UOHSX0036ONA

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S222,348/2009/VZ-16722/2010/510/MCh/MGr V Brně dne: 8. prosince 2010

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve spojených správních řízeních zahájených dne 14. 9. 2009 a 16. 12. 2009 z moci úřední, jejichž účastníky jsou

- zadavatel – Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje, IČ 70932581, se sídlem Žerotínovo nám. 3/5, 601 82 Brno, zastoupená Ing. Janem Zouharem, ředitelem
- vybraný uchazeč – OHL ŽS, a. s., IČ 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 660 02 Brno, za niž jednají Ing. Michal Štefl, předseda představenstva a Václav Bartoněk, člen představenstva, jejíž nabídka byla vybrána jako nejvhodnější pro realizaci veřejné zakázky „Přestupní uzel Nesovice, žel.st.“,
- vybraný uchazeč – COLAS CZ, a. s., IČ 26177005, se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha 9, za niž jednají Francis Grass, předseda představenstva, Ing. Martin Stengl, Ph.D., místopředseda představenstva a Alain Jeziorny, člen představenstva, jejíž nabídka byla vybrána jako nejvhodnější pro realizaci veřejné zakázky„Přestupní uzel Otnice“,

ve věci možného spáchání správních deliktů zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejných zakázek

- „Přestupní uzel Nesovice, žel. st.“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod ev. číslem 60014505 dne 4. 2. 2008,
- „Přestupní uzel Otnice“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném písemnou výzvou k podání nabídky a k prokázání kvalifikace ze dne 24. 1. 2008,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje – se dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejných zakázek

- „Přestupní uzel Nesovice, žel. st.“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod ev. číslem 60014505 dne 4. 2. 2008,
- „Přestupní uzel Otnice“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném písemnou výzvou k podání nabídky a k prokázání kvalifikace ze dne 24. 1. 2008,

1. nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 3 písm. f) cit. zákona, neboť v zadávací dokumentaci neuvedl způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií,
2. nedodržel postup stanovený v § 80 odst. 1 ve spojení s § 6 cit. zákona tím, že do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek neuvedl u dílčího hodnotícího kritéria „Plán organizace výstavby“ popis způsobu hodnocení nabídek s odůvodněním a údaj o tom, jak nabídky byly hodnoceny, čímž současně nedodržel zásadu transparentnosti zadávacího řízení,

přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnějších nabídek a zadavatel – Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje – uzavřel dne 21. 3. 2008 smlouvu na plnění veřejné zakázky „Přestupní uzel Nesovice, žel. st.“ a dne 12. 3. 2008 smlouvu na plnění veřejné zakázky „Přestupní uzel Otnice“.

II.

Zadavateli – Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje – se za zjištěné správní delikty uvedené v bodě I. výroku ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 60 000,- Kč (šedesát tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – identifikační číslo zadavatele.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon), obdržel podněty k přezkoumání postupu zadavatele – Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje, se sídlem Žerotínovo nám. 3/5, 601 82 Brno, IČ 70932581, zastoupená Ing. Janem Zouharem, ředitelem (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejných zakázek

- „Přestupní uzel Nesovice, žel. st.“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod ev. číslem 60014505 dne 4. 2. 2008,
- „Přestupní uzel Otnice“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném písemnou výzvou k podání nabídky a k prokázání kvalifikace ze dne 24. 1. 2008.

2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal příslušné dokumentace o veřejných zakázkách, z kterých zjistil následující skutečnosti.

3. Kritériem pro zadání obou veřejných zakázek byla ekonomická výhodnost nabídky s dílčími hodnotícími kritérii:

1. nabídková cena		60%
2. plán organizace výstavby		30%
1. subkritérium: harmonogram výstavby	25%	
2. subkritérium: uvádění do provozu	20%	
3. subkritérium: organizace dopravních opatření	15%	
4. subkritérium: vliv výstavby na životní prostředí	15%	
5. subkritérium: plán zajištění jakosti	15%	
6. subkritérium: zařízení staveniště	10%	
3. smluvní pokuta		10%

K veřejné zakázce „Přestupní uzel Nesovice, žel. st.“

4. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 25. 2. 2008 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel celkem 12 nabídek. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 29. 2. 2008 dále vyplývá, že jako nejvhodnější byla vyhodnocena nabídka uchazeče – OHL ŽS, a. s., IČ 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 660 02 Brno, za niž jednají Ing. Michal Štefl, předseda představenstva a Václav Bartoněk, člen představenstva (dále jen „vybraný uchazeč – OHL ŽS, a. s.“). Zadavatel dne 29. 2. 2008 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky.

5. Dne 21. 3. 2008 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem – OHL ŽS, a. s. smlouvu o dílo s předmětem plnění provedení stavby „Přestupní uzel Nesovice, žel.st.“ za celkovou cenu 21 848 340,25 Kč bez DPH, tj. 25 999 524,90 Kč s DPH .

6. Po posouzení obsahu předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu.

7. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
   - zadavatel – Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje,
   - vybraný uchazeč – OHL ŽS, a. s.

8. Zahájení správního řízení Úřad oznámil účastníkům řízení dopisem č.j. ÚOHS-S222/2009/VZ-11833/2009/510/MCh ze dne 11. 9. 2009 a dále účastníkům správního řízení usnesením č.j. ÚOHS-S222/2009/VZ-1834/2009/510/MCh ze dne 11. 9. 2009 stanovil lhůtu, ve které jsou oprávněni se v řízení vyjádřit.

K veřejné zakázce „Přestupní uzel Otnice“

9. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 11. 2. 2008 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel celkem 7 nabídek. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 2. 2008 dále vyplývá, že jako nejvhodnější byla vyhodnocena nabídka uchazeče – COLAS CZ, a. s., IČ 46342796, se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha 9, za niž jednají Francis Grass, předseda představenstva, Ing. Martin Stengl, Ph.D., místopředseda představenstva a Alain Jeziorny, člen představenstva (dále jen „vybraný uchazeč – COLAS CZ, a. s.“). Zadavatel dne 13. 2. 2008 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky.

10. Dne 12. 3. 2008 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem – COLAS CZ, a. s. smlouvu o dílo s předmětem plnění provedení stavby „Přestupní uzel Otnice.“ za celkovou cenu 3 900 000,- Kč bez DPH, tj. 4 641 000,- Kč s DPH .

11. Po posouzení obsahu předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu.

12. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
    - zadavatel – Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje,
    - vybraný uchazeč – COLAS CZ, a. s.

13. Zahájení správního řízení Úřad oznámil účastníkům řízení dopisem č.j. ÚOHS-S348/2009/VZ-16146/2009/510/MCh ze dne 16. 12. 2009 a dále účastníkům správního řízení usnesením č.j. ÚOHS-S348/2009/VZ-16170/2009/510/MCh ze dne 16. 12. 2009 stanovil lhůtu, ve které jsou oprávněni se v řízení vyjádřit.

Ke spojení správních řízení

14. K zajištění účelu výše specifikovaných správních řízení Úřad vydal usnesení č. j. ÚOHS-S222,348/2009/VZ-456/2010/510/MCh ze dne 11. 1. 2010, kterým spojil správní řízení č.j. ÚOHS-S222/2009/VZ zahájené z moci úřední dne 14. 9. 2009 a správní řízení č.j. ÚOHS – S348/2009/VZ zahájené z moci úřední dne 16. 12. 2009.

15. Usnesením č. j. ÚOHS-S222,348/2009/VZ-498/2010/510/MCh ze dne 12. 1. 2010 seznámil navrhovatele a zadavatele s obsahem usnesení č. j. ÚOHS-S222,348/2009/VZ-456/2010/510/MCh ze dne 11. 1. 2010, kterým byla výše uvedená správní řízení spojena, a rovněž oběma účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.

Stanovisko zadavatele a vybraných uchazečů

16. Úřad dne 21. 9. 2009 a 5. 1. 2010 obdržel stanovisko zadavatele, ve kterém uvádí, že doložení certifikátu systému řízení jakosti (dále jen „certifikát“) bylo kvalifikačním předpokladem, což vyplývá i z výzvy k podání nabídky. Požadavek zadavatele na doložení certifikátu v hodnotícím subkritériu „Plán zajištění jakosti“, nelze vykládat v případě použití obecných právních zásad (§ 39 občanského zákoníku) jako úmysl zadavatele hodnotit v rozporu se zákonem tento kvalifikační předpoklad, neboť takový projev vůle zadavatele by musel být považován za neplatný. Předmětem posuzování nebylo hodnocení doložení certifikátu, přičemž obsahem předmětného subkritéria a tedy i předmětem hodnocení bylo

zjišťování, zda uchazeči o veřejnou zakázku mají orientaci v povinnostech zhotovitele díla. Současně v průběhu zadávacího řízení žádný z dodavatelů nežádal o poskytnutí dodatečných informací týkajících se tohoto kritéria, a to i přesto, že bylo vzneseno poměrně dost žádostí o dodatečné informace. Všichni uchazeči splnili předmětné subkritérium určitým způsobem, a i z jednotlivých nabídek lze vyvodit, že všichni uchazeči přistoupili k naplnění hodnotícího kritéria obdobně, a to tak, jak bylo zadavatelem zamýšleno.

17. K otázce způsobu hodnocení nabídek zadavatel ve svém stanovisku uvedl, že předmětem hodnocení u subkritéria „Plán zajištění jakosti“ bylo zjišťování, zda uchazeči o veřejnou zakázku mají orientaci v povinnostech zhotovitele díla. Důvodem takového posuzování je opětovná zkušenost, že ani certifikát, ani počet a velikost provedených staveb nutně nezaručují výše zmíněnou orientaci. Neexistují jiná kvalifikační kritéria, která by pomáhala zmíněnou orientaci objasnit. Pokud by výzva k podání nabídky obsahovala popis toho, jak konkrétně má být dané subkritérium splněno, účel zařazení subkritéria do hodnotícího procesu by byl zmařen. Obdobně lze postupovat i v dalších subkritériích spadajících pod dílčí hodnotící kritérium „Plán organizace výstavby“. Dílčí hodnotící kritéria „Nabídková cena“ a „Smluvní pokuta“ považuje zadavatel z tohoto pohledu za nesporná.

18. K obsahu zprávy o posouzení a hodnocení nabídek zadavatel uvedl, že hodnocení nabídek považuje za transparentní. Hodnocení dílčího hodnotícího kritéria „Nabídková cena“ a „Smluvní pokuta“ považuje za nesporné. Z protokolu o posouzení a hodnocení nabídek, konkrétně z jeho části označené jako Plán organizace výstavby – dílčí kritéria – podklad pro bodové hodnocení (výtah z nabídek) lze jednoznačně určit, z kterých podkladů zadavatel vycházel při hodnocení jednotlivých subkritérií. Zadavatel je přesvědčen, že při opakovaném hodnocení dle zmíněného materiálu by hodnotící komise dospěla k velmi podobným závěrům. Zprávu zadavatel pokládá za přezkoumatelnou. U dílčího hodnotícího kritéria „Plán organizace výstavby“ podklad pro bodové hodnocení obsahuje i krátké slovní hodnocení jednotlivých nabídek v jednotlivých subkritériích. Zadavatel dále konstatuje, že zpráva mohla být podrobnější a v jednotlivostech porovnávat, co konkrétně který uchazeč uvedl a co neuvedl v porovnání s ostatními uchazeči. Hodnotící komise však považovala větší detaily za neúčelné. Po přečtení jakéhokoliv protokolu o posouzení a hodnocení nabídek, který dokladuje hodnocení hůře kvantifikovatelných kritérií, lze konstatovat, že protokol může být podrobnější. Množství detailů, ani množství textu nejsou přímo úměrné transparentnosti a mohou naopak vést k jejímu opaku.

19. Ve věci použití jednacího řízení bez zveřejnění u veřejné zakázky „Přestupní uzel Nesovice, žel. st.“ zadavatel uvedl, že v zápise z jednání technické dokumentační komise ze dne 16. 5. 2008, který předcházel změně smlouvy o dílo dodatkem č. 1, jsou použity výrazy méněpráce a vícepráce nepřesně a zmatečně. V zápise je těmito výrazy řečeno, jaký byl rozpočet na stavební objekt původně (méněpráce) a jaký bude po změně (vícepráce), přičemž u objektů SO 201 a SO 501a činily převážnou část rozpočtu po změně nezměněné položky smlouvy o dílo. V případě objektu SO 201 to znamená, že z nové ceny objektu, tj. 6 892 968,- Kč + DPH činí vícepráce pouze 2 239 781,10 Kč + DPH a méněpráce 66 728,40,- Kč + DPH. To znamená, že v hodnotě 4 653 186,90,- Kč + DPH jsou položky nezměněné. Obdobně lze postupovat i v případě stavebního objektu SO 501a. Z uvedeného je zřejmé, že cena víceprací nedosáhla a ani se nepřiblížila 20% původní ceny.

20. S ohledem na výše uvedené zadavatel trvá na tom, že postupoval v souladu se zákonem. Pokud však Úřad shledá, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem, zadavatel konstatuje, že jedním z definičních znaků deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je podstatné ovlivnění nebo možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel k tomu dále uvádí, že v rámci hodnocení nebylo hodnoceno doložení certifikátu, a pokud by bylo, nemohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jelikož doložení certifikátu bylo požadováno jako kvalifikační předpoklad, a tedy jeho nedoložení by muselo znamenat vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení. Zadávací dokumentace sice neobsahuje přesný způsob hodnocení jednotlivých dílčích kritérií, ale všech 12 uchazečů pochopilo zadání určitým způsobem, přičemž způsoby pochopení jsou si navzájem podobné. Neuvedení způsobu hodnocení tedy podstatně neovlivnilo a ani nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Jelikož zpráva o posouzení a hodnocení nabídek je vypracována až poté, co je vybrána nejvhodnější nabídka, nemůže již tedy uzavřený proces hodnocení ovlivnit.

21. Vybraný uchazeč – COLAS CZ, a. s. ve svém stanovisku uvedl, že postupoval v předmětném zadávacím řízení v souladu se zákonem a s podmínkami uvedenými v zadávací dokumentaci, a že se nedopustil žádného pochybení proti zákonu.

22. Vybraný uchazeč – OHL ŽS, a. s. se ve lhůtách, ve kterých byl oprávněn navrhovat důkazy a činit jiné návrhy a oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko, nevyjádřil.

23. Úřad posoudil výše uvedené skutečnosti a dne 19. 2. 2010 vydal rozhodnutí ve věci č. j. ÚOHS-S222,348/2009/VZ-2439/2010/510/MCh, v němž konstatoval, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejných zakázek
    - „Přestupní uzel Nesovice, žel. st.“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod ev. číslem 60014505 dne 4. 2. 2008,
    - „Přestupní uzel Otnice“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném písemnou výzvou k podání nabídky a k prokázání kvalifikace ze dne 24. 1. 2008,

- porušil zákaz stanovený v § 50 odst. 4 citovaného zákona, neboť pro posuzování nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti zvolil u dílčího hodnotícího kritéria „Plán organizace výstavby“ dílčí hodnotící subkritérium „Plán zajištění jakosti“, u kterého požadoval pro účely hodnocení doložení certifikátu systému řízení jakosti a dokladu o registraci systému řízení, což nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, ale kvalifikaci uchazeče ve smyslu § 56 odst. 4 cit. zákona,
- nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 3 písm. f) cit. zákona, neboť v zadávací dokumentaci neuvedl způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií,
- nedodržel postup stanovený v § 80 odst. 1 ve spojení s § 6 cit. zákona tím, že do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek neuvedl u dílčího hodnotícího kritéria „Plán organizace výstavby“ popis způsobu hodnocení nabídek s odůvodněním a údaj o tom, jak nabídky byly hodnoceny, čímž současně nedodržel zásadu transparentnosti zadávacího řízení, přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnějších nabídek. Za spáchání správního deliktu byla zadavateli uložena pokuta ve výši 80 000 Kč. Proti výše uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dopisem ze dne 19. 2. 2010 rozklad k předsedovi Úřadu.

24. Druhostupňovým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R29/2010/VZ-11168/2010/310-ASc ze dne 27. 7. 2010 předseda Úřadu prvostupňové rozhodnutí č. j. ÚOHS-S222,348/2009/VZ-

2439/2010/510/MCh ze dne 19. 2. 2010 zrušil a věc vrátil k novému projednání. Jako důvod zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání uvedl předseda Úřadu:

- nesprávnost výroku I. odst. 1 rozhodnutí, když Úřad konstatoval spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že pro posuzování nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti zvolil u dílčího hodnotícího kritéria „Plán organizace výstavby“ dílčí hodnotící subkritérium „Plán zajištění jakosti“, u kterého požadoval pro účely hodnocení doložení certifikátu systému řízení jakosti a dokladu o registraci systému řízení. Předseda ve svém rozhodnutí uvedl, že jedním ze základních znaků skutkové podstaty správního deliktu je příčinná souvislost mezi jednáním pachatele deliktu a zákonem předvídaným následkem, resp. porušením či ohrožením zákonem chráněného zájmu. V daném případě pro posouzení příčinné souvislosti je rozhodnou skutečností, že předložení certifikátu systému řízení jakosti a dokladu o registraci systému řízení požadoval zadavatel současně pro prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů, přičemž tento jeho požadavek byl v souladu s ust. § 56 odst. 4 zákona. Posouzení kvalifikace předchází hodnocení nabídek, přičemž každý dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu, musí být z účasti v zadávacím řízení vyloučen (§ 60 odst. 1 zákona). V této souvislosti předseda Úřadu uvedl, že kterýkoliv z uchazečů, jehož nabídka by byla předmětem hodnocení, by musel již dříve požadovaný certifikát systému řízení jakosti a doklad o registraci systému řízení doložit. Vztahuje-li se tedy tento požadavek zadavatele na všechny uchazeče stejnou měrou, neboť jeho splnění musí všichni uchazeči prokázat shodně a shodným způsobem při prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů, nemůže mít tato skutečnost žádný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť všechny nabídky dodavatelů, kteří prokázali splnění kvalifikace, musely být v tomto bodě nutně shodné. Závěr, že nezákonným způsobem stanovené dílčí hodnotící subkritérium je samo o sobě způsobilé vyvolat u potenciálně úspěšného uchazeče obavu ze zrušení zadávacího řízení a tím jej odradit od podání nabídky, není založen na spolehlivě zjištěném stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí rovněž stanovil, že Úřad by se měl proto v dalším řízení zabývat zejména prokázáním toho, že pochybení zadavatele mělo či alespoň mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
- nesprávnost výroku rozhodnutí o vině a trestu za spáchání deliktu dle § 112 odst. 2 písm. a) zákona, jelikož Úřad ve výroku rozhodnutí uvedl, že zadavatel se svým postupem při zadávání veřejných zakázek „Přestupní uzel Nesovice, žel. st.“ a „Přestupní uzel Otnice“ dopustil správního deliktu dle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona, ačkoliv přezkoumával postup zadavatele ve dvou veřejných zakázkách, a tudíž pochybení zadavatele v každé z těchto veřejných zakázek měl Úřad posoudit jako samostatný skutek. Dopustil-li se zadavatel správního deliktu v obou těchto zadávacích řízeních, jedná se o dva samostatné správní delikty. Tuto skutečnost musí Úřad zohlednit v novém rozhodnutí.

25. Dopisem č. j. ÚOHS-S222,348/2009/VZ-14694/2010/510/MCh ze dne 1. 10. 2010 Úřad oznámil účastníkům řízení, že ve správním řízení vedeném Úřadem ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem pod sp. zn. S222, 348/2009/VZ se pokračuje. Usnesením č. j.ÚOHS-S222,348/2009/VZ-14695/2010/510/MCh

z téhož dne stanovil Úřad všem účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

26. Úřad dne 7. 10. 2010 obdržel stanovisko zadavatele, ve kterém k odůvodnění rozhodnutí o rozkladu týkající se nedodržení postupu stanoveného v § 44 odst. 3 písm. f) zákona uvádí, že je problematické tvrzení, že zadávací podmínky jsou netransparentní, pokud je popis hodnocení uveden nedostatečným způsobem. Zadavatel se ve svém stanovisku zabývá rozborem pojmu dostatečnost, přičemž tvrdí, že výraz dostatečnost v sobě již zahrnuje hodnocení skutečnosti. Konstatování dostatečnosti v daném případě musí být závěrem zjištění, zda byl spáchán správní delikt a nikoliv základem pro argumentaci tak, jak je tomu v rozhodnutí o rozkladu. Důsledkem této chyby nelze argumentovat správně: nedostatečnost popisu hodnocení (tj. nevyhovující postup) znamená netransparentnost (tj. nevyhovující postup), ta má být sankciována. Podle názoru zadavatele ani v prvostupňovém rozhodnutí a ani v rozhodnutí o rozkladu nelze zjistit, které podklady pro rozhodnutí použil, když dovodil, že stanovení způsobu hodnocení je nedostatečné v takové míře, že je samo o sobě způsobilé ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Tvrzení v rozhodnutí o rozkladu jsou v dané části obecná a nejsou vztažena k posuzovanému případu. Rozhodnutí obsahuje tvrzení, že nemohou dodavatelé podat srovnatelné nabídky. Neuvádí však, v čem spatřuje nesrovnalost nabídek. Zadavatel přitom hodnotí nabídky jako srovnatelné.

27. Zadavatel dále ve svém stanovisku uvádí k problematice nedodržení postupu stanoveného v § 80 odst. 1 zákona, že v rozhodnutí o rozkladu není obsaženo, v čem může daná netransparentnost ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Skutečnost, zda při hodnocení nebyly vybrány nejvhodnější nabídky, lze podle zadavatele ověřit z podkladů pro rozhodnutí a Úřad pochybil, když této možnosti nevyužil.

28. K rozhodnutí předsedy Úřadu, že se v předmětném správním řízení jedná o dva samostatné delikty, zadavatel uvádí, že toto konstatování považuje za nadbytečné, jelikož Úřad zřejmě již v prvostupňovém rozhodnutí použil analogicky pravidla pro ukládání úhrnného trestu platná v trestním právu a neopomněl na absorpční zásadu. Postupoval tedy v souladu s judikaturou Nejvyššího správního soudu (např. rozhodnutí 6 As 57/2004-57, ze dne 22. 9. 2005).

29. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména předložených dokumentací včetně smluv o dílo ze dne 21. 3. 2008 a 12. 3. 2008 uzavřených mezi zadavatelem a vybranými uchazeči, vyjádření účastníků správního řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřených veřejných zakázek nepostupoval v souladu se zákonem, a proto rozhodl o uložení pokuty. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti, které se týkají obou veřejných zakázek, neboť zadávací dokumentace i dokumenty zpracované zadavatelem v průběhu obou zadávacích řízení, které vypovídají o postupu zadavatele, jsou obsahově shodné.

Dílčí hodnotící kritérium

30. Základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky je podle § 78 odst. 1 zákona

a) ekonomická výhodnost nabídky, nebo

b) nejnižší nabídková cena.

31. Podle § 78 odst. 4 zákona rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria. Dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky a mohou jimi být vedle nabídkové ceny zejména kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení.

32. Podle § 50 odst. 4 zákona ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady a technické kvalifikační předpoklady nemohou být předmětem hodnotících kritérií.

33. Podle § 56 odst. 4 zákona je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, může veřejný zadavatel v rámci prokázání technických kvalifikačních předpokladů požadovat předložení certifikátu systému řízení jakosti.

34. Zadavatel zvolil jako základní hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky dle § 78 odst. 1 písm. a) zákona, přičemž dílčí hodnotící kritéria stanovil následovně:

1. nabídková cena		60%
2. plán organizace výstavby		30%
1. subkritérium: harmonogram výstavby	25%	
2. subkritérium: uvádění do provozu	20%	
3. subkritérium: organizace dopravních opatření	15%	
4. subkritérium: vliv výstavby na životní prostředí	15%	
5. subkritérium: plán zajištění jakosti	15%	
6. subkritérium: zařízení staveniště	10%	
3. smluvní pokuta		10%

35. Zadavatel v zadávací dokumentaci u subkritéria „Plán zajištění jakosti“ uvedl následující: *„plán zajištění jakosti bude doložen podle § 56 odst. (4) zákona č. 137/2006 Sb. certifikátem systému řízení jakosti a dokladem o registraci v systému řízení a bude obsahovat plán zajištění jakosti této stavby, provedení všech nutných zkoušek dle platných TP (případně jiných norem vztahujících se k prováděnému dílu včetně pořízení protokolů), dále případných revizí, či zajištění všech ostatních zkoušek, atestů a revizí dle jiných právních a technických předpisů platných v době provádění a předání díla, kterými bude prokázáno dosažení předepsané kvality a předepsaných parametrů díla.“*

36. Zadavatelem zvolené dílčí hodnotící subkritérium „Plán zajištění jakosti“ obsahuje mimo jiné požadavek na doložení certifikátu, který se vztahuje k osobám uchazečů o veřejnou zakázku. Zadavatel tedy svým postupem zaměnil další kvalifikační předpoklady týkající se prokazování technické způsobilosti uchazeče podle § 56 odst. 4 zákona, jejichž splnění je předpokladem účasti dodavatele v zadávacím řízení, s dílčími hodnotícími kritérii, podle kterých má být hodnocena ekonomická výhodnost podaných nabídek. Posouzení a vyhodnocení kvalifikace uchazečů zadavatel provádí samostatně od hodnocení nabídek. Pokud se zadavatel rozhodne, že bude nabídky hodnotit podle kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, je povinen stanovit taková kritéria, která se výhradně týkají nabídky a její ekonomické výhodnosti, tj. zabývá se hodnocením konkrétních podmínek obsažených v nabídce, za nichž uchazeč zadavateli nabízí plnění 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.

37. Z výše uvedeného se jeví, že zadavatel spáchal správní delikt podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, ovšem k tomu je nutné podotknout, že jedním ze základních znaků skutkové podstaty správního deliktu je příčinná souvislost mezi jednáním pachatele deliktu a zákonem předvídaným následkem, resp. porušením či ohrožením zákonem chráněného zájmu. V daném případě je definičním znakem správního deliktu dle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona příčinná souvislost mezi nedodržením zákonem předepsaného postupu při zadávání veřejné zakázky jako příčinou a podstatným ovlivněním, resp. alespoň možností podstatného ovlivnění, výběru nejvhodnější nabídky jako následkem. V tomto případě je pro posouzení příčinné souvislosti rozhodnou skutečnost, že předložení certifikátu systému řízení jakosti a dokladu o registraci sytému řízení požadoval zadavatel současně pro prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů, přičemž tento jeho požadavek byl v souladu s ust. § 56 odst. 4 zákona. Dle ust. § 59 posoudí veřejný zadavatel splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků stanovených v souladu se zákonem. Toto posouzení vždy předchází hodnocení nabídek. Dle ust. § 60 odst. 1 musí být každý dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu, veřejným zadavatelem z účasti na zadávacím řízení vyloučen. Aby tedy byla nabídka kteréhokoliv uchazeče předmětem hodnocení, musí tento uchazeč nejprve splnit kvalifikační předpoklady. Je tedy nepochybné, že kterýkoliv z uchazečů, jehož nabídka by byla předmětem hodnocení hodnotící komisí zadavatele, by musel již dříve požadovaný certifikát systému řízení jakosti a doklad o registraci sytému řízení doložit. S ohledem na povahu tohoto požadavku by museli všichni uchazeči jeho splnění doložit shodným způsobem. Vztahuje-li se tedy tento požadavek zadavatele na všechny uchazeče stejnou měrou, neboť jeho splnění musí všichni uchazeči prokázat shodně a shodným způsobem při prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů, nemůže mít tato skutečnost žádný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť všechny nabídky dodavatelů, kteří prokázali splnění kvalifikace, musely být v tomto bodě nutně shodné. Úřad tedy dospěl k závěru, že v tomto případě nedošlo k naplnění skutkové podstaty správního deliktu, neboť zde absentuje příčinná souvislost mezi nedodržením zákonem předepsaného postupu při zadávání veřejné zakázky jako příčinou a alespoň možností podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky jako následkem.

Způsob hodnocení

38. Podle § 44 odst. 3 písm. f) zákona zadávací dokumentace musí obsahovat alespoň způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií.

39. Podle § 6 zákona zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

40. Zadavatel nestanovil u hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky způsob hodnocení předem. Podle dříve platného zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů byl způsob hodnocení nabídek částečně specifikován v prováděcí vyhlášce č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické vhodnosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "vyhláška"), kde byla uvedena bodovací stupnice a způsob hodnocení nabídek zejm. u počitatelných dílčích kritérií. Jestliže zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve

znění pozdějších předpisů postup při hodnocení nabídek neupravuje, ani neexistuje žádná prováděcí vyhláška upravující postup při hodnocení nabídek, byl zadavatel podle § 44 odst. 3 písm. f) zákona povinen upravit způsob hodnocení v zadávací dokumentaci předem, tj. uvést, že hodlá použít bodovací stupnici v rozsahu (např. 1-100) či jinou stupnici a popsat způsob hodnocení, jinak nelze následně posoudit, zda je jeho hodnocení nabídek transparentní.

41. K otázce uvedení způsobu hodnocení nabídek Úřad uvádí, že zadávací dokumentace musí podle § 44 odst. 3 písm. f) zákona obsahovat způsob, jakým budou hodnoceny nabídky z hlediska dílčích hodnotících kritérií. Zadavatel je povinen přesně specifikovat a podrobně popsat způsob a metodu hodnocení nabídek z hlediska jednotlivých hodnotících kritérií. Vzhledem k tomu, že dílčí hodnotící kritérium nemusí být dostatečně určitým vodítkem pro uchazeče při zpracování nabídek, je nutné s ohledem na dodržení zásad zadávacího řízení uvedených v § 6 zákona stanovit, jaké parametry z jejich nabídek budou předmětem hodnocení a jakým způsobem bude hodnocení provedeno. Zadavatel tedy má s ohledem na výše uvedené povinnost popsat v zadávací dokumentaci způsob hodnocení nabídek natolik přesně a srozumitelně, aby si uchazeči mohli vytvořit jasnou představu o tom, jakým způsobem budou jejich nabídky hodnoceny.

42. Úřad po přezkoumání obdržené dokumentace zjistil, že zadavatel v zadávací dokumentaci vymezil jednotlivá dílčí hodnotící kritéria a subkritéria, přičemž uvedl, co bude v rámci daného kritéria hodnoceno, ale nestanovil způsob a metodu hodnocení nabídek podle těchto jednotlivých dílčích hodnotících kritérií a subkritérií.

43. Uchazeči se tedy ze zadávací dokumentace nedozvěděli předem způsob a metodu hodnocení nabídek podle jednotlivých kritérií. Ze zadávací dokumentace nebylo patrné, co zadavatel upřednostňuje, na co klade důraz a uchazeči tak neznali preference zadavatele a nemohli tak své nabídky přizpůsobit potřebám zadavatele vyjádřeným v hodnotících kritériích. Zadavatel je povinen vzhledem k ustanovení § 44 odst. 3 písm. f) zákona a s ohledem na zásadu transparentnosti zadávacího řízení stanovit, jakým způsobem bude hodnocení provedeno, a to zejména s ohledem na skutečnost, že zákon nestanoví jednotnou metodu hodnocení nabídek.

44. Pouhé stanovení procentní váhy jednotlivých dílčích hodnotících kritérií a subkritérií, které není doplněno o popis způsobu hodnocení a metody, na základě které budou jednotlivým nabídkám přidělovány bodové hodnoty, které odrážejí úspěšnost nabídky v rámci jednotlivých dílčích hodnotících kritérií, není dostačujícím popisem způsobu hodnocení dle hodnotících kritérií. Uchazeči o veřejnou zakázku musí být předem obeznámeni s tím, jakým způsobem budou jejich nabídky hodnoceny v rámci všech hodnotících kritérií, a to včetně možnosti podat námitky proti vymezení způsobu hodnocení, pokud by se domnívali, že je zadavatelem stanoven v rozporu se zákonem. Není totiž vyloučeno, že na základě zadavatelem zvoleného způsobu hodnocení počitatelných kritérií může dojít k neproporcionálnímu přiřazení bodů ve vztahu k nabízeným hodnotám, což v konečném důsledku může ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

45. Způsob hodnocení nabídek zadavatel uvedl až ve zprávách o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 29. 2. 2008 (veřejná zakázka „Přestupní uzel Nesovice, žel. st.“), resp. ze dne 12. 2. 2008 (veřejná zakázka „Přestupní uzel Otnice“), a to v článku 4. „Popis způsobu hodnocení nabídek“ (viz dále).

46. K argumentům zadavatele týkajících se dané problematiky, Úřad konstatuje, že za protiprávní jednání je třeba považovat nejen takové jednání zadavatele, které zcela prokazatelně ovlivnilo hodnocení nabídek a tím i výběr nejvhodnější nabídky, ale i takové jednání, které mělo „pouze“ potenciál takového ovlivnění (uvedené jednání lze označit za jednání ohrožující, k jehož dovršení postačuje pouhé nenaplnění zájmu chráněného zákonem), případně konkrétní ovlivnění není průkazné (např. z toho důvodu, že uchazeči podali srovnatelné nabídky). Úvaha Úřadu nad případnými následky úkonů zadavatele je proto v této souvislosti legální součástí správního uvážení. Z výše uvedených důvodů Úřad konstatoval, že nestanovení způsobu a metody hodnocení nabídek podle jednotlivých dílčích hodnotících kritérií a subkritérií mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

47. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel při zadávání obou veřejných zakázek nedodržel postup stanovený v ustanovení § 44 odst. 3 písm. f) zákona tím, že v zadávací dokumentaci nevymezil způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť uchazeči při zpracování nabídek nebyli konkrétně obeznámeni s tím, jakým způsobem a jakou metodou bude provedeno hodnocení nabídek podle jednotlivých hodnotících kritérií, a následně došlo k uzavření smluv.

Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek

48. Podle § 79 zákona hodnocení nabídek provede hodnotící komise podle hodnotících kritérií uvedených v dokumentech podle § 78 odst. 6 zákona. Je-li základním hodnotícím kritériem ekonomická výhodnost nabídky, je hodnotící komise povinna hodnotit nabídky a stanovit jejich pořadí podle jednotlivých dílčích hodnotících kritérií a jejich vah.

49. O posouzení a hodnocení nabídek pořídí podle § 80 zákona hodnotící komise písemnou zprávu, která obsahuje seznam posouzených nabídek, které byly hodnotící komisí ze zadávacího řízení vyřazeny spolu s uvedením důvodu, popis způsobu hodnocení zbývajících nabídek s odůvodněním, výsledek hodnocení nabídek, údaj o tom, jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritérií a údaj o složení hodnotící komise.

50. Podle § 6 zákona zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

51. Ve zprávách o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 29. 2. 2008 (veřejná zakázka „Přestupní uzel Nesovice, žel. st.“), resp. ze dne 12. 2. 2008 (veřejná zakázka „Přestupní uzel Otnice“), je v článku 4. „Popis způsobu hodnocení nabídek“ uvedeno, že hodnotící komise použila pro hodnocení nabídek bodovací stupnici v rozsahu 0 až 100. Hodnocení podle bodovací metody provedla hodnotící komise tak, že jednotlivá bodová ohodnocení nabídek dle dílčích kritérií byla vynásobena příslušnou vahou daného kritéria. Na základě součtu výsledných hodnot u jednotlivých nabídek hodnotící komise stanovila pořadí úspěšnosti jednotlivých nabídek tak, že jako nejúspěšnější byla stanovena nabídka, která dosáhla nejvyšší hodnoty a ostatní nabídky byly seřazeny sestupně, s tím, že při rovnosti bodů bude rozhodující lepší cena.

52. Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 29. 2. 2008 (veřejná zakázka „Přestupní uzel Nesovice, žel. st.“), resp. ze dne 12. 2. 2008 (veřejná zakázka „Přestupní uzel Otnice“),

obsahují tabulky s bodovým hodnocením nabídek, přičemž u dílčího hodnotícího kritéria „Plán organizace výstavby“ byly zpracovány dvě tabulky:

Veřejná zakázka „Přestupní uzel Nesovice, žel. st.“

- tabulka s názvem „Plán organizace výstavby - dílčí kritéria – podklad pro bodové hodnocení (výtah z nabídek)“, která obsahuje u jednotlivých dílčích hodnotících subkritérií údaje z nabídek uchazečů, resp. odkazy na příslušné stránky nabídek uchazečů s krátkými texty, jako např. *„HMG věcný/finanční; podmínky doloženy popisem, rozsah – viz text..“* Pod tabulkou je uveden text: *„Ve všech dílčích kritériích bude hodnocen rozsah a detailnost zpracování předkládaného materiálu. Budou vyhodnocena jednotlivá podkritéria, kde bude hodnocena mimo jiné délka výstavby, rozsah a technická úroveň zpracování jednotlivých podkritérií se zaměřením na konkrétní stavbu – tj. hodnotí se i celková technická úroveň firmy, ve smyslu kvality budoucího realizovaného díla.“*
- tabulka s názvem „Plán organizace výstavby - dílčí kritéria – výpočet“, která obsahuje bodové hodnocení jednotlivých dílčích hodnotících subkritérií.

Veřejná zakázka „Přestupní uzel Otnice“

- tabulka s názvem „Plán organizace výstavby - dílčí kritéria – podklad pro bodové hodnocení (výtah z nabídek)“, která obsahuje u jednotlivých dílčích hodnotících subkritérií údaje z nabídek uchazečů, resp. odkazy na příslušné stránky nabídek uchazečů s krátkými texty, jako např. *„věcně a graficky zpracováno – HMG věcný/finanční; stručná zmínka v textu POV – text viz str. 54...“* Pod tabulkou je uveden text: *„Ve všech dílčích kritériích bude hodnocen rozsah a detailnost zpracování předkládaného materiálu. Budou vyhodnocena jednotlivá podkritéria, kde bude hodnocena mimo jiné délka výstavby, rozsah a technická úroveň zpracování jednotlivých podkritérií se zaměřením na konkrétní stavbu – tj. hodnotí se i celková technická úroveň firmy, ve smyslu kvality budoucího realizovaného díla.“*
- tabulka s názvem „Plán organizace výstavby - dílčí kritéria“, která obsahuje bodové hodnocení jednotlivých dílčích hodnotících subkritérií.

53. Zprávy o posouzení a hodnocení ze dne 29. 2. 2008 (veřejná zakázka „Přestupní uzel Nesovice, žel. st.“), resp. ze dne 12. 2. 2008 (veřejná zakázka „Přestupní uzel Otnice“), které jsou součástí předložené dokumentace předmětných veřejných zakázek neobsahují skutečnosti, které vedly jednotlivé členy hodnotící komise k přidělení konkrétních bodů, ani žádné zdůvodnění provedeného hodnocení. Hodnotící komise v šetřených případech vyhotovila hodnotící tabulky, které buď pouze odkazovaly na příslušné stránky nabídek uchazečů, které komise hodnotila, a obsahovaly krátké texty, z kterých však nebylo zřejmé, jak byly jednotlivé nabídky hodnoceny v rámci kritérií, nebo přímo obsahovaly bodové hodnocení, z kterého není patrné z jakého důvodu byl příslušný počet bodů jednotlivým nabídkám dle jednotlivých dílčích subkritérií přidělen. Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek tedy neobsahují popis hodnocení nabídek, resp. není z nich patrné, jakým způsobem byly konkrétní údaje z nabídek členy komise hodnoceny, na základě jakého principu komise přidělovala nabídkám body v jednotlivých subkritériích, proč té které nabídce byl přidělen určitý počet bodů a v čem spočívala rozdílnost nabídek v jednotlivých subkritériích hodnocení.

54. K přezkoumatelnosti hodnocení je nezbytné, aby zpráva o posouzení a hodnocení nabídek obsahovala údaj o tom, jak byly jednotlivé nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých kritérií,

i výsledek hodnocení jednotlivých nabídek, tj. takové údaje, z nichž bude vyplývat, proč právě ta konkrétní nabídka získala v daném kritériu určitý počet bodů a jak se tedy nabídky v jednotlivých kritériích hodnocení liší. Hodnotící komise musí věnovat pozornost popisu hodnocení jednotlivých nabídek s uvedením náležitého odůvodnění zejména u hodnocení nabídek v rámci kritérií, která nejsou matematicky vyjádřitelná. Jen takovýmto způsobem pořízená zpráva, spolu s další nezbytnou dokumentací, umožní zadavateli prokázat, že posouzení a hodnocení nabídek bylo provedeno objektivně a v souladu se zákonem. Pokud zpráva o posouzení a hodnocení nabídek obsahuje pouze číselné údaje a případně jen stručný text s odkazy na příslušné stránky nabídek uchazečů, nezbývá než konstatovat, že provedené hodnocení je netransparentní a nepřezkoumatelné. Rovněž pro uchazeče, kteří v souladu s § 80 odst. 3 zákona jsou oprávněni nahlédnout do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, je zpráva bez odůvodnění provedeného hodnocení netransparentní.

55. Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 29. 2. 2008 (veřejná zakázka „Přestupní uzel Nesovice, žel. st.“), resp. ze dne 12. 2. 2008 (veřejná zakázka „Přestupní uzel Otnice“), neobsahují údaje o tom, jak byly jednotlivé nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých subkritérií, a proto nelze považovat předmětné listiny za zpracované v souladu se zákonem, na jejichž základě by mohl zadavatel rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky. Nelze tak přezkoumat, zda zadavatel o obou veřejných zakázek skutečně vybral nabídku nejvhodnější.

56. Hodnocení nabídek je klíčovým prvkem v procesu výběru nejvhodnější nabídky, a proto je na něj kladen velký 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 průhledné a průkazné, aby bylo možno je přezkoumat.

57. V této souvislosti Úřad odkazuje na ustanovení § 74 odst. 1 zákona, v němž je stanoveno, že činí-li hodnotící komise ve vztahu k dodavatelům úkony podle tohoto zákona, platí, že úkony činí jménem zadavatele. V šetřeném případě hodnotící komise hodnotila nabídky dodavatelů, přičemž ve zprávách o posouzení a hodnocení nabídek u dílčího hodnotícího kritéria „Plán organizace výstavby“ neuvedla způsob hodnocení a neodůvodnila přiřazení konkrétních hodnot u jednotlivých subkritérií. Vzhledem k tomu, že tak učinila jménem zadavatele, pohlíží se na nedodržení tohoto postupu jako na nesplnění povinnosti zadavatele.

58. K argumentu zadavatele, že si Úřad mohl ověřit z podkladů pro rozhodnutí, zda při hodnocení nabídek byly vybrány nejvhodnější nabídky, Úřad uvádí, že nemůže přebírat roli zadavatele a aktivně se podílet na hodnocení nabídek. Odborné posouzení a hodnocení nabídek ponechává zákon na zadavateli. Například v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 75/2009 ze dne 6. 11. 2009 (dále jen "rozsudek NSS") je konstatováno, že úkolem Úřadu je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru a jeho pravomoci končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Podle citovaného rozsudku NSS Úřad dbá na to, aby byla splněna jedna ze základních zásad zadávání veřejných zakázek, a to zásada transparentnosti celého procesu zadávání veřejných zakázek. Úřad tedy není oprávněn při své přezkumné činnosti vstupovat do myšlenkových pochodů jednotlivých hodnotitelů, tedy členů hodnotící komise, a tyto myšlenkové pochody jakkoliv přezkoumávat, hodnotit, či dokonce nahrazovat vlastním správním uvážením. Úřad však přezkoumává, zda k hodnocení komisí došlo zákonem stanoveným způsobem, zda k tomu došlo transparentním způsobem, tedy zda je posouzení

komise přezkoumatelné po formální stránce. Rozsudek NSS dále konstatuje, že Úřad musí dbát na to, aby komise k výsledku posouzení dospěla za splnění všech zákonem stanovených požadavků, tedy i za splnění požadavků transparentního a přezkoumatelného popisu způsobu hodnocení nabídek. Pravomoci Úřadu sahají do úrovně těch činností zadavatele, které vytvářejí prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů v soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě.

59. Není-li tedy ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek uvedeno, na základě jakého principu zadavatel přiděloval v rámci hodnotících subkritérií hodnoceným nabídkám body, není možno správnost jeho postupu zpětně hodnotit, resp. přezkoumat a takový postup zadavatele je postupem netransparentním.

60. Pro úplnost Úřad uvádí, že jak už podrobněji popsal v bodu 46. tohoto rozhodnutí, absence popisu hodnocení nabídek a absence odůvodnění přiřazení bodových hodnot ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek mohla podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

61. Na základě výše uvedených skutečností Úřad dospěl k závěru, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 80 odst. 1 ve spojení s § 6 zákona tím, že ve zprávách o posouzení a hodnocení nabídek neuvedl u dílčích hodnotících subkritérií popis způsobu hodnocení nabídek s odůvodněním a údaj o tom, jak nabídky byly hodnoceny, přičemž tento úkon zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze přezkoumat důvody provedeného hodnocení pro jeho netransparentnost a nelze tak vyloučit, že při hodnocení nebyly vybrány nejvhodnější nabídky.

Jednací řízení bez uveřejnění ve věci veřejné zakázky „Přestupní uzel Nesovice, žel. st.“

62. Zadavatel uzavřel:

- dne 16. 6. 2008 dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo, a to na základě výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 zákona ze dne 6. 6. 2008. Předmětem dodatku je změna rozsahu plnění v rámci SO 501 a Informační panely a přípojky NN a SO 201 Úprava místní komunikace a změna ceny díla. Původní cena díla činila 21 848 340,25 Kč bez DPH, po změně rozsahu předmětu díla 23 701 407,21 Kč bez DPH. Rozdíl cen činil 1 853 066,96. Ze zápisu z jednání technické dokumentační komise SÚS JMK, ředitelství, Ořechovská 35, 619 64 Brno dne 16. 5. 2008 vyplývá, že OHL ŽS, a. s. předložil návrh na vícepráce a méněpráce, které jsou nutné k provedení stavby, ale nejsou obsaženy ve smlouvě o dílo. Jedná se o následující práce:
  - SO 501a Informační panely a přípojky nn
    méněpráce: - 416 396,44 Kč bez DPH
    vícepráce: 96 409,82 Kč bez DPH
  - SO 201 Úprava místní komunikace
    méněpráce: - 4 719 932,42 Kč bez DPH
    vícepráce: 6 892 986,- Kč bez DPH

Méněpráce celkem tedy činily 5 136 328,86 Kč bez DPH a vícepráce 6 989 395,80 Kč bez DPH.

- dne 18. 6. 2008 dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo, a to na základě výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 zákona ze dne 10. 6. 2008. Předmětem dodatku je změna rozsahu plnění v rámci SO 02 Přeložka kabelu veřejného

osvětlení, SO 201 Úprava místní komunikace, SO 302 Opěrné zdi, schodiště a rampa pro pěší, SO 301 Dešťová kanalizace, SO 302 Úprava splaškové kanalizace, SO 303 Rekonstrukce propustku a SO 401 Přeložka kabelu Telefónica O2 a změna ceny díla. Cena díla dle původní smlouvy o dílo včetně dodatku č. 1 činila 23 701 407,21 Kč bez DPH a po změně rozsahu předmětu plnění činila 24 377 646,28 Kč bez DPH. Ze zápisu z jednání technické dokumentační komise SÚS JMK, ředitelství, Ořechovská 35, 619 64 Brno dne 19. 6. 2008 vyplývá, že OHL ŽS, a. s. předložil návrh na vícepráce, které jsou nutné k provedení stavby, ale nejsou obsaženy ve smlouvě o dílo, a to v celkové výši 676 239,07 Kč bez DPH. Jedná se o následující práce:

- SO 02 Provizorní veřejné osvětlení
  vícepráce: 40 563,06 Kč bez DPH
- SO 201 Úprava místní komunikace
  vícepráce: 19 915,05 Kč bez DPH
- SO 202 Opěrné zdi, schodiště a rampa pro pěší
  vícepráce: 143 629,87 Kč bez DPH
- SO 301 Dešťová kanalizace
  vícepráce: 76 169,13 Kč bez DPH
- SO 302 Úprava splaškové kanalizace
  vícepráce: 8 868,59 Kč bez DPH
- SO 303 Rekonstrukce propustku
  vícepráce: 71 394,62 Kč bez DPH
- SO 401 Přeložka kabelu Telefonica O2
  vícepráce: 287 383,42 Kč bez DPH
- SO 401 Přeložka kabelu Telefonica O2 – rozdíl kabeláže
  vícepráce: 28 315,36 Kč bez DPH.

63. Zadavatel na základě výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 zákona ze dne 6. 6. 2008 a 10. 6. 2008 uzavřel s vybraným uchazečem k původní smlouvě o dílo ze dne 21. 3. 2008 dodatky č. 1 a č. 2, v rámci kterých měnil rozsah předmětu veřejné zakázky formou tzv. „méněprací“ a „víceprací“, přičemž celková cena „víceprací“ činila 7 665 634,80 Kč. Celkový rozsah víceprací byl stanoven na základě provedení odpočtu finanční hodnoty „méněprací“ od finanční hodnoty „víceprací“. V souvislosti s tím Úřad získal pochybnosti zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když uzavřel dodatky č. 1 a č. 2 na základě použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona.

64. Zadavatel ve svém stanovisku k zahájení správního řízení, které Úřad obdržel dne 21. 9. 2009, mimo jiné uvedl, že v zápise z jednání technické dokumentační komise ze dne 16. 5. 2008, který předcházel změně smlouvy o dílo dodatkem č. 1, jsou použity výrazy méněpráce a vícepráce nepřesně a zmatečně. V zápise je těmito výrazy řečeno, jaký byl rozpočet na stavební objekt původně (méněpráce) a jaký bude po změně (vícepráce), přičemž u objektů SO 201 a SO 501a činily převážnou část rozpočtu po změně nezměněné položky smlouvy o dílo. V případě objektu SO 201 to znamená, že z nové ceny objektu, tj. 6 892 968,- Kč + DPH činí vícepráce pouze 2 239 781,10 Kč + DPH a méněpráce 66 728,40,- Kč + DPH. To znamená, že v hodnotě 4 653 186,90,- Kč + DPH jsou položky nezměněné. Obdobně lze postupovat i v případě stavebního objektu SO 501a.

65. Cena za vícepráce dle dodatku č. 1 ze dne 16. 6. 2008 činila 2 239 781,10 Kč bez DPH (viz „Nabídkový rozpočet“) a cena za vícepráce dle dodatku č. 2 ze dne 18. 6. 2008 činila 676 239,07 Kč bez DPH (viz „Rekapitulace rozpočtů k dodatku č. 2“), tj. celkem 2 916 020,17 Kč bez DPH. Z uvedeného je zřejmé, že cena víceprací nedosáhla a ani se nepřiblížila 20% původní ceny, tj. 4 369 668,05 Kč.

66. V otázce použití jednacího řízení bez uveřejnění tedy nedošlo k naplnění skutkové podstaty správního deliktu.

ULOŽENÍ POKUTY

67. Podle § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že
    - nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82,
    - zruší zadávací řízení, aniž byly splněny podmínky podle § 84,
    - nepořídí nebo neuchová dokumentaci o veřejné zakázce podle § 109 a 155, nebo
    - nesplní povinnost stanovenou v § 146 a 147 pro uveřejňování.

68. V případě šetřených veřejných zakázek se zadavatel správních deliktů dopustil tím, že při zadávání veřejných zakázek
    - „Přestupní uzel Nesovice, žel. st.“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod ev. číslem 60014505 dne 4. 2. 2008,
    - „Přestupní uzel Otnice“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném písemnou výzvou k podání nabídky a k prokázání kvalifikace ze dne 24. 1. 2008,

    1. nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 3 písm. f) cit. zákona, neboť v zadávací dokumentaci neuvedl způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií,
    2. nedodržel postup stanovený v § 80 odst. 1 ve spojení s § 6 cit. zákona tím, že do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek neuvedl u dílčího hodnotícího kritéria „Plán organizace výstavby“ popis způsobu hodnocení nabídek s odůvodněním a údaj o tom, jak nabídky byly hodnoceny, čímž současně nedodržel zásadu transparentnosti zadávacího řízení,

    přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

69. Jelikož zadavatel uzavřel s vybranými uchazeči smlouvy, aniž by dodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

70. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

71. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správních deliktů dozvěděl na základě podnětů, které obdržel dne 25. 6. 2009. K uzavření smluv s vybranými uchazeči došlo dne 21. 3. 2008 a dne

12. 3. 2008. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

72. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000,- Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto zákona.

73. Vzhledem k uplatňování absorpční zásady při stanovení pokuty za spáchání sbíhajících se deliktů tj. uložení úhrnného trestu za nejzávažnější z těchto deliktů, byla uložena pokuta za spáchání deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona při zadávání veřejné zakázky „Přestupní uzel Nesovice, žel. st.“, jejíž cena činí dle smlouvy o dílo ze dne 21. 3. 2008 celkem 25 999 524,90 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí po zaokrouhlení částku ve výši 1 299 976,- Kč.

74. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

75. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu jako přitěžující okolnost tu skutečnost, že zadavatel nedodržel více ustanovení zákona, neboť v zadávací dokumentaci vůbec nestanovil způsob hodnocení nabídek a ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek neuvedl u dílčího hodnotícího kritéria „Plán organizace výstavby“ údaje o tom, jak nabídky byly hodnoceny. Pokud by zadavatel v souladu se zákonem stanovil v zadávací dokumentaci způsob hodnocení nabídek, uchazeči by věděli, co zadavatel preferuje, a mohli tomu přizpůsobit své nabídky. Tím, že zadavatel předem nestanovil způsob hodnocení nabídek, nesplnil předpoklad pro transparentní a přezkoumatelné hodnocení nabídek, přičemž samotné hodnocení nabídek nelze přezkoumat, jelikož zpráva o posouzení a hodnocení nabídek neobsahuje u dílčího hodnotícího kritéria „Plán organizace výstavby“ údaje o tom, jak nabídky byly hodnoceny. Úřad nemohl opomenout, že problematika stanovení způsobu hodnocení nabídek v zadávací dokumentaci a náležitostí zprávy o posouzení a hodnocení nabídek byla v rozhodovací praxi Úřadu již opakovaně řešena. V této souvislosti Úřad odkazuje např. na pravomocná rozhodnutí S175/2007/VZ-15226/2007/520-AB ze dne 5. 9. 2007, které nabylo právní moci dne 21. 12. 2007, S021/2007-03973/2007/520-Pr ze dne 12. 4. 2007, které nabylo právní moci dne 28. 9. 2007, S151/2007/VZ-13839/2007/540-Šm ze dne 6. 9. 2007, které nabylo právní moci dne 17. 12. 2007 nebo S089/2007-09057/2007/540-Zaj ze dne 21. 5. 2007, které nabylo právní moci dne 23. 6. 2007. Nelze ponechat bez postihu závažná porušení příslušných ustanovení zákona a nedodržení transparentnosti procesu zadání veřejných zakázek.

76. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb. Dle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z výročních zpráv Jihomoravského kraje z roku 2008 a 2009 uvedených na jeho internetových stránkách (www.kr-jihomoravsky.cz) vyplývá, že zadavatel obdržel z rozpočtu Jihomoravského kraje příspěvek na provoz bez účelového určení ve výši

150 000 000,- Kč v roce 2008 a 66 800 000,- Kč v roce 2009. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

77. V této souvislosti Úřad poznamenává, že pokuta uložená zadavateli za zjištěné porušení zákona má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je v souladu se zákonem. Po zvážení všech okolností případu Úřad při stanovení výše uložené pokuty preferoval preventivní charakter sankce a stanovenou výši pokuty v dolní polovině její maximální možné výše, vzhledem k okolnostem případu, posoudil jako dostačující.

78. Úřad posoudil postup zadavatele při zadávání obou veřejných zakázek a na základě zhodnocení všech důkazů, a to jak jednotlivě, tak i v jejich vzájemné souvislosti, rozhodl, jak je uvedeno ve výroku.

79. Pro úplnost Úřad uvádí, že podle čl. II odst. 1 zákona č. 417/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, se zadávání veřejných zakázek, soutěže o návrh a řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů.

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, třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 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

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:

1. Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace kraje, se sídlem Žerotínovo nám. 3/5, 601 82 Brno
2. OHL ŽS, a. s., se sídlem Burešova 938/17, 660 02 Brno
3. COLAS CZ, a. s., se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha 9

Vypraveno dne:

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