ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

# R O Z H O D N U T Í

UOHSX0016YSL

Č. j. UOHS-S32/2009/VZ-3933/2009/540/JSl V Brně dne 22. června 2009

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže jako orgán dohledu příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z vlastního podnětu dne 3.3.2009, jehož účastníky jsou

- zadavatel - Statutární město Ústí nad Labem, IČ 00081531, se sídlem Velká Hradební 8, 401 00 Ústí nad Labem, zast. Mgr. Janem Kubatou, primátorem města,

- vybraný uchazeč – EUROVIA CS, a.s., do 1.4.2009 podnikající pod obchodním názvem Stavby silnic a železnic, a. s., IČ 452 74 924, se sídlem Národní třída 10, 113 19 Praha, za niž jedná Ing. Martin Borovka, předseda představenstva,

ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatele ve veřejné zakázce „Revitalizace městského centra – I. etapa, Ústí nad Labem“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod evidenčním číslem 50004884 dne 21.2.2005,

**rozhodl** takto:

I.

Zadavatel – Statutární město Ústí nad Labem, IČ 00081531, se sídlem Velká Hradební 8, 401 00 Ústí nad Labem, se dopustil správního deliktu podle ust. § 102 odst. 1 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Revitalizace městského centra – I. etapa, Ústí nad Labem“ nedodržel postup stanovený v ustanovení

a) § 25 odst. 1 výše citovaného zákona tím, že výběr zájemců při omezení jejich počtu losem nebyl transparentní,
b) § 55 odst. 3 výše citovaného zákona tím, že jako jedno z dílčích kritérií hodnocení nabídek dle jejich ekonomické výhodnosti zvolil i kritérium „reference odborných zakázek, jejich kvalita, způsob provedení a zajištění“, které nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, ale kvalifikaci uchazeče ve smyslu § 33 odst. 1 písm. a) bodu 2. tohoto zákona,

c) § 65 odst. 1 v návaznosti na § 63 odst. 1 výše citovaného zákona, neboť rozhodl o přidělení veřejné zakázky uchazeči na základě zprávy o posouzení a hodnocení nabídek neobsahující popis hodnocení nabídek s odůvodněním,

přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek a smlouva již byla uzavřena.

II.

Zadavatel – Statutární město Ústí nad Labem, IČ 00081531, se sídlem Velká Hradební 8, 401 00 Ústí nad Labem, při zadávání výše uvedené veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v ustanovení § 32 odst. 2 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když v oznámení zadávacího řízení nestanovil způsob prokázání finanční a ekonomické způsobilosti zájemců, přičemž tento jeho postup neovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

III.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli Statutárnímu městu Ústí nad Labem, IČ 00081531, se sídlem Velká Hradební 8, 401 00 Ústí nad Labem, v souladu s ust. § 102 odst. 2 písm. a) výše citovaného zákona ukládá

**pokuta ve výši 300 000,- Kč (tři sta tisíc korun českých).**

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 0320950001.

IV.

Podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, se zadavateli – Statutárnímu městu Ústí nad Labem, IČ 00081531, se sídlem Velká Hradební 8, 401 00 Ústí nad Labem, ukládá:

**uhradit náklady řízení ve výši 1 000,- Kč (jeden tisíc korun českých).**

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 0320950002.

## Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), jako orgán příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel dne 12.1.2009 podnět, v němž bylo uvedeno, že zadavatel - Statutární město Ústí nad Labem, IČ 00081531, se sídlem Velká Hradební 8, 401 00 Ústí nad Labem (dále jen „zadavatel“), se při zadávání veřejné zakázky „Revitalizace městského centra – I. etapa, Ústí nad Labem“, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem 50004884 dne

21.2.2005, dopustil porušení zákona tím, že použil při výběru dodavatele nesprávných hodnotících kritérií a nesplnil požadavky kladené zákonem na zpracování zprávy o posouzení a hodnocení nabídek.

Orgán dohledu si dopisem ze dne 15.1.2009 vyžádal od zadavatele dokumentaci o zadání veřejné zakázky. Zadavatel zaslal dopisem ze dne 23.1.2009 orgánu dohledu požadované doklady. Z předložené dokumentace zjistil orgán dohledu následující skutečnosti.

Předmětem veřejné zakázky bylo podle zadávací dokumentace provedení prací „Revitalizace městského centra – I. etapa, Ústí nad Labem“, které zahrnovaly prostor Mírového náměstí a ulic Hrnčířská a Revoluční, rekonstrukci povrchů komunikačních ploch, vybavení městským mobiliářem, novou organizaci městské dopravy a celkovou opravu technických sítí a přípojek včetně přeložek inženýrských sítí na celkové ploše 22 900 $m^2$.

V oznámení zadávacího řízení pod bodem 5.5 omezil zadavatel počet zájemců pro průběh užšího řízení na 6. Pod bodem 11.4 oznámení pak upřesnil způsob omezení počtu zájemců tak, že bude proveden losováním.

V oznámení zadávacího řízení pod bodem 9.2 uvedl zadavatel požadavky na splnění ekonomické a finanční kvalifikace pro účast v užším řízení tak, že musí být v souladu se zákonem, přičemž použil odkaz na ustanovení § 32 odst. 1 písm. a) až d) zákona.

V čl. 12.3 zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že základním hodnotícím kritériem je ekonomická výhodnost nabídky, kdy nabídky budou hodnoceny podle následujících dílčích hodnotících kritérií:

| | | |
|---|---|---|
| 1. | Počet uzlových bodů v harmonogramu a sankce za jejich nesplnění | váha 40 % |
| 2. | Celková nabídková cena | váha 30 % |
| 3. | Reference odborných zakázek, jejich kvalita, způsob provedení a zajištění | váha 20 % |
| 4. | Záruční podmínky | váha 10 % |

Zadavatel v části zadávací dokumentace „Požadavky a podmínky pro zpracování nabídky“ pod bodem 12.2.4 požadoval specifikaci záručních podmínek poskytovaných uchazeči pro následující části:

- Komunikace vozidlové
- Komunikace pěší
- Ostatní

Na základě oznámení zadávacího řízení zadavatel žádosti o účast od osmnácti zájemců, přičemž žádný z nich nebyl při posouzení splnění kvalifikačních předpokladů vyloučen. Zadavatel následně provedl omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení (v souladu s pravidly uvedenými v čl. 11.4 oznámení zadávacího řízení, tedy losováním), jehož výsledek je zaznamenán v protokolu o hodnocení kvalifikačních předpokladů ze dne 8.4.2005. Podle protokolu se omezení počtu uchazečů losováním účastnila hodnotící komise ve složení schváleném usnesením rady zadavatele č. 87/05 ze dne 10.2.2005. Jediný tam uvedený zástupce odborné veřejnosti [redacted] byl z jednání komise omluven, takže se omezení počtu uchazečů účastnili pouze zástupci zadavatele a zástupce zadavatelem pověřené osoby ([redacted]). Dopisem ze dne 12.4.2005 vyzval zadavatel všech šest vylosovaných uchazečů k podání nabídky.

Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 13.5.2005 vyplývá, že na základě posouzení a hodnocení nabídek byla jako nejvýhodnější vybrána nabídka uchazeče EUROVIA CS, a.s. (do 1.4.2009 podnikající pod obchodním názvem Stavby silnic a železnic, a.s.), IČ 45274924, se sídlem Národní 10, 113 19 Praha (dále jen „vybraný uchazeč“). Následně zaslal zadavatel všem uchazečům rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky vybranému uchazeči ze dne 24.5.2005, které bylo ostatním uchazečům řádně doručeno. Dne 22.6.2005 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo v souladu s nabídkou za cenu plnění ve výši 116 974 404,- Kč bez DPH, což činí 139 199 541,- Kč vč. DPH.

Po přezkoumání obsahu dokumentace o zadání veřejné zakázky získal orgán dohledu pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, a proto zahájil správní řízení z vlastního podnětu ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem při omezení počtu zájemců losem, stanovení způsobu prokázání finanční a ekonomické způsobilosti zájemců, stanovení hodnotících kritérií a vypracování zprávy o posouzení a hodnocení nabídek. Zahájení správního řízení bylo účastníkům oznámeno dopisem č.j. ÚOHS-S32/2009-1381/2009/540/JSl ze dne 2.3.2009. Současně s tímto oznámením zaslal orgán dohledu účastníkům řízení usnesení č.j. ÚOHS-S32/2009/VZ-2086/2009/540/JSl ze dne 2.3.2009, kterým jim stanovil lhůtu do 11.3.2009, ve které jsou oprávněni navrhovat důkazy, činit jiné návrhy, a jsou oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko. Dále stanovil účastníkům řízení lhůtu do 13.3.2009, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Doručením uvedeného oznámení bylo dne 3.3.2009 zahájeno příslušné správní řízení.

Účastníky správního řízení podle § 99 zákona jsou

- zadavatel,
- vybraný uchazeč – EUROVIA CS, a.s. (do 1.4.2009 podnikající pod obchodním názvem Stavby silnic a železnic, a.s.), IČ 45274924, se sídlem Národní 10, 113 19 Praha.

Dne 11.3.2009 obdržel orgán dohledu vyjádření zadavatele, v němž zadavatel vyjadřuje své stanovisko k šetřenému případu.

Zadavatel pochybuje o přípustnosti zahájení správního řízení v dané věci, neboť dle jeho názoru lze v souladu s § 96 zákona řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájit nejpozději do 3 let ode dne, kdy úkonem zadavatele došlo k porušení zákona. Tato podmínka podle názoru zadavatele nebyla splněna, neboť k porušení zákona mohlo podle něj dojít buď v den oznámení zadávacího řízení, které bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 21.2.2005, nebo nejpozději dne 13.4.2005, kdy poslední z šesti vylosovaných uchazečů převzal „Požadavky a podmínky pro zpracování nabídky“. Podle názoru zadavatele tedy zahájením řízení dne 3.3.2009 nejsou naplněny podmínky pro zahájení řízení z moci úřední a předmětné řízení bylo zahájeno v rozporu se zákonem č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“).

Přestože se zadavatel domnívá, že zahájené řízení trpí nezhojitelnou překážkou bránící jeho pokračování, pro úplnost se vyjadřuje ke všem domnělým porušením zákona, která byla uvedena v oznámení ze dne 2.3.2009.

K pochybnosti orgánu dohledu o chybné specifikaci požadavků na prokázání splnění finanční a ekonomické způsobilosti zadavatel uvádí, že postupoval plně v souladu s ust. § 32 odst. 2 zákona, neboť cit. ustanovení je podle něj založeno na principu spočívajícím v tom, že stanovení konkrétních požadavků na prokázání způsobilosti je zcela v kompetenci zadavatele.

Pokud pak zadavatel postupoval tak, aby nedošlo k porušení základních zásad zadávacího řízení – tedy zákazu diskriminace a transparentnosti zadávacího řízení – je jeho postup v pořádku a k porušení zákona nemohlo podle něj dojít. Tento svůj závěr opírá zadavatel rovněž o skutečnost, že při posouzení způsobilosti zájemců akceptoval všechny z předložených forem dokladů a žádný zájemce tak z důvodu nesplnění kvalifikačních předpokladů nebyl ze zadávacího řízení vyloučen, neboť nedostatečná specifikace požadované úrovně způsobilosti v zadávací dokumentaci nemůže být dle zadavatele důvodem k odmítnutí zájemce. Na správnost tohoto postupu usuzuje zadavatel i z rozhodovací praxe orgánu dohledu, když cituje jeho pravomocné rozhodnutí č.j. S066/2006/SZ-06965/2006/510-če ze dne 28.4.2006.

K výhradám orgánu dohledu ke způsobu provedení losování zadavatel uvádí, že se snažil složením členů hodnotící komise zajistit jak odbornou způsobilost, tak její nezávislost. Domnívá se, že nepřítomnost jediného jmenovaného zástupce odborné veřejnosti na jednání komise nemůže být přičítána k jeho tíži, neboť předvídat tuto skutečnost není v objektivních možnostech zadavatele. Podle jeho názoru pak nemohlo dojít k porušení zákona platného v době zadávání zakázky, neboť tehdejší úprava nestanovovala obligatorní formu, v jaké by losování mělo být provedeno, a neexistoval ani jakýkoli závazný výklad či judikatura, podle nichž by se zadavatel mohl řídit. Zadavatelem zvolený postup byl tedy podle něj plně v souladu se základními zásadami a principy zákona a prohlášení přítomných členů komise zachycené v protokole o losování je dostatečným důkazem o transparentním průběhu i výsledku losování.

Ve vztahu ke stanovení dílčího hodnotícího kritéria odborných referencí zadavatel poukazuje na skutečnost, že zákon v § 55 odst. 3 zákona nevymezuje dílčí kritéria taxativně, nýbrž demonstrativně. Z tohoto důvodu je dle názoru zadavatele plně na jeho uvážení, jaká dílčí kritéria ekonomické výhodnosti zvolit. V tomto směru pak zadavatel vycházel z potřeby optimálního vynaložení veřejných prostředků a dodržení zásad účelnosti, hospodárnosti a efektivnosti, a proto stanovil jako jedno z hodnotících kritérií reference uchazeče. Tím mělo být podle zadavatele zajištěno, aby realizace významné veřejné zakázky byla svěřena dodavateli s odpovídajícími praktickými zkušenostmi.

Zadavatel sice připouští, že orgánem dohledu zpochybňované hodnotící kritérium je obdobné kvalifikačnímu předpokladu podle ust. § 33 odst. 1 písm. a) zákona, podle něj ale v době zadání zakázky zákon zvolený postup nezakazoval a první pravomocné rozhodnutí v obdobné věci, kterým by se mohl zadavatel řídit, vydal orgán dohledu až po vyhlášení předmětné zakázky.

Ve svém vyjádření dále zadavatel konstatuje, že specifikace záručních podmínek v zadávací dokumentaci je podle něj naprosto dostačující, neboť v oboru stavebnictví je běžně užívanou praxí v naprosté většině případů uvádět sankce vždy za jeden den prodlení. Tuto běžnou praxi zadavatel dokladuje tím, že nabídky některých uchazečů sice přesnou specifikaci záručních podmínek neobsahují, v souladu se zaběhnutými obchodními zvyklostmi však byly nabídky dotčených uchazečů v tomto smyslu hodnoceny, a proto je vzhledem k ostatním nabídkám nelze považovat za neporovnatelné. Zadavatel v tomto bodě uzavírá, že podle jeho názoru došlo k hodnocení vzájemně porovnatelných nabídek zcela objektivním způsobem.

Pokud se týká chybějících náležitostí zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, odkazuje zadavatel na skutečnost, že zprávu vypracoval zcela v souladu se vzorem uvedeným

v příloze č. 5 vyhlášky č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti. Hodnotící komise použila bodovou stupnici se škálou 1 až 6, přičemž označení 1 představovalo hodnocení nejnižší a hodnota 6 hodnocení nejvyšší. Samotný postup hodnocení podle zadavatele probíhal zcela v souladu se zákonem a prováděcími vyhláškami tak, že každý člen komise obdržel tabulku bodového hodnocení a výsledky hodnocení jednotlivých členů komise jsou součástí zprávy o posouzení a hodnocení nabídek. Podle zadavatele je také třeba považovat za přílohy zprávy i dokumenty označené jako „Celkové tabulky kriteriálního hodnocení veřejné soutěže dle č. XII. Soutěžních podmínek“ a „Rozbor hodnotících kritérií dle § 61 – 62 zákona na akci: Revitalizace městského centra, I. etapa, Ústí nad Labem“. Skutečnost, že uvedené dokumenty nejsou se zprávou neoddělitelně spjaty, nemůže mít dle zadavatele vliv na to, zda tyto dokumenty je či není možné považovat za přílohy zprávy samotné. Zadavatel dále poukazuje na to, že popis hodnocení je ve zprávě a v přílohách uveden a odůvodnění zvoleného způsobu hodnocení podle něj ze zprávy jednoznačně vyplývá. Pokud by pak přesto bylo orgánem dohledu shledáno porušení postupu stanoveného zákonem, má zadavatel zato, že by šlo o čistě formální nedostatek, který v žádném případě nemohl mít vliv na posouzení a hodnocení nabídek a na pořadí jejich úspěšnosti v předmětném řízení. S ohledem na všechny vedené skutečnosti se zadavatel domnívá, že z jeho strany k žádnému porušení zákona dojít nemohlo a navrhuje, aby orgán dohledu zahájené řízení podle ust. § 96 odst. 1 zákona zastavil.

Orgán dohledu přezkoumal na základě ust. § 94 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při omezení počtu zájemců, stanovení hodnotících kritérií a zpracování zprávy o posouzení a hodnocení nabídek nepostupoval v souladu se zákonem a dopustil se tak správního deliktu podle ust. § 102 odst. 1 písm. a) zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

**Lhůta pro zahájení řízení**

Zadavatel ve svém vyjádření vyslovuje domněnku o nepřípustnosti zahájení správního řízení v dané věci, přičemž argumentuje ust. § 96 odst. 1 zákona, podle kterého je orgán dohledu oprávněn zahájit řízení z vlastního podnětu do 3 let ode dne, kdy úkonem zadavatele došlo k porušení tohoto zákona. Podle zadavatele tato lhůta ke dni zahájení předmětného správního řízení již uplynula a řízení by tedy mělo být zastaveno.

V šetřeném případě je však třeba přihlédnout ke speciálnímu ustanovení zákona, konkrétně ust. § 105 odst. 3 zákona, kdy řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání lze zahájit do 5 let ode dne, kdy bylo spácháno. Poněvadž v šetřeném případě zahájil orgán dohledu správní řízení za účelem uložení pokuty zadavateli za protiprávní jednání, byl v tomto případě oprávněn ust. § 105 odst. 3 aplikovat.

Správní řízení bylo zahájeno z vlastního podnětu orgánu dohledu dne 3.3.2009 doručením oznámení o zahájení správního řízení č.j. ÚOHS-S32/2009-1381/2009/540/JSl ze dne 2.3.2009 zadavateli. Zadavatel se prvního protiprávního jednání dopustil v den oznámení zadávacího řízení v informačním systému o veřejných zakázkách, tedy dne 21.2.2005. Z uvedených skutečností vyplývá, že orgán dohledu je oprávněn zahájit ve věci vymezení kvalifikačních a hodnotících kritérií, omezování počtu zájemců a zpracování zprávy o posouzení a hodnocení nabídek v šetřené veřejné zakázce správní řízení o uložení pokuty

zadavateli za protiprávní jednání a rovněž v této věci vydat rozhodnutí, a to až do dne 21.2.2010.

**Výběr zájemců při omezení jejich počtu losem**

Podle § 25 odst. 1 zákona je zadavatel povinen zadat nadlimitní i podlimitní veřejnou zakázku v zadávacím řízení, pokud tento zákon nestanoví jinak. V zadávacím řízení je zadavatel povinen dodržovat zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči s výjimkami uvedenými v § 87 zákona, zákazu diskriminace a transparentnosti.

Podle ustanovení § 40 odst. 1 zákona omezí-li zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení nebo v jednacím řízení s uveřejněním, provede výběr ze zájemců, kteří splnili kvalifikaci, podle kritérií stanovených v oznámení zadávacího řízení.

V případě šetřeného užšího řízení zadavatel v oznámení zadávacího řízení uveřejnil, že výběr zájemců při omezení jejich počtu bude proveden losem. Losování ze zájemců, kteří splnili kvalifikaci, pak proběhlo za účasti členů komise jmenované zadavatelem usnesením Rady města Ústí nad Labem č. 87/05 ze dne 10.2.2005, bez účasti dalších osob. Všichni členové komise, kteří byli přítomni losování byli v rozhodné době rovněž zástupci zadavatele (členové zastupitelstva, rady a magistrátu, zástupce zadavatelem pověřené osoby). Jediný do komise jmenovaný zástupce odborné veřejnosti [redacted] byl z jednání komise omluven. Z předložené dokumentace rovněž vyplývá, že zadavatel neumožnil účast zájemců na losování, ani zde není popsán způsob, jak losování proběhlo.

Zadavatel ve svém stanovisku ve správním řízení argumentuje tak, že losování za účasti odborné a nezávislé komise jmenované Radou města považuje za dostatečnou záruku transparentnosti s tím, že komise pořídila o průběhu losování zápis a regulérnost jeho průběhu stvrdili všichni přítomní členové komise svými podpisy. Zadavatel svůj postup odůvodňuje tak, že zákon nestanovil, jakým způsobem má být transparentnost výběru zájemců dodržena, a zvolený způsob měl za dostatečný. Odbornost a nezávislost komise pak zadavatel staví na skutečnosti, že do komise jmenoval zaměstnance z různých oborů a rovněž zástupce odborné veřejnosti. Podle zadavatele je zcela mimo jeho možnosti ovlivnit či předpokládat absenci jednotlivých členů komise při jednání a tento fakt dle jeho závěru nelze přičítat k jeho tíži. Zadavatel je přesvědčen, že prohlášení přítomných členů komise je zcela dostatečným důkazem transparentního průběhu losování.

Podle názoru zadavatele v době zadávacího řízení také neexistovala relevantní právní norma, která by mu stanovovala závazný postup při omezení počtu uchazečů v užším řízení, proto se domnívá, že jím zvolený postup byl zcela v souladu se zákonem i prováděcími právními předpisy.

K charakteru kritérií pro omezení počtu zájemců v užším řízení orgán dohledu obecně uvádí, že kritéria musí být stanovena s ohledem na základní principy zadávání veřejných zakázek tak, aby byl zachován rovný přístup ke všem zájemcům, princip nediskriminace a transparentnosti zadávacího řízení (§ 25 odst. 1 zákona). Kritéria pro omezení počtu zájemců musí mít objektivní charakter. Pro uvedený výklad svědčí rovněž rozhodovací praxe Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“), např. rozsudek C – 360/89 Evropská komise versus Italská republika, v němž ESD označil za diskriminační kritérium pro omezení počtu, kdy byli zájemci vybíráni na základě regionu, ve kterém provozovali svou hlavní činnost.

K provedení výběru z uchazečů, kteří splnili kvalifikaci, při omezení počtu zájemců v užším řízení orgán dohledu konstatuje, že provedení výběru losem je jedním z možných způsobů za předpokladu dodržení všech zásad transparentnosti a nediskriminace zájemců. Zadavatel musí tento způsob výběru zveřejnit v oznámení zadávacího řízení a samotné losování potom musí proběhnout zcela transparentně, tj. například za účasti notáře, který o losování vyhotoví zápis. Lze konstatovat, že obecně je transparentnost losování možné zabezpečit i bez účasti notáře, a to především přítomností zástupců zájemců, kteří podali žádost o účast v užším řízení. Tento závěr byl orgánem dohledu učiněn již v minulosti např. pravomocným rozhodnutí orgánu odhledu č. j. S588/2004. V šetřeném případě losování provedli pouze zástupci zadavatele – statutárního města Ústí nad Labem a zástupce zadavatelem pověřené osoby ([redacted] Z[redacted] K[redacted]), tedy pouze zadavatel sám. Argumentace zadavatele, v níž poukazuje na to, jaké funkce členové komise pro losování v rámci města zastávali, nemůže mít vliv na posouzení postupu zadavatele, neboť samotné postavení členů komise v organizační struktuře zadavatele a jejich status nic nemění na skutečnosti, že losování provedl sám zadavatel. Takový způsob výběru zájemců při omezení jejich počtu je však zcela neprůhledný (netransparentní), neboť existuje důvodný předpoklad, že pověření zástupci budou hájit zájmy zadavatele, což podstatným způsobem snižuje objektivitu losování, v němž zcela absentuje prvek veřejné kontroly nad jeho průběhem. Při způsobu výběru zájemců založeném na principu náhody je nezbytné zajistit nestrannost jeho průběhu (např. účastí všech zájemců nebo notáře), aby bylo možné zcela vyloučit možnost ovlivnění losování. To se však v předmětném zadávacím řízení nestalo, navíc z dokumentace o zadání veřejné zakázky nevyplývá, že by zadavatel přítomnost zástupců uchazečů při losování vůbec umožnil. V neposlední řadě transparentnost losování snižuje rovněž skutečnost, že protokol o posouzení kvalifikačních předpokladů zájemců ze dne 8.4.2005 neobsahuje popis způsobu, jakým bylo losování provedeno.

Na základě výše uvedeného orgán dohledu konstatuje, že se zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil správního deliktu, když nedodržel postup stanovený v ust. § 25 odst. 1 zákona, neboť výběr zájemců při omezení jejich počtu v předmětném užším řízení neproběhl transparentním způsobem. Postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, neboť nedodržení zásady transparentnosti se týká klíčové fáze užšího řízení, v níž jsou z kvalifikovaných uchazečů vybíráni ti, kteří budou vyzváni k podání nabídky. Nelze tedy vyloučit pochybnosti o korektním průběhu losování ani to, že by v případě dodržení zákona byl k podání nabídky vyzván i jiný uchazeč, který by předložil výhodnější podmínky. Z uvedených důvodů rozhodl orgán dohledu tak, jak je uvedeno ve výroku I. písm. a) tohoto rozhodnutí.

**Hodnotící kritérium „Reference odborných zakázek, jejich kvalita, způsob provedení a zajištění“**

Podle § 55 odst. 3 zákona rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle ekonomické výhodnosti nabídky, posuzuje nabídku podle dílčích kritérií. Jednotlivým dílčím kritériím musí zadavatel stanovit váhu, kterou vyjádří v procentech. Jedním z dílčích kritérií je vždy nabídková cena a dále zejména a) provozní náklady, b) požadavky na údržbu, c) technické, jakostní, ekologické nebo funkční vlastnosti předmětu veřejné zakázky. V souladu s odst. 4 uvedeného ustanovení zákona je zadavatel povinen uveřejnit v oznámení otevřeného řízení a v případě zadání veřejné zakázky na podkladě ekonomické výhodnosti nabídky i dílčí kritéria včetně jejich váhy.

Ustanovení § 33 odst. 1 písm. a) bodu 2. zákona mj. stanoví, že jde-li o veřejné zakázky na stavební práce, prokazuje uchazeč nebo zájemce technickou způsobilost seznamem nejvýznamnějších stavebních prací provedených za posledních 5 let s připojenými osvědčeními vyhotovenými objednatelem o řádném provedení nejdůležitějších staveb, případně prohlášením dodavatele o řádném provedení nejdůležitějších staveb, není-li možno takové osvědčení od objednatele získat.

Zadavatel v části 10.1 oznámení zadávacího řízení a v čl. 12.3 zadávací dokumentace vymezil dílčí kritéria hodnocení a jejich váhy následovně:

1. Počet uzlových bodů harmonogramu a výše sankce při jejich neplnění – 40%
2. Celková nabídková cena – 30%
3. Reference odborných zakázek, jejich kvalita, způsob provedení a zajištění – 20%
4. Záruční podmínky – 10%

Z uvedených skutečností vyplývá, že zadavatel v daném případě zařadil mezi dílčí kritéria hodnocení nabídek podle ekonomické výhodnosti i reference, kterým přiřadil hodnotící váhu 30%. Postupem zadavatele tedy došlo k tomu, že byla zaměněna kritéria posouzení kvalifikace uchazečů s kritérii stanovenými pro hodnocení nabídek. Ze znění citovaných ustanovení zákona vyplývá, že zadavatel musí vymezit v oznámení otevřeného řízení jak požadavky na kvalifikaci uchazečů, tak uvést i základní kritéria hodnocení včetně vah u dílčích kritérií hodnocení, přičemž však nesmí být náležitosti týkající se požadavků na kvalifikaci uchazečů zaměňovány s kritérii hodnocení, neboť hodnocení kvalifikace musí zadavatel provést samostatně od hodnocení nabídek.

K tomu zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že podle něj ust. § 55 odst. 3 zákona obsahuje pouze demonstrativní výčet možných variant dílčích hodnotících kritérií a je tedy plně na jeho uvážení, jaká hodnotící kritéria použije. Zvolený postup obhajuje rovněž tím, že není zákonem ani jiným obecně závazným právním předpisem výslovně zakázán. Sporné kritérium zadavatel podle svého vyjádření zvolil proto, aby byla realizace veřejné zakázky zajištěna dodavatelem, který má významné praktické zkušenosti v oblasti stavebnictví a vysokou odbornou způsobilost.

K výše uvedenému orgán dohledu uvádí, že zákon posouzení kvalifikace uchazečů či zájemců upravuje v ust. § 39 odst. 1 tak, že zadavatel posoudí kvalifikaci uchazečů a zájemců podle kritérií stanovených v oznámení příslušného zadávacího řízení. Podle ust. § 39 odst. 2 zákona uchazeči, kteří nesplnili kvalifikaci, musí být zadavatelem vyloučeni. Zadavatel tedy nejprve musí posoudit kvalifikaci uchazečů či zájemců, tj. ověřit jejich schopnost poskytnout plnění veřejné zakázky podle kritérií stanovených dle § 30 zákona (uchazeči či zájemci musí splňovat základní kvalifikační kritéria vymezená v ust. § 31 zákona a dále další kvalifikační kritéria stanovená zadavatelem, která vyjadřují finanční, ekonomickou a technickou způsobilost dodavatele a zabezpečení jakosti a splnění požadavků systému řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí). Ze znění zákona je tedy zřejmé, že se posouzení kvalifikace uchazečů či zájemců vždy vztahuje k „osobě“ uchazeče či zájemce, tedy že jde o vyhodnocení jejich obecné způsobilosti k plnění veřejné zakázky, přičemž výsledkem tohoto vyhodnocení je buď závěr, že je uchazeč či zájemce schopen splnit danou veřejnou zakázku nebo není schopen ji splnit, a pak musí být takový uchazeč v užším řízení vyloučen. Kritéria kvalifikace tak vyjadřují schopnost uchazeče splnit veřejnou zakázku, ale již nevyjadřují ekonomickou výhodnost jeho konkrétní nabídky podané v konkrétním zadávacím řízení.

Naproti tomu v rámci hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií stanovených v oznámení řízení v souladu s § 62 a následujících zákona se zadavatel již nezabývá „osobou“ uchazeče, ale hodnotí vlastní ekonomickou výhodnost jeho nabídky, tj. zabývá se hodnocením konkrétních podmínek obsažených v nabídce, za nichž uchazeč zadavateli nabízí splnění dané veřejné zakázky. Výsledkem tohoto procesu je tedy hodnocení konkrétního obsahu dané nabídky ve vztahu k její ekonomické výhodnosti a zjištění míry této ekonomické výhodnosti pro zadavatele.

V šetřeném případě zadavatel stanovil jako dílčí kritérium ekonomické výhodnosti nabídky i kritérium „Reference odborných zakázek, jejich kvalita, způsob provedení a zajištění“, které spadá svým obsahem mezi kritéria kvalifikace a nikoliv mezi dílčí kritéria hodnocení nabídek dle jejich ekonomické výhodnosti. Uvedené kritérium je jako dílčí kritérium hodnocení nabídek nepřípustné, neboť nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky. Postupem zadavatele došlo k porušení ust. § 55 odst. 3 zákona spočívající v nedodržení postupu stanoveného zákonem pro přidělení veřejné zakázky. Uvedené porušení zákona je natolik závažné, že pokud by nebyla uzavřena smlouva, bylo by důvodem pro zrušení zadávacího řízení, neboť jde o zásadní pochybení zadavatele učiněné již v oznámení šetřeného řízení. V tomto směru již orgán dohledu rozhodl v minulosti, např. pravomocným rozhodnutím č. j.: VZ/S7/05-154/840/05-Gar ze dne 25.2.2005.

S interpretací poskytnutou zadavatelem tedy nelze souhlasit, neboť uvedené kritérium „Reference odborných zakázek, jejich kvalita, způsob provedení a zajištění“ nelze jako dílčí kritérium hodnocení nabídek dle jejich ekonomické výhodnosti akceptovat. Jedná se totiž o kritérium kvalifikace, jejíž posouzení u každého z uchazečů je zadavatel povinen ze zákona provést ještě před omezením počtu uchazečů a odesláním výzvy k podání nabídky, a nejedná se o kritérium, které by se týkalo ekonomické výhodnosti nabídky.

Zadavatel tak s přihlédnutím k výše uvedenému porušil ust. § 55 odst. 3 zákona tím, že dílčím kritériem pro zadání veřejné zakázky podle ekonomické výhodnosti nabídky stanovil kritérium splnění kvalifikačních předpokladů. Pokud by totiž stanovil odpovídající hodnotící kritéria, mohlo být zadávací řízení ukončeno s jiným výsledkem. Z uvedených důvodů rozhodl orgán dohledu tak, jak je uvedeno ve výroku I. písm. b) tohoto rozhodnutí.

**Obsah zprávy o posouzení a hodnocení nabídek**

Podle ust. § 65 odst. 1 zákona je dodavatel v otevřeném řízení povinen prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání nabídek.

Ustanovení § 63 odst. 1 zákona stanoví, že o posouzení a hodnocení nabídek pořídí hodnotící komise zprávu, která obsahuje seznam posuzovaných nabídek, seznam nabídek, které byly hodnotící komisí ze zadávacího řízení vyřazeny spolu s uvedením důvodu, popis hodnocení zbývajících nabídek s odůvodněním, výsledek hodnocení a údaje o složení hodnotící komise, přičemž výše uvedené údaje jsou rovněž obsaženy ve vzoru formuláře pro zprávu pro posouzení a hodnocení nabídek podle § 3 odst. 5 vyhlášky č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti, ve znění vyhlášky č. 137/2004 Sb., na kterou odkazuje § 62 odst. 3 zákona.

Podle § 25 odst. 1 zákona je zadavatel povinen dodržovat v zadávacím řízení zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči s výjimkami uvedenými v § 87 zákona, zákazu diskriminace a transparentnosti.

Zpráva o posouzení a hodnocení, která byla zadavateli předána dne 14.5.2005, obsahuje v části „Popis hodnocení nabídek včetně odůvodnění“ pouze popis přidělování bodů, metodu přepočtení bodů pomocí koeficientu a odkaz na tabulky bodového hodnocení jednotlivých členů komise. Odůvodnění, ze kterého by bylo patrné, na základě jakých skutečností byly nabídkám uchazečů v rámci jednotlivých hodnotících kritérií členy komise přiděleny body, však zpráva neobsahuje. Popis hodnocení s odůvodněním není zřejmý ani z tabulek, na které zpráva odkazuje a které jsou součástí dokumentace o zadání veřejné zakázky.

Zadavatel k těmto skutečnostem ve svém vyjádření uvádí, že se při vyhotovení zprávy o posouzení a hodnocení nabídek řídil výhradně zákonem a prováděcí vyhláškou č. 240/2004 Sb., přičemž popis způsobu hodnocení je podle něj ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek a jejích přílohách jednoznačně uveden. Připouští, že zpráva o posouzení a hodnocení nabídek neobsahuje odůvodnění posouzení a hodnocení, ale je toho názoru, že toto jednoznačně vyplývá z obsahu uvedených přiložených dokumentů. Pakliže by orgán dohledu shledal, že některé náležitosti ve zprávě jsou nedostatečné, šlo by dle zadavatele o pouhý formální nedostatek, který nemá vliv na posouzení a hodnocení nabídek a proto se nedomnívá, že by ani tomto bodě porušil zákon.

K tomu orgán dohledu konstatuje, že přidělení veřejné zakázky musí v souladu s ustanovením § 25 zákona splňovat dva základní principy platné pro zadávání veřejných zakázek:

1. transparentnost postupu a
2. nezvýhodnění (nebo nediskriminaci) žádného z uchazečů.

Je tedy nezbytné, aby ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek vyplývalo, jak byly nabídky v jednotlivých dílčích kritériích hodnoceny, a aby zpráva obsahovala nikoliv pouze pořadí nabídek jednotlivých uchazečů a počet bodů přidělený těmto nabídkám, ale rovněž patřičné písemné odůvodnění, z něhož bude vyplývat, jak byly jednotlivé nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých dílčích kritérií a způsob, jakým komise dospěla k bodové hodnotě přidělené konkrétní nabídce. Takové hodnocení je nezbytné zvláště u kritérií, které nelze vzhledem k jejich obsahu vyjádřit bez dalšího numerickou hodnotou, jako je tomu v případě dílčího kritéria č. 3 „Reference odborných zakázek, jejich kvalita, způsob provedení a zajištění“, jehož hodnocení nespočívá v pouhém objektivním porovnání v nabídkách poskytnutých hodnot.

Vzhledem k tomu, že hodnocení nabídek je klíčovým prvkem v procesu přidělení veřejné zakázky, je mu přikládán zásadní význam, a to nejen ze strany dodržení formálního postupu, ale i co do objektivity hodnocení. Hodnocení musí být tudíž zadavatelem zpracováno dostatečně transparentně (musí být tedy průhledné a průkazné), aby bylo možno je přezkoumat. Odpovědnost za hodnocení nabídek, včetně zpracování zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, je na zadavateli, neboť hodnotící komise je pouze jeho poradním orgánem a potřebné podklady pouze zpracovává. Zadavatel tedy musí mít před vlastním rozhodnutím o přidělení veřejné zakázky k dispozici zákonem požadované dokumenty

zpracované v souladu se zákonem, neboť se jedná o listiny, které jsou primárním předpokladem pro rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky.

Jak již bylo výše uvedeno, je na hodnocení nabídek kladen zvláštní důraz, a to nejen ze strany dodržení formálního postupu (včetně zpracování zákonem požadované zprávy o posouzení a hodnocení nabídek), ale i co do objektivity hodnocení. Orgán dohledu porušení zákona nespatřuje pouze ve skutečnosti, že zpráva o posouzení a hodnocení nabídek neobsahuje po formální stránce náležitosti § 63 odst. 1 zákona. V případě hodnocení nabídek v rámci kritéria č. 3 „Reference odborných zakázek, jejich kvalita, způsob provedení a zajištění“ není zřejmé, na základě jakých konkrétních skutečností byly jednotlivé nabídky hodnoceny, neboť vzhledem k nemožnosti vyjádření tohoto kritéria numerickou hodnotou, nelze výši bodů přidělených jednotlivým nabídkám odůvodnit konkrétním údajem uvedeným v nabídce. Tabulka „Rozbor hodnotících kritérií dle § 61 – 62 zákona na akci: Revitalizace městského centra, I. etapa, Ústí nad Labem“, která má dle zadavatele být přílohou zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, pak obsahuje rovněž jen přehled parametrů a hodnot, které uchazeči uvedli ve svých nabídkách. V části „Reference odborných zakázek, jejich kvalita, způsob provedení a zajištění“ tato tabulka obsahuje navíc i stručné porovnání referenčních staveb s předmětnou veřejnou zakázkou, není však zřejmé, jakým postupem a s jakým odůvodněním toto hodnotící kritérium hodnotili jednotliví členové hodnotící komise. Absence popisu hodnocení s odůvodněním v rámci tohoto kritéria znemožňuje přezkoumat, zda hodnocení v rámci tohoto kritéria proběhlo transparentním způsobem.

Orgán dohledu na základě výše uvedených skutečností konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 65 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 63 odst. 1 zákona, neboť rozhodl o přidělení veřejné zakázky na základě zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, která neobsahuje transparentní popis hodnocení zbývajících nabídek s odůvodněním. Výše popsané porušení zákona mohlo mít vliv na hodnocení nabídek, a tím i na výsledné pořadí jednotlivých nabídek, neboť nelze přezkoumat, zda byla vybrána nejvhodnější nabídka. Orgán dohledu proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. písm. c) tohoto rozhodnutí.

**Způsob stanovení prokázání kvalifikačních předpokladů**

Podle ust. § 30 odst. 2 písm. b) zákona se splněním kvalifikace rozumí splnění dalších kvalifikačních kritérií stanovených zadavatelem, jimiž vymezí odpovídající úroveň finanční, ekonomické a technické způsobilosti dodavatele a zabezpečení jakosti podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky.

Podle ust. § 30 odst. 3 zákona požadavky na splnění kvalifikace včetně dokladů požadovaných k jejich prokázání, uvede zadavatel v oznámení zadávacího řízení. Podle § 32 odst. 2 zákona je zadavatel povinen v oznámení užšího řízení stanovit způsob prokázání finanční a ekonomické způsobilosti.

Podle ust. § 32 odst. 1 zákona prokazuje uchazeč nebo zájemce finanční a ekonomickou způsobilost

a) vyjádřením banky, u níž má uchazeč nebo zájemce veden běžný účet, o schopnosti uchazeče nebo zájemce plnit své finanční závazky,
b) účetní závěrkou v plném nebo zjednodušeném rozsahu, včetně zprávy auditora, je-li zákonem uložena, sestavenou k poslednímu dni předcházejícího účetního období, je-li právním řádem platným v zemi sídla nebo bydliště uchazeče nebo zájemce stanovena,

c) výkazem celkového obratu uchazeče nebo zájemce a obratu dosaženého za provedené práce, dodávky zboží nebo poskytnutí služeb za předcházející 3 účetní období, nebo
d) dokladem o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu povolání.

Podle ust. § 32 odst. 2 zákona je zadavatel povinen v oznámení zadávacího řízení stanovit způsob prokázání finanční a ekonomické způsobilosti podle odstavce 1 cit. ustanovení zákona.

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

V šetřeném případě zadavatel v oznámení zadávacího řízení stanovil způsob prokazování způsobilosti zájemců následovně. Pod bodem 9.2 Kritéria a doklady pro prokazování finanční a ekonomické způsobilosti uvedl: “Dle § 32 odst. 1 písm. a), b), c) a d) zákona č. 40/2004 Sb. Pro splnění parametru pod písmenem c) je stanovena hodnota ročního obratu ve výši min. 130 mil. Kč a písm. d) pojistná částka ve výši min. 50 mil. Kč (pojistka musí řešit i škody vůči třetí osobě)“. Zadavatel tedy v oznámení zadávacího řízení potenciální zájemce pouze odkázal na znění zákona, aniž by svoje požadavky na způsob prokázání jejich způsobilosti v oznámení zadávacího řízení jakkoliv specifikoval.

S tvrzením zadavatele, že postupoval plně v souladu s ust. § 32 odst. 2 zákona, neboť cit. ustanovení je podle něj založeno na principu spočívajícím v tom, že stanovení konkrétních požadavků na prokázání způsobilosti je zcela v kompetenci zadavatele, se orgán dohledu nemůže ztotožnit. Povinnost stanovená § 32 odst. 2 zákona je jasně definována a zadavatel se jí nemůže zprostit zpětným prohlášením o souladu svého jednání se zásadami transparentnosti a zákazu diskriminace. Pokud v oznámení zadávacího řízení nestanovil způsob prokázání finanční a ekonomické způsobilosti, porušil citované ustanovení a toto jeho jednání je v rozporu se zákonem. Pakliže zadavatel tvrdí, že při hodnocení způsobilosti zájemců akceptoval všechny z předložených forem dokladů a žádný zájemce tak z důvodu nesplnění kvalifikačních předpokladů nebyl ze zadávacího řízení vyloučen, toto konstatování ohledně jeho dalšího jednání není z hlediska porušení zákonné povinnosti relevantní.

K argumentaci zadavatele orgán dohledu konstatuje, že předložit účetní uzávěrku, výkaz celkového obratu, apod. a tím naplnit požadavek zadavatele bez ohledu na obsah uvedených dokumentů může jak zájemce, který je způsobilý předmět veřejné zakázky za podmínek stanovených zadavatelem provést, tak i zájemce, který způsobilý není. Pokud zadavatel konkrétní úroveň způsobilosti za použití nástrojů, které mu dává zákon, nestanoví,

nemůže způsobilost zájemce transparentně a objektivně posoudit. Zadavatel je povinen vynakládat finanční prostředky účelně a hospodárně. Musí tedy v prvé řadě zajistit, aby vybíral ze zájemců, kteří jsou objektivně způsobilí předmět veřejné zakázky provést.

Úkon zadavatele, kdy v čl. 9 oznámení zadávacího řízení sice odkazem na zákon uvedl, jaké doklady pro prokázání způsobilosti zájemců zvolil, ale současně konkrétně nevymezil způsob prokázání a odpovídající úroveň způsobilosti, orgán dohledu neposoudil jako pochybení, kterým by mohlo být ovlivněno hodnocení nabídek. Požadované doklady v rámci dalších kvalifikačních kritérií (bez ohledu na jejich obsah) předložili všichni zájemci. Jelikož zadavatel v rámci požadavku na předložení příslušných dokladů podle ust. § 32 odst. 1 písm. a) a b) nestanovil způsob prokázání finanční a ekonomické způsobilosti zájemců, nebyl při posouzení splnění kvalifikačních předpokladů žádný ze zájemců z uvedených důvodu odmítnut.

Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 32 odst. 2 zákona, když v oznámení zadávacího řízení nestanovil způsob prokázání finanční a ekonomické způsobilosti zájemců, avšak tento jeho postup neovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

**Nedostatečná specifikace v rámci hodnotícího kritéria „záruční podmínky“**

V oznámení o zahájení správního řízení orgán dohledu vyslovil pochybnost, zda v rámci hodnotícího kritéria „záruční podmínky“ byly podány vzájemně srovnatelné nabídky. Po přezkoumání zadávací dokumentace i po zhodnocení vyjádření zadavatele dospěl orgán dohledu k závěru, že v části zadávací dokumentace při specifikaci hodnotícího kritéria „záruční podmínky“ byla zadaná specifikace posouzena všemi uchazeči v souladu se záměrem zadavatele, byly podány srovnatelné nabídky a k porušení zákona tedy nedošlo.

**K uložené pokutě**

V případě předmětné veřejné zakázky se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, neboť pokud by veřejnou zakázku zadal v souladu se zákonem, nelze vyloučit, že by obdržel nabídky jiných uchazečů, kteří mu mohli nabídnout výhodnější plnění. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s uchazečem vybraným na základě postupu, při němž nesplnil výše uvedené povinnosti, naplnil svým jednáním skutkovou podstatu správního deliktu podle ustanovení § 102 odst. 1 písm. b) zákona.

Vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele orgán dohledu uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí. Před uložením pokuty orgán dohledu ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 105 odst. 3 zákona, že řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání lze zahájit do 5 let ode dne, kdy bylo spácháno. V daném případě došlo k prvnímu protiprávnímu jednání zadavatele v okamžiku oznámení zadávacího řízení, tj. dne 21.2.2005, správní řízení bylo zahájeno dne 3.3.2009.

Podle § 102 odst. 2 zákona se uloží pokuta za správní delikty právnické osobě, která je zadavatelem, do výše 5 % ceny zakázky, jde-li o správní delikt podle písmene a), b) a d) citovaného ustanovení zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správních deliktů, za které může být zadavateli uložena pokuta, činí 139 199 541 Kč vč. DPH.

Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny zakázky po zaokrouhlení na celé Kč) tedy činí 6 959 977 Kč.

Podle § 105 odst. 1 zákona orgán dohledu v rámci správního uvážení ohledně výše pokuty přihlédne ke stupni závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal orgán dohledu v úvahu skutečnosti, že zadavatel nevymezením úrovně kvalifikačních předpokladů, dále svým postupem při vymezení hodnotících kritérií, omezení počtu zájemců a následném hodnocení nabídek znemožnil účast v užším řízení dalším potenciálním zájemcům. Nesplněním zákonem stanovených povinností tak zadavatel závažným způsobem porušil základní principy transparentnosti a zákazu diskriminace při zadání předmětné veřejné zakázky, neboť pokud by veřejnou zakázku zadal v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky jiných uchazečů, kteří mu mohli nabídnout výhodnější plnění, případně mohla být jako nejvhodnější vybrána nabídka jiného uchazeče.

Při úvahách o výši sankce a její přiměřenosti přihlédl orgán dohledu mimo jiné k osobě zadavatele, kterým je v šetřeném případě statutární město Ústí nad Labem a charakteru veřejné zakázky „Revitalizace městského centra – I. etapa, Ústí nad Labem“. Výše uložené pokuty se rovněž odvíjí od skutečnosti, že se zadavatel v průběhu jednoho zadávacího řízení dopustil vícečetného porušení zákona a naplnil tak skutkovou podstatu ust. § 102 odst. 1 písm. a) celkem ve třech případech, když výběr zájemců při omezení jejich počtu losem nebyl transparentní, jako jedno z dílčích kritérií hodnocení nabídek dle jejich ekonomické výhodnosti zadavatel zvolil i kritérium „reference odborných zakázek, jejich kvalita, způsob provedení a zajištění“, které nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, ale kvalifikaci uchazeče ve smyslu § 33 odst. 1 písm. a) bodu 2. zákona a když zpráva o posouzení a hodnocení nabídek neobsahuje popis hodnocení nabídek s odůvodněním. Zadavatel tímto svým jednáním porušil i zásady transparentnosti a zákazu diskriminace a všechna uvedená protiprávní jednání mohla podstatně ovlivnit hodnocení nabídek.

Jako polehčující okolnost vzal orgán dohledu v úvahu námitku zadavatele týkající se skutečnosti, že orgán dohledu v problematice užití kvalifikačních kritérií jako kritéria ekonomické výhodnosti nabídek poprvé pravomocně rozhodl až po vyhlášení předmětné zakázky.

Orgán dohledu vzal rovněž v úvahu ekonomické postavení zadavatele, přičemž posoudil výši uložené pokuty ve vztahu k výsledku hospodaření zadavatele. Podle závěrečného účtu zadavatele za rok 2008 dostupného na jeho oficiálních internetových stránkách, přesáhly v roce 2008 příjmy zadavatele částku 2 miliardy Kč. S ohledem na tuto skutečnost nelze uloženou pokutu považovat za likvidační. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po této stránce je tedy uložená pokuta považována za dostatečnou.

Orgán dohledu posoudil postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky a na základě zhodnocení všech důkazů, a to jak jednotlivě, tak i v jejich vzájemné souvislosti a vzhledem ke zjištěným správním deliktům zadavatele přistoupil k uložení sankce, neboť veřejná zakázka byla již realizována a nápravy nelze dosáhnout. Na základě výše uvedených

skutečností orgán dohledu uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

**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 orgán dohledu zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Pavel Herman
ředitel sekce veřejných zakázek

**Obdrží:**

1) Statutární město Ústí nad Labem, Velká Hradební 8, 401 00 Ústí nad Labem

2) EUROVIA CS, a.s., Národní třída 10, 113 19 Praha

**Vypraveno dne:** viz otisk razítka na poštovní obálce