být vůdčí směřování k co největší průhlednosti aplikovaných postupů. Výklad zákona nemůže abstrahovat od požadavku transparentnosti procesu zadávání. V posuzovaném případě to znamená, že zadání zadávacích a soutěžních podmínek musí být jednoznačné a srozumitelné“.

Ze zprávy a z příložených tabulek hodnocení vyplývá, že v rámci druhého kritéria hodnocení „výše nabídkové ceny“ obdržel uchazeč COOP THERM pětkrát 1 bod (nabídková cena bez úvěru činí 8 002 031,- Kč vč. DPH, nabídková cena s úvěrem činí 11 963 035,- Kč vč. DPH, nabídková cena bez úvěru vč. uzávěrů vč. st. činí 8 615 676,- Kč vč. DPH) a uchazeč ENERGIE ČB obdržel pětkrát 2 body (nabídková cena bez úvěru 5 802 667,50 Kč vč. DPH, nabídková cena s úvěrem 7 659 521,10 Kč vč. DPH), tzn., že nižší nabídková cena uchazeče ENERGIE ČB byla hodnocena jako méně výhodná než vyšší nabídková cena uchazeče COOP THERM.

Ve svém stanovisku ze dne 6. 9. 2001 zadavatel k hodnocení nabídek dle druhého kritéria hodnocení uvedl, že k nabídkové ceně uchazeče ENERGIE ČB je nutno připočítat náklady, které obsahuje nabídka uchazeče COOP THERM, přičemž dojdeme k následujícímu výsledku:

1 160,53 Kč (základní nabízená cena uchazečem ENERGIE ČB  
+ 200,00 Kč (chemické čištění, doporučováno v odborné literatuře)  
+ 6,00 Kč (odstranění netěsností vzniklých při montáži)  
+ 10,00 Kč (za pasport top. tělesa pro IRTN)

1 385,53 Kč za jedno topné těleso, což v přepočtu za 5 934 těles činí rozdíl téměř 220 000,- Kč, o který je vybraná nabídka dle zadavatele jednoznačně lepší.

Ve svém stanovisku ze dne 17. 10. 2001 zadavatel uvedl, že vzhledem k tomu, že součástí výzvy pro zpracování nabídky byla i příloha č. 1 s názvem „nabídková cena za jedno topné těleso“, kde byl uchazeč tázán na jednotlivé kroky vedoucí ke skutečné kompletnosti celé akce a nejenom k dílčímu plnění, lze z pohledu zadavatele konstatovat, že o chemické čištění, citlivější hlavici, pasportizaci, odstranění netěsností a částečné výměny těles byl uchazeč latentní formou žádán. To, že činnosti nebyly specifikovány jako jednoznačný požadavek, byla naše snaha otestovat si uchazečovu technickou úroveň a kvalitu návrhu jako předpoklad pro řádnou realizaci bez dalších víceprací.

Vše vyplývalo z přílohy č. 1 s poukazem na to, že základní informace pro zpracování této projektové dokumentace jsou uvedeny v tabulce pro uvedení nabídkové ceny za jedno topné těleso a dalších údajů, které budou hodnoceny.

Orgán dohledu zjistil, že příloha č. 1 výzvy obsahuje v prvním sloupci kolonky s výčtem různými činnostmi, mezi nimi i mj. chemické čištění domu, chemické čištění vč. zdroje a rozvodů, případné opravy netěsnosti do ... ti normohodin, případné výměny top. těles do %, pasportizaci jako podklad pro následné IRTN. Druhý sloupec přílohy č. 1 je označen jako „ano, ne“.

Podle § 2 písm. h) zákona je nabídkovou cenou cena, kterou uchazeč navrhuje zadavateli za splnění veřejné zakázky ve své nabídce.

Z uvedeného vyplývá, že zadavatel hodnotil nabídky uchazečů nejen podle kritérií hodnocení nabídek, ale i dle „dalších údajů“, které uchazeči uvedou v příloze č. 1 (viz výzva bod 1.), přičemž zadavatel ponechal uchazečům volbu v tom, které činnosti do své nabídky zahrnou. Nabídková cena jednotlivých uchazečů se tedy odvíjela od výběru jednotlivých činností, které uchazeči ve sloupci „ano, ne“ přílohy č. 1 označili jako „ano“, a tudíž do své nabídky zahrnuli a následně zohlednili v nabídkových cenách, resp. v ceně za jedno topné těleso. Jelikož zadavatel ponechal výběr činností, které budou využity při realizaci šetřené veřejné zakázky, na jednotlivých uchazečích, čímž opětovně jednoznačně nevymezil předmět plnění veřejné zakázky, mohl každý z uchazečů předložit nabídky, resp. nabídkové ceny pokrývající odlišné činnosti. Zadavatel byl tedy povinen hodnotit nabídkové ceny, které uchazeči v návaznosti na výběr činností dle přílohy č. 1 ve svých nabídkách uvedli. Zadavatel však při hodnocení nabídek v rámci kritéria „výše nabídkové ceny“ zohlednil skutečnost, že nabídková cena uchazeče COOP THERM pokrývala některé činnosti, které neobsahovala nabídková cena uchazeče ENERGIE ČB, přičemž při následném přepočtu (viz výše) vycházel z údajů, které uvedl ve své nabídce uchazeč COOP THERM.

Orgán dohledu dodává, že zadavatel nemůže při volbě kritérií hodnocení, dle kterých hodlá hodnotit nabídky předložené potenciálními uchazeči, slovně definovat kritéria hodnocení dle § 49 odst. 4 písm. c) v návaznosti na § 6 zákona aniž by byl předem rozhodnut, které skutečnosti, resp. údaje bude v rámci stanovených kritérií hodnotit. Zadavatel nemůže postupovat tak, že vyhlásí podmínky výzvy, v nichž uvede kritéria hodnocení nabídek a teprve až po prostudování nabídek se rozhodne, jaké skutečnosti, resp. údaje či informace bude v rámci jednotlivých kritérií hodnotit, resp. jaké činnosti bude v návaznosti na předmět plnění požadovat, v závislosti na tom, co který uchazeč ve své nabídce uvedl.

Na základě výše uvedeného orgán dohledu konstatuje, že zadavatel porušil

- § 49 odst. 10 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 a 2 zákona tím, že nabídky uchazečů hodnotil i podle jiných skutečností než dle kritérií hodnocení nabídek uvedených ve výzvě,

- § 49 odst. 10 zákona v návaznosti na § 6 odst. 2 písm. e) zákona a § 2 písm. h) zákona, neboť ceny uvedené v nabídkách uchazečů nebyly a s ohledem na nejednoznačně vymezený předmět plnění ani nemohly být hodnoceny podle své výše.

Pro úplnost orgán dohledu doporučuje ke srovnání rozsudek Evropského soudního dvora v oblasti zadávání veřejných zakázek C-87/94 ze dne 25. 4. 1996, Evropská komise v. Belgické království, ze kterého vyplývá, že není možné, v případě, kdy jsou stanoveny podmínky a kritéria hodnocení pro výběr nejuvhodnější nabídky, podmínky a kritéria změnit poté, co jsou podány nabídky, aniž by byla uchazečům dána možnost opětovně podat nabídky zpracované na základě nových podmínek.

V podmínkách výzvy pod bodem 4. „Požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů“ zadavatel mj. stanovil požadavek, že jestliže si uchazeč přizve k realizaci veřejné zakázky jiné osoby ve smyslu § 2a odst. 5 zákona, musí uchazeč prokázat splnění kvalifikačního předpokladu dle § 2b odst. 1 písm. a) zákona i těchto jiných osob, pokud nemá oprávnění na realizaci celé veřejné zakázky.

Orgán dohledu zjistil, že nabídka uchazeče ENBRA obsahuje neověřenou kopii živnostenského listu společnosti K.O.K. spol. s r. o., Tábor (jiná osoba ve smyslu § 2a odst. 5 zákona), s předmětem podnikání vodoinstalatérství, topenářství, přičemž uchazeč ENBRA, který nabídku podal, nedoložil oprávnění k podnikání, jenž by se vztahovalo na celý rozsah veřejné zakázky. Nabídka uchazeče TECHEM obsahuje neověřené kopie živnostenských listů Jindřicha Lachouta (jiná osoba ve smyslu § 2a odst. 5 zákona) s předmětem podnikání vodoinstalatérství, topenářství a s předmětem podnikání montáž a opravy vyhrazených plynových zařízení, přičemž uchazeč TECHEM, který nabídku podal, nedoložil oprávnění k podnikání, jenž by se vztahovalo na celý rozsah veřejné zakázky. Nabídka uchazeče Jindřicha Lachouta obsahuje neověřené kopie živnostenského listu a výpisu z obchodního rejstříku společnosti ENERGO, spol. s r. o., Tábor (jiná osoba ve smyslu § 2a odst. 5 zákona), s předmětem podnikání projektová činnost ve výstavbě a neověřenou kopii živnostenského listu společnosti AQUA – EKO spol. s r. o., Brno (jiná osoba ve smyslu § 2a odst. 5 zákona), s předmětem podnikání chemické čištění vodních a energetických zařízení.

Ve svém stanovisku ze dne 6. 9. 2001 zadavatel k výše uvedenému sdělil, že nabídky uchazečů ENBRA a TECHEM, byly považovány ze strany zadavatele za dostačující vzhledem ke znalosti firem K.O.K. spol. s r. o., Tábor a Jindřicha Lachouta, neboť oba subjekty každoročně zajišťují práci pro zadavatele na základě výběrového řízení.

Z § 49 odst. 9 zákona vyplývá, že nabídku uchazeče zadavatel posoudí podle § 2c zákona a podle dalších požadavků stanovených v zadání nebo v zadávací dokumentaci. Neprokáže-li uchazeč některý z kvalifikačních předpokladů nebo nesplní-li další požadavky stanovené zadavatelem, zadavatel ho z další účasti na veřejné zakázce vyloučí.

Z § 11 odst. 1 zákona vyplývá, že žádný z uchazečů nesmí být při zadávání veřejné zakázky zvýhodněn proti ostatním uchazečům s výjimkami uvedenými v odstavcích 2 a 3.

Orgán dohledu konstatuje, že zadavatel v podmínkách zadání veřejné zakázky výslovně stanovil způsob, jakým mají jednotliví uchazeči prokázat kvalifikační předpoklady přizvou-li si k plnění veřejné zakázky jiné osoby ve smyslu § 2a odst. 5 zákona. Uvedený požadavek byl uveden v podmínkách výzvy pod bodem 4. a byl závazný pro všechny uchazeče stejným způsobem. Zadavatel však s ohledem na vlastní zkušenosti považoval za



dostatečné prokázání kvalifikačních předpokladů i neověřené kopie oprávnění k podnikání, které ve svých nabídkách předložili uchazeči ENBRA a TECHEM (k tomu viz § 2c odst. 3 zákona).

Orgán dohledu uvádí, že uvedená chybná vyhodnocení kvalifikačních předpokladů nepovažuje v případě uchazečů ENBRA, TECHEM a Jindřicha Lachouta za pochybení, která by ovlivnila výběr nejvhodnější nabídky, neboť jmenovaní uchazeči byli zadavatelem vyloučeni z další účasti na veřejné zakázce i když z jiného důvodu (viz výše). Zadavatel však vyloučil i uchazeče Viterra (viz výše), který kvalifikační předpoklady prokázal v souladu se zákonem, a to na základě nedoložení „projektu organizace výstavby“ v nabídce, který byl jedním z kritérií hodnocení, přičemž uvedený „projekt organizace výstavby“ nebyl v podmínkách výzvy definován jako další požadavek ve smyslu § 49 odst. 9 zákona. Orgán dohledu dále uvádí, že pokud nabídka uchazeče je v daném kritériu nevyhovující, resp. úplně nevyhovující, má zadavatel možnost přiřadit v rámci daného kritéria nabídce uchazeče nula bodů, není však oprávněn nabídku uchazeče na základě nevyhovění danému kritériu vyřadit.

- Na základě výše uvedeného orgán dohledu dospěl k závěru, že zadavatel porušil
- § 49 odst. 9 zákona, neboť nesprávně posoudil splnění dalších požadavků stanovených v podmínkách výzvy uchazečem Viterra v jeho nabídce, kterého následně vyloučil z další účasti na veřejné zakázce, a rovněž
  - § 11 odst. 1 zákona, na který odkazuje § 49 odst. 8 zákona, neboť nesprávným posouzením splnění dalších požadavků stanovených v zadání předmětné veřejné zakázky uchazečem Viterra a jeho následným vyloučením znevýhodnil jmenovaného uchazeče oproti ostatní uchazečům.

Dokumentace, kterou orgán dohledu obdržel od zadavatele, obsahuje pouze šest dodejek, přičemž pět z nich dokládá odeslání výzvy potenciálním zájemcům a jedna z nich potvrzuje převzetí odpovědi na námítky uchazečem ENERGIE ČB.

Zadavatel ve svém dopise ze dne 14. 9. 2001 uvedl, že veškeré písemnosti, vyjma výzvy byly zasílány pouze jak doporučená zásilka.

Z § 68 odst. 2 zákona vyplývá, že rozhodnutí zadavatele, u nichž zákon stanoví povinnost oznámit je příslušnému uchazeči, musí být odeslány doporučeně s doručenkou nebo osobně proti podpisu doručeny uchazeči.

Z rozsudku č. j. A 7/96 Vrchního soudu v Olomouci lze dovodit, že uchazeč má právo na to, aby mu bylo doručeno rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, resp. rozhodnutí o vyloučení, a to doporučeně s doručenkou. Rovněž lhůta pro podání námitek v § 55 zákona je vázána na splnění této zákonné povinnosti zadavatele, neboť jiný výklad by zkracoval právo uchazeče vyjádřené v § 68 odst. 2 zákona, resp. odst. 3 zákona.

Zadavatel tím, že svá rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, resp. rozhodnutí o vyloučení nezaslal doporučeně s doručenkou, porušil § 68 odst. 2 zákona v návaznosti na § 49 odst. 9 a odst. 10 zákona.

Dopisy ze dne 9. 7. 2001 zadavatel oznámil uchazečům TECHEM, ENBRA, Viterra a Jindřichu Lachoutovi své rozhodnutí o jejich vyloučení z další účasti na veřejné zakázce. Uvedenými dopisy bylo jmenovaným uchazečům současně oznámeno rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky.

Z § 49 odst. 9 zákona vyplývá, že rozhodnutí o vyloučení uchazeče z další účasti na veřejné zakázce je zadavatel povinen bezodkladně oznámit příslušnému uchazeči.

Z § 56 odst. 5 zákona vyplývá, že před uplynutím lhůty pro podání námitek, a jsou-li námitky podány včas, nesmí zadavatel činit žádné úkony směřující k dokončení zadání veřejné zakázky ani uzavřít smlouvu, ani zadání veřejné zakázky zrušit.

Z dokumentace vyplývá následná posloupnost kroků zadavatele: Otevírání obálek, při kterém bylo navrženo vyloučit uchazeče TECHEM, ENBRA, Viterra a Jindřicha Lachouta proběhlo dne 22. 6. 2001. Posouzení a hodnocení nabídek se uskutečnilo rovněž 22. 6. 2001. Zadavatel však rozhodl o vyloučení jmenovaných uchazečů až 9. 7. 2001, přičemž současně rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky.

Orgán dohledu konstatuje, že námitky může vznést uchazeč, který byl z další účasti na veřejné zakázce vyloučen, a to právě proti rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení (viz § 53 odst. 2 zákona). Zadavatel je povinen dát vyloučeným uchazečům možnost námitek proti svému vyloučení podat, proto je nezbytné oznámit rozhodnutí o vyloučení příslušnému uchazeči bezodkladně, tzn. co nejdříve. Námitky lze podat do 10 kalendářních dnů po tom, co bylo uchazeči doručeno oznámení o úkonech zadavatele (viz § 53 zákona), tedy v tomto konkrétním případě do 10 dnů, co bylo uchazečům oznámeno rozhodnutí zadavatele o jejich vyloučení, přičemž v uvedené lhůtě, zadavatel nesmí činit žádné úkony směřující k dokončení zadání veřejné zakázky, tzn., že nesmí rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel však současně s rozhodnutím o vyloučení uchazečům rozhodl i o výběru nejvhodnější nabídky, čímž nebyl vyloučeným uchazečům poskytnut časový prostor pro vznesení námitek proti rozhodnutí o jejich vyloučení a tato skutečnost mohla odradit vyloučené uchazeče námitky vznést, neboť mohli mít za to, že o výběru nejvhodnější nabídky je již s definitivní platností rozhodnuto.

Vzhledem k výše uvedeným souvislostem orgán dohledu dospěl k závěru, že zadavatel porušil § 56 odst. 5 zákona, neboť během lhůty pro podání námitek ze strany vyloučených uchazečů činil úkony směřující k dokončení zadání veřejné zakázky, když současně rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky.

Jak orgán dohledu uvedl výše, součástí dokumentace je šest dodejek, přičemž pět z nich dokládá zaslání výzvy zadavatelem jednotlivým uchazečům. Dokumentace neobsahuje dodejku, která by dokládala převzetí výzvy uchazečem Viterra. Z dodejky adresované uchazeči TECHEM nelze zjistit datum převzetí výzvy tímto uchazečem, neboť na dodejce není uveden podpis příjemce a datum, kdy byla zásilka dodána jako je tomu u dalších čtyř dodejek.

Zadavatel v podmínkách výzvy pod bodem 3: „Doručení nabídek“ uvedl, že nabídky budou podány 16-tý den po dni doručení této výzvy zájemci o veřejnou zakázku do 8 hodin (lhůta pro podání nabídek). Zadavatel rovněž uvedl, že termín otevírání obálek za účasti uchazečů bude oznámen dodatečně po vyhodnocení vrácených doručenek.

Dopisem ze dne 18. 6. 2001 zadavatel oznámil jednotlivým uchazečům, že termín otevírání obálek byl stanoven na 22. 6. 2001 v 9 hodin, přičemž v 8 hodin téhož dne končí lhůta pro podání nabídek.

Dle § 49 odst. 6 zákona nesmí být lhůta pro podání nabídek kratší než 14 dnů, přičemž prvním dnem této lhůty je den následující po dni doručení výzvy zájemci.

Jelikož součástí dokumentace nejsou doklady, které by prokázaly datum, kdy uchazeči Viterra a TECHEM převzali výzvu, není možné přezkoumat, zda byla ze strany zadavatele dodržena minimální lhůta 14 dnů pro podání nabídek, kterou je povinen uchazečům poskytnout. Vzhledem k uvedeným skutečnostem orgán dohledu dospěl k závěru, že zadavatel porušil § 46 odst. 6 zákona, neboť nelze prokázat a následně přezkoumat, že zadavatel poskytl všem zájemcům, a to i uchazečům Viterra a TECHEM, alespoň lhůtu 14 dnů pro podání nabídek.

K připomínce zadavatele poukazujícího na skutečnost, že námitky uchazeče ENERGIE ČB ze dne 19. 7. 2001 byly podány proti rozhodnutí „výběrové komise“, orgán dohledu uvádí, že rozhodnout musí vždy zadavatel (viz § 69 zákona v návaznosti na § 49 odst. 9 a 10 zákona), a že uchazeč ENERGIE ČB podal námitky na základě rozhodnutí zadavatele ze dne 9. 7. 2001, oznámené mu dopisem ze stejného dne, tudíž v souladu se zákonem. Orgán dohledu dodává, že podle § 35 odst. 2 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, v platném znění, je třeba vykládat právní úkony vyjádřené slovy nejenom podle jejich jazykového vyjádření (pojmenování), ale zejména též podle jejich obsahu a vůle toho, kdo právní úkon učinil (podle obsahu právního úkonu), není-li tato vůle v rozporu s jazykovým projevem. Uchazečem podané námitky proti rozhodnutí „výběrové komise“, které splňují náležitosti podle § 55 zákona, lze tedy považovat za námitky ve smyslu § 53 a násl. zákona.

Podle § 69 zákona je zadavatel oprávněn pověřit činností, k níž je povinen podle tohoto zákona, pouze osobu, která splňuje požadavek nepodjatosti podle § 32 a která se sama veřejné zakázky na předmět zakázky nezúčastní. Pověřená osoba musí mít oprávnění k poskytování uvedených služeb. Na tuto osobu však zadavatel nemůže převést rozhodovací oprávnění stanovená tímto zákonem.

O námitkách uchazeče ENERGIE ČB „rozhodl“ subjekt pověřený zadavatelskou činností, a to dopisem ze dne 25. 7. 2001. Vzhledem k tomu, že na tuto osobu zadavatel nemůže převést rozhodovací oprávnění stanovená tímto zákonem, nebylo o námitkách, jak už orgán dohledu uvedl výše, rozhodnuto, i když se společnost BYTES v uvedeném dopise vypořádala se všemi skutečnostmi, které uchazeč ENERGIE ČB ve svých námitkách uvedl.

Tím, že o námitkách uchazeče ENERGIE ČB rozhodla osoba pověřená výkonem zadavatelských činností, a ne zadavatel, došlo k porušení § 69 zákona.

Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že z dokumentace nevyplývají kompetence „osob zmocněných zadavatelem k posouzení a hodnocení nabídek“. Podle § 49 odst. 10 zákona hodnocení nabídek provede zadavatel, který je rovněž povinen pořídít o posouzení a hodnocení nabídek záznam, ve kterém uvede popis hodnocení a zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky. Zákon v cit. ustanovení zákona nezakazuje, aby za statutární orgán zadavatele zajistily úkony spojené s hodnocením nabídek jiné osoby. V takovém případě je však povinností zadavatele jmenovat a náležitým transparentním způsobem vymezit kompetence osob, které úkony za zadavatele budou zajišťovat.

Jelikož v šetřeném případě je součástí dokumentace zpráva o posouzení a hodnocení nabídek vypracovaná „komisí“, jejíž všichni členové podepsali čestné prohlášení o nepodjatosti, neshledal orgán dohledu pochybení ohledně absence kompetencí osob

zajišťujících úkony za zadavatele porušením zákona, které by ovlivnilo průběh zadávání veřejné zakázky.

Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že zásada transparentnosti je spolu se zásadou nediskriminace a právem na přezkum, jedním ze základních principů, které je nutné dodržet při výběrových řízeních, přičemž tyto zásady aplikuje a hájí i Evropský soudní dvůr ve své rozhodovací praxi v oblasti zadávání veřejných zakázek.

Po zhodnocení všech skutečností, a to jak v jejich vzájemné souvislosti, tak i jednotlivě, orgán dohledu rozhodl, 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

Obdrží účastníci správního řízení:

BYTES Tábor s. r. o., tř. kpt. Jaroše 2418, 390 03 Tábor, zast. Pavlem Dvořákem  
COOP THERM, společnost s ručením omezeným, Vajgar 675/III, 377 04 Jindřichův Hradec,  
zast. Ing. Štěpánem Gargošem  
ENERGIE ČESKÉ BUDĚJOVICE s. r. o., Dobrovodská 81, 370 06 České, zast. Josefem  
Vojáčkem

Na vědomí:

Město Tábor, Žižkovo nám. 3, 390 15 Tábor, zast. Ing. Františkem Dědičem