

Č.j.: 3R72/04-Ku

V Brně dne 26.10.2004

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 14.9.2004 podaném společností VIAGEOS, spol. s r.o., se sídlem Janáčkovo nábř. 9, 150 00 Praha 5, právně zast. advokátem JUDr. Mikulášem Ůrge, Ph.D., advokátem Advokátní kanceláře Ůrge & Černoohlávek, se sídlem v Paláci Adria, Jungmannova 31, 110 00 Praha 1, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 528-R/04-397/140/OŠ ze dne 23.8.2004, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele - Ředitelství silnic a dálnic ČR, se sídlem Na Pankráci 56, 140 00 Praha 4, zast. generálním ředitelem Ing. Petrem Laušmanem, v obchodní veřejné soutěži na „měření a dodávku dat o technickém stavu vozovek dálnic a silnic I. třídy“ vyhlášené dne 25.6.2003 v Obchodním věstníku č. 25/2003 pod značkou 173687-25/03, podle 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., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb., jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu zvláštní komise ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona, rozhodl takto:

Napadené rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 528-R/04-397/140/OŠ ze dne 23.8.2004

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m .

Odůvodnění

Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, se sídlem Na Pankráci 56, 145 05 Praha 4, zast. generálním ředitelem Ing. Petrem Laušmanem (dále jen „zadavatel“) vyhlásil dne 25.6.2003 v Obchodním věstníku č. 25/03 pod značkou 173687-25/03 obchodní veřejnou soutěž „na měření a dodávku dat o technickém stavu vozovek dálnic a silnic I. třídy“ (dále jen „soutěž“) podle 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., č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon“).

Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 30.7.2003 vyplývá, že zadavatel do konce soutěžní lhůty obdržel dvě nabídky, a že žádná z nich nebyla komisí pro otevírání obálek vyřazena z dalšího posuzování a hodnocení. Rovněž tak komise pro posouzení a hodnocení nabídek na svém jednání dne 14.8.2003 nenavrhl žádnou z nabídek k vyřazení a jako nejvhodnější nabídku doporučila zadavateli nabídku uchazeče VIAGEOS, spol. s r.o., Praha, zast. jednatelem Ing. Václavem Bolinou, právně zast. advokátem JUDr. Mikulášem Ůrge, Ph.D., AK Ůrge & Černohlávek, se sídlem v Paláci Adria, Jungmannova 31, 110 00 Praha 1 (dále jen „Viageos“), druhá v pořadí se umístila nabídka uchazeče INFRAM a.s., se sídlem Pelušková 1407, 198 00 Praha 9 – Kyje, zast. prokuristou Ing. Zdeňkem Jeřábekem, CSc. (dále jen „Infram“). Zadavatel akceptoval doporučení komise a rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zaslal oběma uchazečům. Uchazeč Infram podal námitky a následně návrh na přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) rozhodnutím pod č.j. VZ/S174-R/03-152/5618/03-jl ze dne 12.12.2003, zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 10.9.2003 podle § 59 písm. a) zákona a uložil zadavateli provést nový výběr nejvhodnější nabídky a to pro porušení § 34 odst. 4 zákona tím, že při posuzování nabídek z hlediska obsahového splnění podmínek soutěže nevyločil uchazeče, jehož nabídka neobsahovala údaje, jejichž předložení v nabídkách zadavatel požadoval v podmínkách soutěže a dále § 35 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, neboť nabídky nehodnotil podle zveřejněného způsobu hodnocení a § 37 odst. 1 písm. h) zákona, neboť zpráva o posouzení a hodnocení nabídek neobsahovala výsledek hodnocení jednotlivých nabídek a zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky. Proti citovanému rozhodnutí podal Viageos rozklad. Rozhodnutím předsedy Úřadu č.j. 2R 4/04-Hr ze dne 13.3.2004 bylo rozhodnutí Úřadu potvrzeno a podaný rozklad zamítnut.

Na základě pravomocného rozhodnutí předsedy Úřadu č.j. 2R 4/04-Hr ze dne 13.3.2004 statutární zástupce zadavatele dne 31.5.2004 pod č.j. 15532/04-10200 rozhodl o vyloučení Viageos z další účasti v soutěži. Jako důvod vyloučení uvedl, že Viageos nesplnil požadavek zadavatele na obsah nabídky, neboť nedodal reprezentativní vzorek dat ve struktuře požadované v bodě 4.1.3 části 2 zadávací dokumentace. Viageos obdržel rozhodnutí o vyloučení dne 2.6.2004 a podal námitky zadavateli dne 11.6.2004. Statutární zástupce zadavatele námitky přezkoumal a námitkám nevyhověl svým rozhodnutím o námitkách ze dne 18.6.2004 č.j. 16560/04-10200. Zároveň Viageos poučil o možnosti podat návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu. Rozhodnutí o námitkách obdržel Viageos dne 22.6.2004 a dne 29.6.2004 podal Viageos návrh, který Úřad i zadavatel

obdrželi dne 30.6.2004. Tímto dnem pak bylo v souladu s ustanovením § 57 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení, jehož účastníky podle § 58 zákona jsou zadavatel a Viageos.

Viageos ve svém návrhu nejdříve popisuje první část průběhu soutěže a uvádí, že zadavatel v rozhodnutí o vyloučení, jakož i v závěru rozhodnutí o námitkách konstatoval, že Viageos nedodal reprezentativní vzorek dat ve struktuře požadované v části 2, článek 4.1.3 zadávací dokumentace soutěže. Proti tomuto tvrzení Viageos namítá, že jeho nabídka obsahovala veškerá data požadovaná zadavatelem v zadávací dokumentaci, respektive tato data byla snadno zjistitelná z grafického znázornění podle části 2, článek 4.1.3., odrážka první, v pořadí první členění zadávací dokumentace. Tuto skutečnost podle názoru Viageos potvrzuje i doc. Ing. Miroslav Kaun, CSc., ve svém odborném posudku, který Viageos předložil v předešlém správním řízení. Skutečnost, že měřená data byla Viageos předána v grafické podobě a nikoli již ve formě „dbf“ souborů je podle něj toliko formálním pochybením srovnatelným např. s absencí podpisu uchazeče na některém z dotazníků tvořících část 3 zadávací dokumentace. O skutečnosti, že Viageos ve své nabídce splnil všechny požadavky stanovené zadavatelem svědčí i doporučení komise ze dne 17.5.2004, která při opětovném posouzení nabídek neshledala, že by nabídka Viageos nesplňovala obsahové podmínky soutěže stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci, a naopak jeho nabídku opětovně zhodnotila jako nevhodnější.

V souladu s pravomocným rozhodnutím Úřadu byly nabídky komisí nově posouzeny a hodnoceny. Na základě provedeného posouzení měl zadavatel v souladu s § 34 odst. 4 zákona rozhodnout o vyloučení Infram. Komise, která dne 10.5.2004 a 17.5.2004 doporučila vyloučit uchazeče Infram, který uvedeným požadavkům nevyhověl z důvodů nově zjištěných nedostatků. Podle názoru Viageos, by vyloučením Infram došlo k zahojení porušení § 34 odst. 4 zákona dle výroku rozhodnutí Úřadu potvrzeného rozhodnutím o rozkladu. Místo toho zadavatel rozhodl o vyloučení Viageos v rozporu s § 34 odst. 4 zákona, s odkazem na odůvodnění rozhodnutí, aniž by ovšem komise postupem podle § 34 odst. 4 zákona vyřazení nabídky uchazeče Viageos zadavateli navrhla.

Na závěr svého podání Viageos polemizuje s tím, že pokud by byl Infram vyloučen již při otevírání obálek, nebyl by mohl podat návrh v prvním správním řízení. Na základě uvedeného, je Viageos toho názoru, že jeho nabídka vyhovuje požadavku obsahového splnění podmínek soutěže (zadávací dokumentaci) a navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče č.j. 15532/04-10200 ze dne 31.5.2004 a uložil zadavateli rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky na základě posouzení a hodnocení nabídek komisí ze dne 17.5.2004.

K návrhu uchazeče se ve stanovené lhůtě vyjádřil statutární orgán zadavatele. Ve svém stanovisku ze dne 30.7.2004 uvádí, že ve svém rozhodnutí o vyloučení uchazeče reflektoval rozhodnutí Úřadu, které konstatovalo, že nevyločením uchazeče zadavatel porušil ustanovení § 34 odst. 4 zákona. Jak je uvedeno v rozhodnutí o vyloučení, tímto rozhodnutím zadavatel zjištěné porušení zákona odstranil. Zadavatel má dále za to, že řádné opravné prostředky byly vyčerpány, rozhodnutí Úřadu je pravomocné a zadavatel byl navíc vázán lhůtou, do kdy měl nedostatky zjištěné v rozhodnutí Úřadu napravit. Tuto svoji povinnost rozhodnutím o vyloučení Viageos zadavatel splnil. Ve věcné rovině nesplnění požadavku na strukturu dat ve smyslu článku 4.1.3 části 2 zadávací dokumentace soutěže se zadavatel ztotožňuje s názorem Úřadu. Zadavatel má dále za to, že vůli zadavatele při formulaci předmětu veřejné zakázky nelze označit za okrajovou, neboť ve smyslu § 5 zákona je ve věci stanovení podmínek soutěže je kompetentní právě zadavatel při zachování právního principu přezkoumatelnosti jeho rozhodnutí. Tvrzení Viageos o tom, že jednotlivé části zadávací

dokumentace spolu nesouvisí, odporuje ustanovení části 2, článku 8.1 zadávací dokumentace, který stanoví, že všechny části zadávací dokumentace tvoří jediný celek. Tvrzení, že vyloučení uchazeče odporuje ustanovení § 34 odst. 4 zákona, zadavatel odmítá. Toto ustanovení stanoví, že rozhodnutí o vyloučení příslušného uchazeče ze soutěže přísluší zadavateli. Z toho zadavatel usuzuje, že není doporučením komise pro posouzení a hodnocení nabídek vázán. Pro úplnost je třeba uvést, že zadavatel považuje za svoji povinnost kdykoliv v průběhu obchodní veřejné soutěže odstraňovat zjištěné nedostatky rozhodnutími, která mu dle zákona přísluší. V daném případě byl zadavatel navíc vázán rozhodnutími Úřadu.

Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 23.8.2004 rozhodnutí pod č.j. S 528-R/04-397/140/OŠ, kterým konstatoval, že rozhodnutím zadavatele ze dne 31.5.2004 č.j. 15532/04-10200 o vyloučení Viageos ze soutěže, nedošlo k porušení zákona a návrh tohoto uchazeče podle § 60 písm. a) zákona zamítl.

Své rozhodnutí odůvodnil Úřad zejména tím, že z části 2 zadávací dokumentace, bodu 4., „Informace/dokumenty předkládané uchazečem“ a podbodou 4.1.3 vyplývá zcela jednoznačně, že zadavatel požadoval po uchazečích mimo jiné i předložení reprezentativního vzorku dat, přičemž stanovil jeho přesné členění. Podle první odrážky tohoto členění měli uchazeči předložit „grafy s vyznačením naměřených nebo odvozených hodnot parametrů:

- podélná nerovnost IRI (průměry na úseku 10 m)
- vyjeté koleje K (krok 10 m)
- makrotextura MPD (krok 20 m)
- příčný sklon p (krok 10 m)“

Podle druhé odrážky téhož členění měli uchazeči dále předložit „grafy vytvořených homogenních sekcí pro jednotlivé parametry (mimo parametr poruchy)“. V odrážkách třetí až šesté pak zadavatel vymežil i další součásti požadovaného reprezentativního vzorku dat.

Viageos ve své nabídce nepředložil naměřené hodnoty, ale jak sám uvádí pouze hodnoty odvozené, a to ve formě homogenních sekcí. Skutečnost, že měřená data byla Viageos předána v grafické podobě a nikoli již ve formě „dbf“ souborů je podle něj toliko formálním pochybením srovnatelným např. s absencí podpisu uchazeče na některém z dotazníků tvořících část 3 zadávací dokumentace. Viageos předložením požadovaných dat ve formě homogenních sekcí nenaplnil požadavek zadavatele na obsah nabídky, tak jak byl formulován v bodě 4.1.3 části 2 zadávací dokumentace, neboť je zřejmé, že pokud by zadavatel požadoval předložit data, popsána pod první odrážkou předmětného členění rovnou a pouze ve formě grafů vytvořených homogenních sekcí, pak by svůj požadavek takto výslovně formuloval, stejně jak to učinil v následující druhé odrážce předmětného členění. Protože však obě předmětné odrážky zadavatel formuloval odlišně, je zřejmé, že i jeho požadavky byly odlišné. Pokud tedy Viageos reagoval na požadavek zadavatele, formulovaný pod odrážkou jedna předmětného členění tak, že předložil data zpracovaná v homogenních sekcích, nelze toto považovat za splnění podmínek zadání soutěže.

Zadavatel zajistil svolání komise pro posouzení a hodnocení nabídek, která však postupovala v rozporu s pravomocným rozhodnutím Úřadu. Zadavatel se proto neřídil doporučením komise, která mu doporučila vyloučit uchazeče Infram a jako nejvhodnější nabídku doporučila nabídku uchazeče Viageos, protože toto doporučení bylo v rozporu s pravomocným rozhodnutím Úřadu, a proto se zadavatel rozhodl odstranit nedostatky v jeho předchozích rozhodnutích a vyloučil uchazeče Viageos z další účasti v obchodní veřejné soutěži.

Tvrzení uchazeče, že zadavatel měl postupovat podle doporučení komise pro posouzení a hodnocení nabídek a vyloučit Infram Úřad uvádí, že podle ustanovení § 34 odst. 4 zákona rozhodnutí o vyloučení příslušného uchazeče ze soutěže přísluší zadavateli.

Zadavatel postupoval podle ustanovení § 34 odst. 4 zákona a uchazeče vyloučil pro nesplnění požadavku zadavatele na obsah nabídky, neboť uchazeč nedodal reprezentativní vzorek dat ve struktuře požadované v bodě 4.1.3 části 2 zadávací dokumentace. Zadavatel svým rozhodnutím o vyloučení Viageos č.j. 15 532/04-10200 ze dne 31.5.2004 odstranil nedostatky ve svých rozhodnutích v předešlém správním řízení a postupoval v intencích rozhodnutí Úřadu ze dne 12.12.2003 č.j. VZ/S 174-R/03-152/5618/03-jl a rozhodnutí předsedy Úřadu č.j. 2R 4/04-Hr ze dne 13.3.2004.

Proti tomuto rozhodnutí podal Viageos v zákonné lhůtě rozklad, ve kterém uvádí, že napadené rozhodnutí má:

- a) vady skutkového zjištění, když Úřad nesprávně zjistil, že navrhovatel nevyhověl požadavku obsahového splnění podmínek soutěže a
- b) vady právního posouzení, když Úřad neshledal v rozporu s § 34 odst. 4 zákona zadavatelův úkon vyloučení uchazeče Viageos, jehož nabídku komise na základě posouzení nabídky z hlediska obsahového splnění podmínek soutěže nenavrhl vyřadit.

K tomu dále Viageos uvádí, že jeho nabídka vyhověla požadavku obsahového splnění podmínek soutěže s tím, že v nabídce předložil grafy s vyznačením naměřených i odvozených hodnot v předepsaných krocích, čímž vyhověl požadavku obsahového splnění podmínek. Dále Viageos uvádí, že pokud přesahovalo posouzení skutečností důležitých pro rozhodnutí odbornou způsobilost Úřadu, měl Úřad dle § 36 správního řádu ustanovit znalce a vyžádat si odborný znalecký posudek. Dále Viageos namítá, že Úřad neshledal v rozporu s § 34 odst. 4 zákona zadavatelův úkon vyloučení uchazeče, jehož nabídku komise z hlediska obsahového splnění podmínek nenavrhl vyřadit a tuto skutečnost považuje uchazeč Viageos za vadu právního posouzení a tvrdí, že nabídky posuzuje a hodnotí komise a nikoliv zadavatel. Také odkazuje na skutečnosti uvedené v jeho návrhu.

Dále Viageos uvádí, že nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že komise postupovala v rozporu s názorem Úřadu uvedeným v pravomocném rozhodnutí Úřadu, když členové komise jsou dle § 31 zákona fyzické osoby s příslušnou odbornou způsobilostí, které splňují další podmínky dle § 32 zákona. Členové komise rozhodují pouze na základě své odborné způsobilosti a v souladu se zákonem, který neumožňuje orgánu dohledu uložit povinnost členům komise rozhodnout v rozporu se svým odborným názorem. Viageos také namítá, že Úřad uložil zadavateli povinnost vyloučit ze soutěže uchazeče, jehož nabídku komise ani nenavrhl vyřadit.

Závěrem rozkladu se Viageos domáhá, aby předseda Úřadu změnil rozhodnutí s tím, že zadavatel rozhodnutím o vyloučení Viageos porušil zákon a uložil zadavateli povinnost postupovat podle § 38 zákona o výběru nejvhodnější nabídky na základě doporučení komise ze dne 17.5.2004.

Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:

Úřad tím, že svým rozhodnutím č.j. S 528-R/04-397/140/OŠ ze dne 23.8.2004 zamítl podle § 60 písm. a) zákona návrh společnosti Viageos s tím, že rozhodnutím zadavatele č.j. 15532/04-10200 ze dne 31.5.2004 o vyloučení tohoto uchazeče ze soutěže nedošlo k porušení zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

K námitkám Viageos, že vyhověl požadavkům obsahového splnění všech podmínek soutěže uvádím, že Úřad správně zjistil a posoudil, že uchazeč Viageos předložením požadovaných dat ve formě homogenních sekcí nenaplnil požadavek zadavatele na obsah nabídky, tak jak byl tento formulován v bodě 4.1.3 části 2 zadávací dokumentace, neboť je zřejmé, že pokud by zadavatel požadoval předložit data, popsána pod první odrážkou předmětného členění (tedy data „naměřených nebo odvozených hodnot“) rovnou a pouze ve formě grafů vytvořených homogenních sekcí, pak by svůj požadavek takto výslovně formuloval, stejně jak to učinil v následující druhé odrážce předmětného členění. Protože však obě předmětné odrážky zadavatel formuloval odlišně, je zřejmé, že i jeho požadavky byly odlišné. Pokud tedy uchazeč Viageos reagoval na požadavek zadavatele, formulovaný pod odrážkou jedna předmětného členění tak, že předložil data zpracovaná v homogenních sekcích, nelze toto považovat za splnění podmínek zadání soutěže. S tímto názorem Úřadu se plně ztotožňuje i zadavatel, a proto rozhodl o vyloučení Viageos ze soutěže právě pro nesplnění podmínek soutěže.

K námitkám, že si měl Úřad nechat vypracovat znalecký posudek, uvádím, že nebylo nutné nechat si vypracovat znalecký posudek, neboť pro posouzení případu není rozhodné, zda předložení homogenních sekcí je současně předložením relevantních odvozených hodnot, ale řešení případu spočívá ve zjištění, že uchazeč předložil předmětná data v jiné formě, než požadoval zadavatel. Ten proto v souladu s ustanovením § 34 odst. 4 zákona uchazeče Viageos vyloučil z další účasti v soutěži.

K tvrzení uchazeče Viageos, že zadavatel nemůže zjistit obsahové splnění podmínek soutěže u uchazeče, u kterého to nezjistila komise a nenavrhla jeho nabídku k vyřazení odkazují na znění ustanovení § 34 odst. 4 zákona, dle kterého rozhodnutí o vyloučení příslušného uchazeče ze soutěže přísluší zadavateli. Nelze se ztotožnit s tvrzením Viageos, že vyloučit uchazeče ze soutěže může zadavatel toliko tehdy, pokud nabídku tohoto uchazeče navrhne komise vyřadit. V této souvislosti je nutno si uvědomit, že odpovědnost za správnost a zákonnost veškerých úkonů při zadávání veřejných zakázek nese pouze zadavatel. Proto vyloučení příslušného uchazeče ze soutěže přísluší zadavateli, tak jako zadavatel může například podle § 38 odst. 2 a odst. 3 zákona rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky, které neodpovídá pořadí nabídek podle hodnocení komise.

K námitkám Viageos, že členové komise jsou dle § 31 fyzické osoby s odbornou způsobilostí a splňují i další podmínky dle § 32 zákona a nemohou se tedy řídit pravomocným rozhodnutím Úřadu a nelze jim uložit Úřadem povinnost rozhodnout v rozporu se svým odborným názorem, uvádím, že meritem projednávané věci je skutečnost, zda nabídka společnosti Viageos splnila podmínky soutěže tak, jak si je zadavatel sám stanovil. Otázkou není odborné posouzení nabídky, ale obsahové splnění podmínek soutěže. V daném případě i členové komise jsou povinni se řídit ustanoveními zákona a zkoumat, zda předložené nabídky vyhovují požadavkům uvedeným v § 34 odst. 4 zákona, tedy zda byly splněny podmínky soutěže z hlediska jejich obsahového splnění.

Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Rozhodnutí obdrží:

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 56, 140 00 Praha 4, zast. generálním ředitelem Ing. Petrem Laušmanem,
2. JUDr. Mikuláš Ůrge, Advokátní kancelář Ůrge & Černohlávek, se sídlem Palác Adria, Jungmannova 31, 110 00 Praha 1,
3. spis.