



UOHSX003SWWJ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S325/2011/VZ-15341/2011/510/OKo

V Brně dne: 29. listopadu 2011

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 4. 8. 2011 na návrh, jehož účastníky jsou

- zadavatel – statutární město Zlín, IČ 00283924, se sídlem náměstí Míru 12, 761 40 Zlín, zast. MUDr. Miroslavem Adámkem, primátorem,
- navrhovatel – Petr Vykruť, IČ 47165006, se sídlem podnikání U Haldy 1616/68, 700 30 Ostrava – Jih, Habrůvka, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 7.7.2011 Mgr. Tomášem Uherkem, advokátem, AK STRÁNSKÝ A PARTNEŘI, se sídlem Jandova 8, 190 00 Praha 9,
- vybraný uchazeč – SVOBODNÉ ZAHRADY KLUS, s.r.o., IČ 27762688, se sídlem Dolní Lištná 10, 739 61 Třinec, za niž jedná Ing. Jiří Klus, jednatel,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v nadlimitní veřejné zakázce „Zlín – regenerace zeleně ve městě Zlíně“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v ISVZ uveřejněno dne 18. 2. 2011 pod ev.č. VZ 60056632 a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 19. 2. 2011 pod ev.č. 2011/S 35-057733, rozhodl takto:

Zadavatel – statutární město Zlín, IČ 00283924, se sídlem náměstí Míru 12, 761 40 Zlín, zast. MUDr. Miroslavem Adámkem, primátorem, nedodržel

- postup stanovený v § 56 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s ustanovením § 56 odst. 7 písm. c) a § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách tím, že úroveň technických kvalifikačních předpokladů nestanovil odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky,

- postup stanovený v ust. § 44 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na ust. § 6 citovaného zákona tím, že nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, když nestanovil zadávací podmínky – požadavky na způsob provádění tahové zkoušky – natolik přesně a jednoznačně, aby neumožňovaly různý výklad, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší předmětné zadávací řízení.**

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – statutární město Zlín, IČ 00283924, se sídlem náměstí Míru 12, 761 40 Zlín – ukládá uhradit náklady řízení ve výši **30 000,- Kč** (slovy třicet tisíc korun českých). Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

Průběh zadávacího řízení

1. Zadavatel – statutární město Zlín, IČ 00283924, se sídlem náměstí Míru 12, 761 40 Zlín, zast. MUDr. Miroslavem Adámkem, primátorem (dále jen „zadavatel“), uveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách dne 18. 2. 2011 pod ev. č. VZ 60056632 oznámení otevřeného řízení o nadlimitní veřejné zakázce „Zlín – regenerace zeleně ve městě Zlíně“ a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 19. 2. 2011 pod ev.č. 2011/S 35-057733.
2. Zadavatel v oznámení o zakázce a v zadávací dokumentaci vymezil předmět veřejné zakázky ve stručném popisu následovně: ošetření stromů ořezem, vazbou, dále kácení provozně nebezpečných stromů a také výsadba nových stromů ve městě.
3. Ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel nabídky 11 uchazečů. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 1. 4. 2011 je zřejmé, že 10 nabídek vyhovělo kontrole úplnosti. V rámci posouzení nabídek byly hodnotící komisí vyřazeny nabídky 8 uchazečů.
4. Hodnoceny tak byly pouze nabídky uchazečů SVOBODNÉ ZAHRADY KLUS, s.r.o., IČ 27762688, se sídlem Dolní Lištná 10, 739 61 Třinec, a Gardenline s.r.o., IČ 27263827, se sídlem Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice.
5. Zadavatel dne 27. 6. 2011 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, a to nabídky společnosti SVOBODNÉ ZAHRADY KLUS, s.r.o., IČ 27762688, se sídlem Dolní Lištná 10, 739 61 Třinec, za niž jedná Ing. Jiří Klus, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“).

6. Navrhovatel – Petr Vykrut, IČ 47165006, se sídlem podnikání U Haldy 1616/68, 700 30 Ostrava – Jih, Habruvka, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 7. 7. 2011 Mgr. Tomášem Uherkem, advokátem, AK STRÁNSKÝ A PARTNEŘI, se sídlem Jandova 8, 190 00 Praha 9 (dále jen „navrhovatel“) podal dopisem ze dne 13. 7. 2011 námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a proti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení, kterým zadavatel rozhodnutím ze dne 21. 7. 2011 nevyhověl a v odůvodnění mj. uvedl: „hodnotící komise při svém posuzování vycházela z informací, které měla v době posuzování nabídky. Hodnotící komise má právo požádat o objasnění, vysvětlení nabídky. Hodnotící komise toto učinila mimo jiné ve vztahu k tahovým zkouškám, neboť z ceny, kterou navrhovatel uvedl za tahovou zkoušku, si nebyla jista, zda má navrhovatel dostatečné zkušenosti s tím, jak má být tahová zkouška správně provedena. Pro zadavatele je odborné provedení tahové zkoušky zásadní“.
7. Zadavatel dne 25. 7. 2011 opětovně zaslal oznámení o rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče s tím, že první oznámení bylo odesláno před schválením Radou města Zlína a je nicotné.
8. Navrhovatel opětovně podal proti druhému rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky námitky obsahem shodné s námitkami proti prvnímu rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a to dne 10. 8. 2011, kterým zadavatel nevyhověl rozhodnutím ze dne 18. 8. 2011.

Průběh správního řízení

9. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal k Úřadu návrh ze dne 4. 8. 2011 na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad obdržel návrh dne 4. 8. 2011 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavateli byl stejnopis návrhu doručen dne 9. 8. 2011.
10. V návrhu navrhovatel uvedl, že rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení stejně tak jako rozhodnutí o námitkách je nesrozumitelné, věcně nesprávné a nepřezkoumatelné, a nelze z něj zjistit, pro co konkrétně byl navrhovatel vyloučen a z jakého důvodu, neboť zadavatel argumentuje v rozhodnutí o námitkách jinými důvody než v rozhodnutí o vyloučení. Navrhovatel dále sdělil, že důvodem pro jeho vyloučení bylo dle rozhodnutí o vyloučení zřejmě několik věcí, a to včetně způsobu provedení tahové zkoušky a osob, které budou tahovou zkoušku provádět. Navrhovatel považuje toto vyloučení za neoprávněné, neboť zadavatel měl, pokud chtěl použít pouze jeden konkrétní způsob provedení tahové zkoušky, uvést již v zadávací dokumentaci, tj. předem a transparentně, jaký způsob provedení tahové zkoušky budou uchazeči používat. Navrhovatel v závěru navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí o vyloučení navrhovatele, rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a rozhodnutí o námitkách.
11. Zadavatel zaslal stanovisko dopisem ze dne 11. 8. 2011, ve kterém uvádí, že v zadávacím řízení bylo postupováno vůči všem uchazečům nediskriminačně a hodnotící komise hodnotila

nabídky uchazečů transparentně. Zadavatel poukazuje na rozpory v dokumentech navrhovatele, které se týkají tahových zkoušek, jejichž kvalitní, odborné provedení je pro zadavatele velmi důležité. Z nabídky a následných vyjádření navrhovatele vyplynuly pro hodnotící komisi a zadavatele vážné pochybnosti o schopnosti provést odborně tahové zkoušky, proto zadavatel nepřijal objasnění za dostatečné. Navrhovatel uvedl, že zkoušku bude provádět pan Skotnica přístrojem maďarské společnosti FAKOOPP BT. Zadavatel po zjištění dotazem u Mendelovy univerzity v Brně dospěl k názoru, že metoda prováděná tímto přístrojem je nevhodná. Zadavatel poukazuje na rozpory v jednotlivých tvrzeních navrhovatele, který uvedl, že tahové zkoušky prováděl a provádí i na jiných veřejných zakázkách (rekonstrukce městského parku ve Štítech a regenerace zeleně v parku státního zámku Hrádek u Nechanic), a to ve spolupráci s Mendelovou univerzitou. Tuto informaci ovšem uvedl až v námitkách proti rozhodnutí o vyloučení z další účasti v zadávacím řízení, a tato informace je v rozporu s informacemi, které podal na jednání hodnotící komise, kdy sdělil, že tahové zkoušky neprováděl, a že je bude provádět arborista pan Skotnica za použití přístrojů FAKOOPP BT., Maďarsko.

12. K opětovnému oznamování o rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zadavatel sdělil, že po zjištění, že první rozhodnutí výběru nejvhodnější nabídky ze dne 27. 6. 2011 podepsala osoba, která k tomu neměla oprávnění, neboť podle vnitřních pravidel zadavatele a dle usnesení Rady města Zlína mohl náměstek primátora činit právní úkony v souvislosti s tímto zadávacím řízením, nikoliv však rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, Rada města Zlína rozhodla usnesením č. 56/15R/2011 ze dne 25. 7. 2011 o výběru nejvhodnější nabídky a toto s původním dopisem zaslal zadavatel všem uchazečům, kterým zaslal předchozí nicotné oznámení o rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.
13. Z důvodu uvedeného v bodě 8 rozšířil navrhovatel svůj návrh dopisem ze dne 29.8.2011 o přezkoumání úkonů zadavatele v předmětném zadávacím řízení, o druhé rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 25. 7. 2011 a rozhodnutí o námitkách ze dne 18. 8. 2011.
14. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel
 - vybraný uchazeč.
15. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č.j. ÚOHS-S325/2011/VZ-13021/2011/510/OKo ze dne 18. 8. 2011. Současně Úřad usnesením č.j. ÚOHS-S325/2011/VZ-13023/2011/510/OKo ze dne 18. 8. 2011 stanovil účastníkům lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
16. S ohledem na obsah podaného návrhu ve vztahu k šetřenému případu získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, a proto rozhodnutím č.j. ÚOHS-S325/2011/VZ-14236/2011/510/OKo ze dne 7. 9. 2011 nařídil předběžné opatření, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení, a to do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

17. Úřad usnesením č.j. ÚOHS-S325/2011/VZ-16886/2011/510/OKo ze dne 24. 10. 2011 stanovil účastníkům lhůtu, ve které se mohli vyjádřit v souvislosti s vydaným rozhodnutím o předběžném opatření k podkladům rozhodnutí.
18. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

I.1 Vymezení technických kvalifikačních předpokladů

19. Podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby může veřejný zadavatel požadovat seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí; přílohou tohoto seznamu musí být
 - osvědčení vydané veřejným zadavatelem, pokud byly služby poskytovány veřejnému zadavateli, nebo
 - osvědčení vydané jinou osobou, pokud byly služby poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli, nebo
 - čestné prohlášení dodavatele, pokud byly služby poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli a není-li současně možné osvědčení podle bodu 2 od této osoby získat z důvodů spočívajících na její straně.
20. Dále podle § 56 odst. 7 zákona ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení
 - a) stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů,
 - b) uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a
 - c) vymežit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
21. Podle § 6 zákona zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
22. Smyslem stanovení technických kvalifikačních předpokladů je to, aby veřejná zakázka byla realizována pouze takovými dodavateli, kteří disponují dostatečnými zkušenostmi a technickou způsobilostí k řádné realizaci předmětu veřejné zakázky. Adekvátně nastavené technické kvalifikační předpoklady jsou tedy „sítím“, které má zamezit účasti subjektů neschopných danou veřejnou zakázku řádně splnit. Stanovení konkrétních požadavků je plně na úvaze zadavatele, ten je však při jejich výběru nucen zohlednit zejména výše uvedené předpoklady stanovené v § 50 odst. 3 a § 56 odst. 7 písm. c) zákona.
23. Z citovaných ustanovení zákona jednoznačně vyplývá, že zadavatel je podle druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky povinen odpovídajícím způsobem vymežit technické kvalifikační předpoklady, které musí vyjadřovat objektivně odůvodnitelné požadavky zadavatele a současně zajistit způsobilost uchazečů k plnění veřejné zakázky. Stanovením nepřiměřených požadavků na způsobilost uchazečů se nepřipustně omezuje okruh potenciálních dodavatelů

a vede k jejich diskriminaci tím, že jim znemožňuje zúčastnit se příslušného zadávacího řízení.

24. V oznámení o zakázce a v článku 4 písm. d) 1. kvalifikační dokumentace zadavatel požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů doložení seznamu služeb obdobného charakteru, které poskytl v posledních 3 letech, který bude obsahovat min. 3 významné služby obdobného charakteru (ošetřování a ořezy dřevin, výsadba dřevin), jejichž realizace byla financována z veřejných prostředků.
25. V dodatečných informacích k zadávacím podmínkám č. 3 ze dne 23. 3. 2011 na dotaz č.1 „zda bude zadavatelem akceptováno doložení referenční zakázky poskytované i pro jiného než veřejného zadavatele“ zadavatel sdělil, že bude akceptovat i reference zakázek, které byly poskytovány i jinému než veřejnému zadavateli s tím, že minimálně jedna z uvedených referenčních zakázek byla zadána veřejným zadavatelem.

I. 2 Závěry Úřadu

26. Kvalifikační kritérium „min. 3 významné služby obdobného charakteru (ošetřování a ořezy dřevin, výsadba dřevin), jejichž realizace byla financována z veřejných prostředků“ je diskriminační pro potenciální okruh uchazečů, kteří realizovali obdobnou zakázku, a jinak by byli schopni dostat ostatním kvalifikačním kritériím a plnit veřejnou zakázku. Úřad zdůrazňuje, že zadavatel nesmí požadovat po uchazečích údaje, které se bezprostředně netýkají předmětu veřejné zakázky, v tomto ohledu se požadavek na „financování z veřejných prostředků“ nejeví jako zásadní při ošetřování a ořezech dřevin a výsadbě dřevin, tj. plněních vymezených předmětem veřejné zakázky.
27. Z citovaných ustanovení zákona (viz body 19, 20, 21) jednoznačně vyplývá, že zadavatel je podle druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky povinen odpovídajícím způsobem vymezit technické kvalifikační předpoklady, které musí vyjadřovat objektivně odůvodnitelné požadavky zadavatele a současně zajistit způsobilost uchazečů k plnění veřejné zakázky. Stanovením nepřiměřených požadavků na způsobilost uchazečů se nepřipustně omezuje okruh potenciálních dodavatelů a vede k jejich diskriminaci tím, že jim znemožňuje zúčastnit se příslušného zadávacího řízení.
28. Z výše uvedeného je zřejmé, že zadavatel technické kvalifikační předpoklady stanovil diskriminačně, neboť jimi fakticky zamezil potenciálním dodavatelům, kteří dosud nerealizovali zakázku obdobného charakteru financovanou z veřejných prostředků, soutěžit o veřejnou zakázku. K tomu Úřad podotýká, že porušení zásady zákazu diskriminace nelze vztahovat jen na diskriminaci zjevnou, tedy případ, kdy zadavatel otevřeně postupuje jinak vůči jednotlivému dodavateli a jinak vůči dalším možným dodavatelům, nýbrž také na diskriminaci skrytou, kdy zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přitom je zřejmé, že ji mohou splnit jen někteří z dodavatelů, jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Na základě těchto zjištění lze posuzovaný požadavek zadavatele na doložení referenčních zakázek financovaných z veřejných prostředků kvalifikovat jako diskriminační, odporující zásadám podávaným v § 6 zákona, a to z toho důvodu, že někteří z potenciálních dodavatelů měli v tomto případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné

zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, neboť pokud by toto omezení zadavatel nestanovil, mohl obdržet více nabídek, přičemž nelze vyloučit, že by některá z těchto nabídek byla ekonomicky výhodnější. V souvislosti se skrytou diskriminací Úřad poukazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 1 Afs 20/2008 – 166 ze dne 5. 6. 2008.

29. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) zákona v návaznosti na § 6 zákona, když v zadávacích podmínkách nevynechal minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, a to při vymezení požadavku na předložení min. 3 významných služeb obdobného charakteru (ošetřování a ořezy dřevin, výsadba dřevin), jejichž realizace byla financována z veřejných prostředků, čímž současně porušil zásadu zákazu diskriminace v zadávacím řízení, neboť diskriminoval dodavatele, kteří by byli schopni realizovat předmět veřejné zakázky, i když nerealizovali služby obdobného charakteru (ošetřování a ořezy dřevin, výsadba dřevin), jejichž realizace byla financována z veřejných prostředků, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II. 1 Zadávací dokumentace

30. Podle § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele, vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel. Podle odst. 3 písm. e) téhož ustanovení zákona musí zadávací dokumentace obsahovat alespoň podmínky a požadavky na zpracování nabídky.
31. Zadavatel v článku 16 zadávací dokumentace stanovil předmět veřejné zakázky následovně: předmětem veřejné zakázky je poskytnutí služeb – ošetření stromů ořezem, vazbou, dále kácení provozně nebezpečných stromů a také výsadba nových stromů ve městě. Služby budou provedeny v souladu s projektovou dokumentací a položkovým rozpočtem, technickými podmínkami, nabídkou uchazeče a dle závazných pokynů OPŽP.
32. Přílohou č. 6 zadávací dokumentace je položkový rozpočet, ve kterém jsou uvedeny tahové zkoušky jako jedna z položek, a to v části Aleje – 1 ks, Odbor školství – 3 ks, VKP nábřeží dřevnice – 18 Ks, hlavní parky – 10 ks. Není ovšem uvedeno jakým způsobem či kterou metodou, ani kdo (např. zda arborista či konkrétní osoba s určitým oprávněním) je má provádět, jde jen o stanovení počtu tahových zkoušek, přičemž uchazeči doplňovali cenu, za kterou tahovou zkoušku provedou.
33. Z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 20. 4. 2011 vyplývá, že navrhovatel byl vyzván mimo jiné k tomu, aby popsal podrobně technologii realizace kompletního testu odolnosti stromů proti vývratu, zlomu a torzního zatížení a sdělil, kdo bude tahovou zkoušku provádět. Stejnou otázku k vysvětlení dostali i ostatní uchazeči, kteří shodně uvedli jako metodu testu, kterou chtějí použít, metodu vycházející z měření deformací průtahoměry, kterou v České

republiky provádí společnost SAFE TREES, s.r.o., IČ 26935287, se sídlem Na Štěpnici 945, 66501 Rosice u Brna.

34. Navrhovatel na výzvu, kterou obdržel dne 26. 4. 2011 odpověděl dopisem ze dne 3. 5. 2011, ve kterém uvedl, že s odkazem na publikaci Arboristika V. (str. 86) autorů Jaroslava Kolaříka a kol., bude zkoušku provádět pomocí metody SIM, která je založena na porovnávání pokusně zjištěné reakce stromu při určitém zatížení a možném zatížení (nepřímá metoda šíření ultrazvuku ve dřevě). Navrhovatel dále uvedl, že zkoušku bude provádět arborista Ing. Jiří Skotnica za pomoci přístroje společnosti FAKOOPP BT., Maďarsko.
35. Zadavatel si telefonicky vyžádal od Lesnické a dřevařské fakulty Mendelovy univerzity v Brně informaci o podmínkách a předpokladech řádného provádění tahových zkoušek. Lesnická a dřevařská fakulta Mendelovy univerzity v Brně ve svém vyjádření ze dne 13. 6. 2011 uvedla: „Alternativní systémy/metody samozřejmě existují. Vycházejí např. z měření jiné veličiny než je tuhost dřeva či kořenového balu. Nazýváme je proto nepřímými metodami. Zde řadíme např. měření rychlosti šíření zvuku/ultrazvuku ve dřevě nebo měření transpiračního proudu ve kmenech. Pro hodnocení provozní bezpečnosti je ale nepovažujeme za vhodné, protože stále existuje nejistota při interpretaci takto zjištěných dat. V případě výlučného použití takových metod pro hodnocení odolnosti proti zlomu a ukroucení je exaktní hodnocení nemožné. Na základě vlastních výsledků pokusů testujících možnosti využití např. metody šíření ultrazvuku ve dřevě několika typy přístrojů FAKOOPP BT. Maďarského kolegy dr. Diviše, jsme vyloučili možnost jejich použití, a proto výlučně používáme vlastní zařízení vycházející z měření deformací průtahoměry“.
36. Hodnotící komise po posouzení zdůvodnění jednotlivých nejasností navrhovatelem nepovažovala nabídku za objasněnou a požádala uchazeče, aby se účastnil jednání hodnotící komise a vysvětlil mimo jiné postup a způsob provádění tahové zkoušky.
37. Navrhovatel se zúčastnil jednání hodnotící komise dne 15. 6. 2011, přičemž uvedl, že tahové zkoušky neprováděl, a že je bude provádět arborista pan Skotnica za použití přístrojů FAKOOPP BT., Maďarsko nebo chtějí využít nového přístroje, který vyvíjí Mendelova univerzita v Brně.
38. V protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 15. 6. 2011 je uvedeno, že hodnotící komise po vyhodnocení všech informací rozhodla, že navrhovatel dostatečně neobjasnil nabídku, zejména způsob provádění tahové zkoušky, a proto jednohlasně rozhodla o vyřazení nabídky. Zadavatel rozhodnutím ze dne 24. 6. 2011 rozhodl o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení, s odkazem na stanovisko Lesnické a dřevařské fakulty Mendelovy univerzity, která použití metody šíření ultrazvuku ve dřevě pomocí přístrojů FAKOOPP BT. označila za nevhodné.

II. 2 Závěry Úřadu

39. Úřad konstatuje, že zadávací dokumentace je rozhodujícím podkladem, na jehož základě dodavatelé zpracovávají své nabídky, a proto zákon ukládá zadavateli vymezit

prostřednictvím zadávací dokumentace veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky nezbytné k tomu, aby dodavatelé mohli řádně zpracovat své nabídky. Zadávací dokumentace musí být transparentní, dostatečně konkrétní a srozumitelná tak, aby na jejím základě mohla proběhnout korektní soutěž, v jejímž rámci bude vybrána ta nejvhodnější nabídka. Požadavek jednoznačnosti a přesnosti plyne z obecné zásady transparentnosti zakotvené v ust. § 6 zákona. Zároveň musí obsahovat požadavky v takovém rozsahu, aby si jakýkoliv potenciální dodavatel po seznámení se se zadávací dokumentací dokázal udělat představu, co je předmětem veřejné zakázky a zda se daného zadávacího řízení zúčastní. Pokud zadávací dokumentace, resp. v ní obsažené požadavky zadavatele na zpracování nabídky objektivně připouští rozdílný výklad, nemůže taková interpretační nejistota stíhat žádného z uchazečů, ale zadavatele samotného. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá ze zákona zadavatel, který posléze posuzuje a hodnotí nabídky právě podle požadavků, které sám stanovil.

40. V poskytované zadávací dokumentaci zadavatel neuvedl, že požaduje provádění tahové zkoušky určitým specifickým způsobem či za určitých konkrétních podmínek. Bylo tedy na odborném úsudku zájemců o zakázku, aby zvolili způsob provedení tahové zkoušky. Pokud zadavatel měl potřebu provést tahové zkoušky určitým způsobem, tzn. pouze jednou z možných metod, měl specifikovat jasně a jednoznačně v zadávací dokumentaci jakým způsobem bude tahová zkouška prováděna a nikoliv určovat způsob provedení tahové zkoušky až následně ve fázi posuzování nabídek. Úřad poukazuje na to, že zadavatel vyřadil nabídku navrhovatele právě z důvodu navrhovaného způsobu provádění tahové zkoušky.
41. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 44 odst. 1 v návaznosti na ust. § 6 zákona tím, že nestanovil zadávací podmínky natolik přesně a jednoznačně, aby neumožňovaly různý výklad a tento různý výklad následně přisuzoval k tíži uchazečům o veřejnou zakázku, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
42. K pochybnostem navrhovatele o správnosti postupu zadavatele při vyřazení jeho nabídky z další účasti v zadávacím řízení z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny Úřad uvádí, že vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím zadání veřejné zakázky ruší, není nutné se jimi dále zabývat. Šetření uvedených skutečností by totiž nemohlo mít na výsledek rozhodnutí Úřadu vliv. Uvedený závěr vyplývá např. z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci č.j. 2A2/99, ze kterého lze vyvodit, že zkoumání dalších důvodů pro uložení nápravného opatření je nadbytečné, existuje-li alespoň jeden oprávněný důvod.

II. 1 Uložení nápravného opatření

43. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

44. Jak vyplývá z textu tohoto rozhodnutí, postupoval zadavatel v zadávacím řízení v rozporu se zákonem již při stanovení zadávacích podmínek uvedených v oznámení o zakázce, a proto nelze nápravu zjednat např. zrušením rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Jelikož vadou trpí již samotné oznámení o zakázce, lze nápravy v daném případě dosáhnout pouze zrušením zadávacího řízení.
45. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a tento nezákonný postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, rozhodl Úřad o zrušení zadávacího řízení, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
46. Pro úplnost Úřad uvádí, že podle § 84 odst. 7 zákona stanoví, že zadavatel odešle oznámení o zrušení zadávacího řízení k uveřejnění v informačním systému podle § 157 do 3 dnů ode dne přijetí rozhodnutí; tato povinnost neplatí pro jednací řízení bez uveřejnění a řízení na základě rámcové smlouvy. Dále je zadavatel podle § 84 odst. 8 zákona povinen doručit písemné oznámení o zrušení zadávacího řízení do 2 pracovních dnů ode dne přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu. Podle § 84 odst. 9 zákona pokud zruší zadávací řízení Úřad, užijí se § 84 odst. 7 a 8 obdobně, přičemž lhůty počínají běžet ode dne nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu.

K uložení úhrady nákladů řízení

47. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona také rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis, vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 odst. 1 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo soutěže o návrh nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,-- Kč.
48. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím zrušil předmětné zadávací řízení, uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení, tak jak je uvedeno v bodě III. výroku rozhodnutí. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2011000325.

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 – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Statutární město Zlín, náměstí Míru 12, 761 40 Zlín

Mgr. Tomáš Uherek, advokát, AK STRÁNSKÝ A PARTNEŘI, Jandova 8, 190 00 Praha 9

SVOBODNÉ ZAHRADY KLUS, s.r.o., Dolní Lištná 10, 739 61 Třinec

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy