UOHSX004Z8FK

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R277/2012/VZ-10198/2013/310/BVí Brno 3. června 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 3. 10. 2012 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne), jenž podal zadavatel -

- **Svazek obcí VODOVODY A KANALIZACE**, IČ 60418885, se sídlem Kubišova 1172, 674 01 Třebíč, ve správním řízení zastoupený JUDr. Borisem Vágnerem, advokátem, se sídlem třída Kpt. Jaroše 19, 602 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S176/2011/VZ-17590/2012/550/JHn ze dne 18. 9. 2012, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Zajištění kvality pitné vody ve vodárenské soustavě jihozápadní Moravy – region Třebíčsko**“ v režimu otevřeného řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 6. 2. 2007 pod ev. č. 50019884, ve znění oprav ze dne 23. 2. 2007, a v Dodatku k Úřednímu věstníku Evropské unie dne 7. 2. 2007 pod ev. č. 2007/S 26-031110, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 2. 2007, kde dalším účastníkem správního řízení je vybraný uchazeč – společnosti

- **VHS plus, spol. s r. o.,** IČ 46992138, se sídlem Dobšická 17, 670 21 Znojmo,

- **PŘEMYSL VESELÝ stavební a inženýrská činnost s. r. o.**, IČ 25342100, se sídlem Pražákova 1000/60, 619 00 Brno,

- **SYNER VHS Vysočina, a. s.**, IČ 25183052, se sídlem Na Hranici 14, 586 01 Jihlava,
- **Outulný, a. s.**, IČ 26230992, se sídlem Bohunická 133/50, 619 00 Brno – Horní Heršpice,

které podaly na základě smlouvy o sdružení ze dne 26. 3. 2007 společnou nabídku,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S176/2011/VZ-17590/2012/550/JHn ze dne 18. 9. 2012

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen **„Úřad“**) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„zákon“**)[1] k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel podnět, jehož obsah tvořila žádost o provedení přezkoumání úkonů zadavatele – Svazek obcí VODOVODY A KANALIZACE, IČ 60418885, se sídlem Kubišova 1172, 674 01 Třebíč (dále jen **„zadavatel“**), učiněných v rámci zadávacího řízení pro veřejnou zakázku s názvem „Zajištění kvality pitné vody ve vodárenské soustavě jihozápadní Moravy – region Třebíčsko“ zadávané v režimu otevřeného řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 6. 2. 2007 pod ev. č. 50019884, ve znění oprav ze dne 23. 2. 2007, a v Dodatku k Úřednímu věstníku Evropské unie dne 7. 2. 2007 pod ev. č. 2007/S 26-031110, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 2. 2007 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Z dokumentace předložené zadavatelem vyplynuly následující skutečnosti. Zadávací řízení pro veřejnou zakázku bylo zahájeno dne 6. 2. 2007, kdy zadavatel v souladu

1 Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

s § 26 odst. 1 písm. a) zákona uveřejnil oznámení o zahájení zadávacího řízení v informačním systému o veřejných zakázkách.

3. V rámci technických kvalifikačních předpokladů vymezil zadavatel mimo jiné požadavek na předložení seznamu stavebních prací dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona. Tyto stavební práce měly být v souladu s požadavky zadavatele provedeny v posledních pěti letech, přičemž zadavatel dále požadoval, aby uchazeči doložili, že *„v tomto období ukončili (nebo uvedli do zkušebního provozu) alespoň 1 vodohospodářskou stavbu (čistírny odpadních vod, vodovody, kanalizace) v hodnotě min. 400 mil. Kč, spolufinancovanou z EU a maximálně dvě stavby vodovodů a jedné stavby úpravny vody v celkové hodnotě 200 mil.*“

4. Základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky byla ekonomická výhodnost nabídky dle § 78 odst. 1 písm. a) zákona. Základní hodnotící kritérium bylo zadavatelem rozděleno na tato dílčí hodnotící kritéria: „Výše nabídkové ceny bez DPH“ s váhou 65 %, „Délka záruční doby na technologickou část stavby“ s váhou 13 %, „Délka záruční doby na stavební část stavby“ s váhou 12 %, „Výše smluvní pokuty za prodlení se splněním termínu uvedení ÚV do zkušebního provozu za každý i započatý den prodlení“ s váhou 5 % a „Výše smluvní pokuty za prodlení se splněním termínu ukončení každého ze Závazných milníků za každý započatý den a případ prodlení“ s váhou 5 %.

5. U posledních dvou jmenovaných dílčích hodnotících kritérií zadavatel vymezil rozpětí pro navržené smluvní pokuty tak, že stanovil minimální možné výše smluvních pokut a rovněž jejich maximální možné výše.

6. Dále zadavatel pro účely provedení hodnocení nabídek uvedl, že *„bude-li hodnotící komise považovat hodnotu jiného dílčího kritéria, než je cena, za zjevně nepřiměřenou, postup podle vpředu popsané metody nepoužije* (touto metodou jsou myšleny vzorce pro matematický propočet bodového ohodnocení) *a nabídce v rámci tohoto kritéria přiřadí 0 bodů. Jestliže uchazeč navrhne výši smluvní pokuty přesahující maximální výši smluvní pokuty stanovenou v Zadávacích podmínkách, bude toto kritérium hodnoceno jen ve výši maximálního limitu*“.

7. Ve stanovené lhůtě obdržel zadavatel celkem šest nabídek. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 6. 4. 2007 (dále jen „**zpráva**“) vyplývá, že v rámci dílčího hodnotícího kritéria „Délka záruční doby na stavební část stavby“ obdržely čtyři z podaných nabídek 0 bodů, neboť údaje, které měly být předmětem hodnocení dle tohoto dílčího hodnotícího kritéria, byly hodnotící komisí *„posouzeny jednohlasně jako zjevně nepřiměřené*“.

8. Hodnotící komise ve zprávě v této souvislosti dále uvedla, že *„se jednomyslně shodla na tom, že přiměřenou může být považována záruční doba v délce do 120 měsíců*“, a dále, že *„záruční doba přesahující délku 120 měsíců (10 let) se jeví hodnotící komisi jako nadsazená, její dodržení nereálné*“. Nabídky, které obdržely těchto 0 bodů, nabízely předmětnou záruční lhůtu v délce 133, 136, 180 a 177 měsíců. Zbylé dvě nabídky (mezi nimi i nabídka vybraného uchazeče) navrhovaly předmětnou záruční dobu shodně v délce 120 měsíců.

9. Na základě provedeného hodnocení se ekonomicky nejvýhodnější nabídkou stala společná nabídka sdružení společností VHS plus, spol. s r. o., IČ 46992138, se sídlem Dobšická 17, 670 21 Znojmo, PŘEMYSL VESELÝ stavební a inženýrská činnost s. r. o., IČ 25342100, se sídlem Pražákova 1000/60, 619 00 Brno, SYNER VHS Vysočina, a. s., IČ 25183052, se sídlem Na Hranici 14, 586 01 Jihlava a Outulný, a. s., IČ 26230992, se sídlem Bohunická 133/50, 619 00 Brno – Horní Heršpice (dále jen „**vybraný uchazeč**“).

10. Vzhledem k tomu, že na základě posouzení předložených podkladů zadávacího řízení pro veřejnou zakázku získal Úřad pochybnosti o souladu postupů zadavatele se zákonem, zahájil dne 8. 9. 2011 správní řízení z moci úřední.

II. Napadené rozhodnutí

11. Dne 18. 9. 2012 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S176/2011/VZ-17590/2012/550/JHn (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. zkonstatoval, že zadavatel se při zadávání veřejné zakázky dopustil spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení:
    a. § 44 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na § 78 odst. 4 zákona, když stanovil způsob hodnocení nabídek podle dílčích hodnotících kritérií vymezených v bodě 4 tohoto rozhodnutí o rozkladu tak, že za nabídnuté hodnoty, které bude hodnotící komise považovat za zjevně nepřiměřené, obdrží nabídka v rámci tohoto hodnotícího kritéria nulové bodové hodnocení, a způsobil tím, že se tato dílčí hodnotící kritéria nevztahovala k nabízenému plnění veřejné zakázky a nevyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny, a
    b. § 6 zákona, když při hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria „Délka záruční doby na stavební část stavby“, nepostupoval podle stanoveného způsobu hodnocení, čímž porušil zásadu transparentnosti, a
    c. § 56 odst. 7 písm. c) zákona v návaznosti na § 6 zákona, když v oznámení o zakázce nestanovil úroveň předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, když požadoval předložení seznamu stavebních prací provedených za posledních 5 let, v němž musí dodavatel doložit, že v tomto období ukončil (nebo uvedl do zkušebního provozu) alespoň jednu vodohospodářskou stavbu (čistírny odpadních vod, vodovody, kanalizace) v hodnotě minimálně 400 000 000 Kč, spolufinancovanou Evropskou unií,

    přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel dne 8. 6. 2007 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.

12. Výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli povinnost uhradit za spáchání shora vymezeného správního deliktu pokutu ve výši 500 000 Kč.

13. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí popsal relevantní skutečnosti, které se k veřejné zakázce a postupům zadavatele při jejím zadávání vztahovaly.

14. Úřad v souvislosti s problematikou „zjevné nepřiměřenosti“ hodnot určitých dílčích hodnotících kritérií odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2009, sp. zn. 5 Afs 75/2009 z něhož vyplývá, že vyjma ceny, je zadavatel oprávněn stanovit, že některé údaje, uvedené v nabídce pro účely hodnocení, považuje za zjevně nepřiměřené. Úřad je pak oprávněn přezkoumávat pouze odůvodnění závěru hodnotící komise, z jakého důvodu určité kritérium považovala za zjevně nepřiměřené a ohodnotila jej tedy 0 body. Přezkum vlastních úvah hodnotící komise ze strany Úřadu je však nepřípustný.

15. Současně Nejvyšší správní soud v dotčeném rozsudku uvedl, že v takovém případě, pokud hodnotící komise v nabídkách shledá údaje zjevně nepřiměřené, je vhodné uchazečům poskytnout možnost prokázat, že jejich nabídky jsou hodnověrné a vážné, neboť v opačném případě by se mohlo jednat o nepřímou diskriminaci těchto uchazečů.

16. Úřad se v napadeném rozhodnutí ztotožnil se závěry Nejvyššího správního soudu v tom smyslu, že *„smyslem možnosti vyloučit zjevně nepřiměřenou nabídku je chránit zadavatele před situací, kdy uchazeč ve své nabídce uvede údaje, jejichž dodržení není reálné, což by během realizace předmětu plnění veřejné zakázky vedlo ke změně těchto údajů hodnocených v rámci dílčích hodnotících kritérií, a to v rozporu s původně stanovenými podmínkami zadání*“. Dále dle shora uvedeného judikátu platí, že tímto způsobem by neměla být, jakožto zjevně nepřiměřená, posuzována doba záručního servisu či smluvní pokuta. Hodnoty nabízené uchazeči v rámci těchto kritérií jdou totiž pouze k jejich tíži, nicméně i jejich zjevně nepřiměřená hodnota by neměla většinou ohrožovat průběh realizace předmětu veřejné zakázky. Tyto vyšší hodnoty jsou pro zadavatele přínosem navíc a jejich posouzení jakožto zjevně nepřiměřených, se jeví jako účelové a jdoucí proti smyslu použití daného omezení.

17. Dle Úřadu je tedy možné, aby zadavatel v zadávacích podmínkách stanovil, že pokud bude hodnotící komise některou z nabízených hodnot považovat za zjevně nepřiměřenou, přidělí takové nabídce 0 bodů, přičemž Úřad připouští, že není nutné v zadávacích podmínkách výslovně uvádět, vůči jakým hodnotám, okolnostem či podmínkám, bude taková zjevná nepřiměřenost posuzována. Takové posouzení je však účelové, pokud se týká dílčích hodnotících kritérií, jejichž potenciální nepřiměřená hodnota neohrožuje průběh realizace veřejné zakázky, resp. jedná se o hodnoty, které znamenají přínos pro zadavatele a jsou k tíži uchazeče.

18. V šetřeném případě zadavatel institut zjevné nepřiměřenosti aplikoval na dílčí hodnotící kritéria „Délka záruční doby na technologickou část stavby, „Délka záruční doby na stavební část stavby“, „Výše smluvní pokuty za prodlení se splněním termínu uvedení ÚV do zkušebního provozu za každý i započatý den prodlení“ a „Výše smluvní pokuty za prodlení se splněním termínu ukončení každého ze Závazných milníků za každý i započatý den a případ prodlení“. Tato dílčí hodnotící kritéria však naplňují znaky těch kritérií, jejichž vysoké hodnoty jsou k tíži uchazeče a naopak ve prospěch zadavatele. Posouzení těchto kritérií jakožto zjevně nepřiměřených je dle Úřadu účelové a jde proti smyslu použití institutu zjevné nepřiměřenosti. Zadavatel tedy de facto pochybil již při stanovení způsobu hodnocení nabídek v rámci zadávacích podmínek.

19. Úřad v napadeném rozhodnutí dále uvedl, že i další postup zadavatele při hodnocení nabídek nelze považovat za souladný se stanoveným způsobem hodnocení, ani za souladný se zásadou transparentnosti dle § 6 zákona.

20. Smluvní pokuty a záruční doby, jakožto předmět hodnocení v rámci ekonomické výhodnosti nabídky, de facto toto základní hodnotící kritérium znehodnocují, neboť nevyjadřují vztah užitné hodnoty a ceny, resp. ekonomickou výhodnost nabídky, neboť i vysoká hodnota skutečností, které jsou předmětem hodnocení dle těchto dílčích hodnotících kritérií, neohrožuje realizaci jednotlivých fází předmětu veřejné zakázky, resp. nevztahuje se k předmětu plnění veřejné zakázky. Současně Úřad považuje za základní podmínku pro dodržení zásady transparentnosti dle § 6 zákona, pokud zadavatel v zadávacích podmínkách umožní uchazečům obhájit jimi nabízené hodnoty, což se ovšem v posuzovaném případě nestalo.

21. Institut zjevné nepřiměřenosti aplikoval zadavatel ve fázi hodnocení nabídek pouze ve vztahu k dílčímu hodnotícímu kritériu „Délka záruční doby na stavební část stavby“ a čtyřem ze šesti podaných nabídek přidělil v rámci tohoto dílčího hodnotícího kritéria 0 bodů, neboť dle hodnotící komise se záruční doba přesahující 120 měsíců jevila jako nadsazená a její dodržení jako nereálné.

22. Úřad v této souvislosti znovu upozornil na shora uvedený rozsudek Nejvyššího správního soudu a na skutečnost, že v případě nabízených hodnot, které jsou k tíži uchazeče, nelze hodnotit jejich zjevnou nepřiměřenost. Úřad tedy uzavřel, že zadavatel při hodnocení nabídek podle dílčích hodnotících kritérií, jiných než je cena, nepostupoval v souladu s § 6 zákona, neboť nehodnotil nabídky podle předem stanovených parametrů a v návaznosti na stanovený způsob hodnocení nabídek zadavatel nedodržel při hodnocení nabídek dle dílčího hodnotícího kritéria „Délka záruční doby na stavební část stavby“ zásadu transparentnosti.

23. Rozpor postupů zadavatele s § 44 odst. 3 písm. f) a § 78 odst. 4 zákona Úřad shledal v tom, že pokud zadavatel vymezil způsob hodnocení nabídek dle dílčích hodnotících kritérií vyjmenovaných v bodě 4. tohoto rozhodnutí o rozkladu (vyjma dílčího hodnotícího kritéria „Výše nabídkové ceny bez DPH“) nepostupoval při stanovení tohoto způsobu hodnocení v souladu s dotčenými ustanoveními zákona, neboť uvedl, že za nabídnuté hodnoty, které bude hodnotící komise považovat za zjevně nepřiměřené, obdrží nabídka v rámci tohoto hodnotícího kritéria nulové bodové hodnocení, a způsobil tím, že se tato dílčí hodnotící kritéria nevztahovala k nabízenému plnění veřejné zakázky a nevyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny. S porušením totožných ustanovení zákona Úřad spojil i pochybení zadavatele, kdy nepostupoval při hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria „Délka záruční doby na stavební část stavby“ podle stanoveného způsobu hodnocení, čímž porušil zásadu transparentnosti.

24. Dle Úřadu přistoupila hodnotící komise k přidělení nulového bodového ohodnocení hodnotám zjevně nepřiměřeným v rámci dílčího hodnotícího kritéria „Délka záruční doby

na stavební část stavby“, ovšem toto kritérium nejde k tíži zadavatele a neohrožuje realizaci předmětu veřejné zakázky. Tento postup zadavatele mohl ovlivnit výsledné pořadí nabídek a mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť v případě, pokud by zadavatel nepřiřadil nabídce uchazeče IMOS Brno a. s. v dotčeném dílčím hodnotícím kritériu nulové bodové ohodnocení, umístila by se nabídka tohoto uchazeče jako první v konečném pořadí.

25. Pokud jde o vymezení minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona, shledal Úřad rozpor se zákonem v tom, že zadavatel vyžadoval předložení seznamu významných stavebních zakázek obsahujícího i stavební zakázku, jejíž realizace by byla spolufinancována z prostředků Evropské unie. Dle Úřadu není takový požadavek objektivně zdůvodnitelný a nelze jej považovat za logický a opodstatněný, neboť realizace takových stavebních prací nevykazuje podstatné odlišnosti od obdobných zakázek financovaných z jiných zdrojů. Takto vymezený technický kvalifikační předpoklad je dle Úřadu diskriminační a mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť zadavatel mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů, které by mohly nabízet výhodnější podmínky pro zadavatele.

26. Podmínky pro prokázání splnění kvalifikace je vždy nutno posuzovat s ohledem na konkrétní předmět veřejné zakázky a vzhledem k tomu, že předmětná veřejná zakázka se týká stavebních prací na vodárenské soustavě, není rozhodné, z jakých finančních zdrojů bude tato akce hrazena. Skutečnost, že s úhradou veřejné zakázky je spojena vyšší míra administrativy pak nemůže být důvodem pro omezení okruhu případných dodavatelů.

27. Porušení zásady zákazu diskriminace spočívá dle Úřadu ve skutečnosti, že dodavatelé, kteří dosud nerealizovali veřejnou zakázku spolufinancovanou Evropskou unií, přičemž v ostatních ohledech by byli schopni předmět veřejné zakázky poskytnout, se nemohli zadávacího řízení pro veřejnou zakázku účastnit.

III. Námitky rozkladu

28. Proti napadenému rozhodnutí podal zadavatel rozklad, který byl Úřadu doručen v zákonné lhůtě dne 3. 10. 2012. Zadavatel je přesvědčen, že se porušení postupů zakotvených v § 44 odst. 3 písm. f) zákona a v § 78 odst. 4 zákona nedopustil, resp. že neporušil žádnou ze základních zásad zadávání veřejných zakázek dle § 6 zákona, a dále nesouhlasí se závěry Úřadu ve vztahu k technickému kvalifikačnímu předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona.

29. V souvislosti se závěry Úřadu týkajícími se nedodržení povinností zadavatele dle dvou shora uvedených ustanovení zákona zadavatel odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2009 sp. zn. 5 Afs 75/2009, na nějž se odvolával i Úřad v napadeném rozhodnutí. Dle zadavatele jsou závěry tohoto rozsudku správné, nicméně Úřad se v napadeném rozhodnutí dle zadavatele nezabýval určitými aspekty, které s problematikou institutu zjevné nepřiměřenosti souvisejí, a které jsou dle zadavatele stěžejní. V případě těch dílčích hodnotících kritérií, jejichž hodnoty jsou k tíži uchazeče, přičemž i jejich zjevně nepřiměřená výše by neměla plnění veřejné zakázky nijak ohrozit, je

dle zadavatele stěžejní, že tato kritéria by dle závěrů Nejvyššího správního soudu měla pro zadavatele znamenat přínos navíc, tedy *„dodatečný přínos pro zadavatele“*.

30. Úřad se však dle zadavatele tímto aspektem dotčených dílčích hodnotících kritérií dostatečně nezabýval a v napadeném rozhodnutí jej *„prakticky vůbec nezohlednil“*. Tyto závěry není možné rutinně paušalizovat, ale aplikovat je s ohledem na konkrétní podmínky případu. Je tedy nutné zabývat se otázkou *„zda a do jaké míry by skutečně tzv. nepřiměřené hodnoty v rámci nabízených dílčích kritérií (tj. délka záruční doby na stavební část) skutečně představovaly pro zadavatele dodatečný přínos“*.

31. Zadavatel je přesvědčen, že v souvislosti s nabídnutými hodnotami dotčeného dílčího hodnotícího kritéria existuje vysoká míra pravděpodobnosti, že tyto hodnoty nemohly být ze strany uchazečů vůbec dodrženy a k „přínosu navíc“ tedy nemohlo dojít. Vzhledem k tomu, že bylo pravděpodobné, že takový přínos by vůbec nebyl realizován, bylo nutné na tyto nabízené hodnoty hledět jako na hodnoty výrazným způsobem ovlivňující konečné hodnocení. Z podkladů zadávacího řízení pro veřejnou zakázku je patrné, že hodnotící komise k těmto hodnotám tímto způsobem přistupovala a vyvodila náležité důsledky.

32. Dále je podstatné rozlišení, zda jsou nabízené hodnoty pouze nepřiměřené, či zcela nereálné. Zadavatel namítá, že nereálnost nabízeného plnění by mohla korespondovat s pojmem „rozpor se zákonem“, který používá zákon ve svém § 22 odst. 1 písm. b), přičemž by se jednalo o rozpor se zákonem č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, neboť právní úkon nikoli vážně učiněné nabídky, resp. právní úkon směřující k obcházení účelu zákona, by mohl být považován za neplatný.

33. Zadavatel nesouhlasí se závěry Úřadu, dle nichž *„zařazení smluvních sankcí či záručních dob jako hodnotících kritérií ekonomické výhodnosti nabídek de facto znehodnocuje kritérium ekonomické výhodnosti nabídek, neboť … i jeho relativně vysoká hodnota se nevztahuje k předmětu plnění veřejné zakázky“*. Délka záruční doby naopak dle zadavatele po právu spadá mezi portfolio „nákladů životního cyklu plnění“, neboť rozdíl v ceně nákladů na odstranění vad vzniklých v záruční době (kdy tyto náklady nese dodavatel plnění) a mimo její běh, kdy se jedná o náklady zadavatele, představuje vysoké ekonomické zatížení zadavatele, které s plněním veřejné zakázky souvisí. Dodavatelé dle zadavatele programově nastavují délku záruční doby tak, aby její běh končil těsně před očekávaným vznikem závad či ukončením životnosti plnění. Zařazení těchto lhůt do hodnocení představuje nástroj, jak dodavatele motivovat k jejich prodlužování.

34. Pokud jde o použití kontradiktorního ověření nabízených hodnot, které by dle Úřadu mělo předcházet přidělení nulového bodového ohodnocení těm hodnotám, které budou shledány jako zjevně nepřiměřené, je zadavatel přesvědčen, že se jedná o postup pouze doporučený, nikoli povinný.

35. Dále zadavatel nesouhlasí se závěry Úřadu týkajícími se způsobu vymezení minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona. Zadavatel se domnívá, že Úřad v napadeném rozhodnutí přehlíží určité rozhodující okolnosti případu

spočívající v tom, že zakázky spolufinancované z fondů Evropské unie vykazují významné rozdíly od zakázek jiných.

36. V této souvislosti jsou na příjemce finanční podpory z Evropské unie přenášeny povinnosti administrativního charakteru, které zcela zjevně souvisejí s řádnou realizací předmětu veřejné zakázky. Tyto povinnosti vyplývají z obecně závazné právní úpravy, ze závazků České republiky vůči Evropské unii a dále z podmínek finanční spoluúčasti Evropské unie (Rozhodnutí Komise ES o udělení pomoci z Fondu soudržnosti, Smlouva uzavřená mezi zadavatelem a SFŽP, závažné normy SFŽP jakožto řídícího orgánu, atd.). Zadavatel je tak zavázán k povinnostem a podmínkám podpory projektu z veřejných zdrojů. Tyto povinnosti zadavatele, jakožto příjemce dotace, je zadavatel povinen v adekvátní formě přenést na zhotovitele stavby.

37. Nejedná se tedy pouze o Úřadem tvrzenou „vyšší administrativní náročnost“, kterou by se měly zakázky spolufinancované ze zdrojů Evropské unie odlišovat, nýbrž o soubor zcela konkrétních znalostí a zkušeností, které jsou na straně uchazeče nezbytné k řádné realizaci předmětu veřejné zakázky, přičemž jejich absence může vést k nepochopení určitých požadavků na realizaci díla či pokynů zadavatele. Nerespektování závazků vůči spolufinancujícím orgánům může vést k výrazným finančním poškozením zadavatele, k nimž se zadavatel podrobněji vyjadřoval v rámci správního řízení předcházejícího vydání napadeného rozhodnutí.

38. Zadavatel se cítí býti konfrontován dvěma protichůdnými zájmy – jednak požadavky spojenými s řádným hospodařením se svěřenými prostředky a na druhé straně s požadavky definovanými napadeným rozhodnutím, které zadavatel charakterizuje jako „*vysoce extenzivní způsob výkladu požadavku na dodržení zásady nediskriminace uchazečů*“.

39. Cílem zákona je v souladu s rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2008 zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Konkrétní ustanovení zákona je dle zadavatele nutné vykládat v souladu s takto nastavenými mantinely, kdy požadavky na dodržování zásady zákazu diskriminace a respektování povinnosti zadavatele nakládat hospodárně a účelně se svěřenými prostředky není možné navzájem stavět do protikladu.

40. Zadavatel je přesvědčen, že pokud má být minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů stanovena ve vztahu k „velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, je třeba podřadit způsob spolufinancování zakázky pod znak „složitosti“ konkrétní veřejné zakázky.

41. V souvislosti s uloženou pokutou zadavatel namítá, že Úřad při jejím stanovení nezohlednil dostatečně zásady definované nálezem Ústavního soudu, na který napadené rozhodnutí odkazuje. Dle zadavatele je nutné přihlédnout k účelu jeho založení i předmětu jeho činnosti. Pokuta ve výši 500 000 Kč může mít pro zadavatele devastující charakter především ve vztahu k občanům daného regionu.

IV. Závěr rozkladu

42. Závěrem rozkladu zadavatel požaduje zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

Doplnění rozkladu ze dne 14. 11. 2012

43. Dne 14. 11. 2012 obdržel Úřad přípis zadavatele, jehož součástí byla kopie dopisu ředitelky Odboru řízení operačních programů MMR ČR ze dne 6. 12. 2010 adresovaného Evropské komisi. Prostřednictvím tohoto dopisu se řídící orgán Fondu soudržnosti vyjadřoval k připomínkám Evropské komise týkajícím se 26 různých projektů.

44. Pokud jde o „Projekt Třebíčsko“, kam spadá i předmětná veřejná zakázka, je stanovisko řídícího orgánu Fondu soudržnosti konzistentní s rozkladovou argumentací zadavatele, jakož i s jeho argumentací vznesenou v průběhu správního řízení předcházejícího vydání napadeného rozhodnutí. Zadavatel uvádí, že Evropská komise tuto argumentaci řídícího orgánu přijala, a pro daný projekt nebyly identifikovány nesrovnalost ani povinnosti finanční korekce.

45. Zadavatel dále Úřadu navrhuje, aby v případě pochybností o autenticitě tohoto dokumentu vyžádal jeho autorizaci ze strany ředitelky odboru řízení operačních programů Ministerstva pro místní rozvoj ČR, resp. jeho vlastní stanovisko k dané věci.

46. Argumentace řídícího orgánu, kterou zadavatel v rámci svého doplnění rozkladu předložil, se zabývá z obecného hlediska způsobem vymezení minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona. Dle těchto závěrů se požadavek na předchozí zkušenosti uchazeče s evropskými projekty jevil jako *„podmínka realizovatelnosti, resp. absence takových zkušeností byla vesměs hodnocena jako velmi významné riziko*“. Takový požadavek zadavatele je opodstatněný, pokud potřeba zkušeností, resp. znalost prostředí předpisů Evropské unie, je nutná pro plnění předmětu zakázky a tyto požadavky se odlišují od pravidel definovaných českými právními předpisy.

47. Při posuzování otázky oprávněnosti takových požadavků zadavatele je nutno brát v potaz, že nastavení kvalifikačních předpokladů navazovalo na praxi předvstupní pomoci ISPA (Nástroj předvstupních strukturálních politik). Nesprávnost těchto postupů byla implementačním orgánům v České republice sdělena až 12. 7. 2007, k zadavatelům, jakožto příjemcům dotací, se tato informace dostala ještě později.

48. Jako konkrétní příklady specifik plnění spolufinancovaného z Evropské unie uvádí řídící orgán především povinnost správně vykazovat náklady poskytnuté dotace, povinnost zabezpečit průběh kontrol ze strany Evropské unie, odpovídající způsob vedení a dokumentování průběhu změnového řízení, provádění prezentačních kontrolních dnů, povinnost zpracovávat měsíční, půlroční a závěrečné zprávy, příprava Monitorovacích listů, vedení podkladů, aby bylo možné určit, které výdaje jsou uznatelné a které nikoli.

49. Jako důkaz dodržení zásady zákazu diskriminace je pak uváděna skutečnost, že zadávací podmínky si u obdobných veřejných zakázek na stavební práce vyžádalo v průměru vždy deset dodavatelů a průměrně polovina z nich následně podala nabídku.

50. Řídící orgán zastával názor, že k pochybení zadavatelů v souvislosti s vymezením kvalifikačních předpokladů nedošlo a navrhoval uzavřít tato zjištění bez stanovení finanční opravy.

51. Ve vztahu k dotčené veřejné zakázce řídící orgán konkrétně uvedl, že zadavatel, jakožto konečný příjemce dotace, převedl na své dodavatele, mezi něž patří i zhotovitel stavby, která je předmětem dotčené veřejné zakázky, určité činnosti, které *„souvisí s technickou kvalifikační připraveností a se zkušenostmi firem, nejsou v rozporu s požadavky uvedenými v předmětu dotyčných smluv. Konečný příjemce očekával a požadoval zajištění co nejkvalitnější práce odborníků, kteří mají zkušenosti ve všech fázích realizace stavby, včetně vyřízení všech formálních administrativních požadavků vycházejících z předpisů jak národních, tak evropských*“.

52. Klíčovou podmínkou pro minimalizaci nedorozumění při komunikaci zhotovitele s konečným příjemcem a se správcem stavby se řídícímu orgánu jeví znalost dané problematiky na straně zhotovitele.

Doplnění rozkladu ze dne 11. 3. 2013

53. V rámci tohoto doplnění rozkladu, které Úřad obdržel dne 21. 3. 2013, zadavatel setrvává na své rozkladové argumentaci a podrobně se vyjadřuje k výši uložené sankce.

54. Dle zadavatele Úřad nedostatečně zohlednil skutečnost, že zadavatel představuje svazek obcí založený výhradně za účelem obnovy a rozvoje vodovodů a kanalizací v dotčených obcích a za účelem zajištění provozu této vodohospodářské infrastruktury.

55. Tento svazek obcí za dobu své existence úspěšně zajistil přes 200 staveb, v současné době zadavatel spravuje 1 035 km vodovodu, 386 km kanalizací, čtyři úpravny vody a 25 čistíren odpadních vod, což představuje majetek v hodnotě 9 mld. Kč. Do obnovy tohoto majetku je nutno ročně investovat alespoň 155 mil. Kč, přičemž jediný příjem zadavatele představuje nájemné od provozovatele vodohospodářské infrastruktury a do financování těchto potřeb jsou zapojeny i samotné obce sdružené ve svazku, kterým je zadavatel.

56. Ačkoli nájem za provoz této vodohospodářské infrastruktury postupně narůstá (pro rok 2012 byla jeho výše stanovena na 81 mil. Kč), je zadavatel přesvědčen, že ani tato výše nebude postačovat k řádné obnově majetku v dispozici zadavatele.

57. Zadavatel působí v regionu s vysokou nezaměstnaností (10 – 14 %), přičemž zvyšování nájemného by představovalo přímý dopad na sociální únosnost ceny vody pro obyvatelstvo.

58. Při současné výši vodného a stočného představuje částka pokuty ve výši 500 000 Kč při průměrné spotřebě vody úhradu vodného cca od 1 200 obyvatel, přičemž za tuto částku by mohla být provedena obnova cca 190 m vodovodu či cca 80 m kanalizace.

59. Sankce uložená zadavateli je tedy de facto sankcí dopadající na obyvatelstvo měst a obcí sdružených ve svazku, kterým je zadavatel, a v konečném důsledku bude zaplacena především konečnými spotřebiteli v ceně stočného a vodného.

60. Zadavatel se domnívá, že při ukládání sankce je potřeba přihlédnout také k charakteru zadavatele jakožto nekomerčnímu subjektu hospodařícímu s přirozeným monopolem, kterým jsou zdroje pitné vody.

V. Řízení o rozkladu

61. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

62. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

63. Úřad svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S176/2011/VZ-17590/2012/550/JHn ze dne 18. 9. 2012, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání. Současně je v tomto rozhodnutí vysloven závazný právní názor, kterým je Úřad při dalším projednání věci vázán.

VI. K námitkám rozkladu

64. Po provedení přezkumu napadeného rozhodnutí a veškerého spisového materiálu jsem shledal, že napadené rozhodnutí je zatíženo vadou spočívající v jeho nepřezkoumatelnosti, která se týká celkové konstrukce výroku I. napadeného rozhodnutí a jeho odůvodnění obecně, dále pochybení zadavatele popsaného pod písm. b) bodu 11 tohoto rozhodnutí. Úřad dále nepostupoval správně při určení výměry pokuty, která byla zadavateli uložena. Dále budou v této části podrobným způsobem rozvedeny důvody, které mě vedly ke konstatování tohoto závěru.

65. Pokud jde o konstrukci výroku I. napadeného rozhodnutí, vyplývá z něj, jakož i z dalšího textu napadeného rozhodnutí, že se měl zadavatel dopustit spácháním skutků popsaných v bodě

11 písm. a) – c) tohoto rozhodnutí o rozkladu jediného správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Každý z těchto skutků však sám o sobě naplňuje znaky samostatného správního deliktu dle dotčeného ustanovení zákona. V této souvislosti jde o skutek vymezený v bodě 11 písm. a) tohoto rozhodnutí (dále jen „**skutek a)**“) a skutek vymezený pod písm. c) tohoto bodu (dále jen „**skutek c)**“). Ve vztahu ke skutku uvedenému v bodě 11 písm. b) tohoto rozhodnutí (dále jen „**skutek b)**“) jsou dále v tomto rozhodnutí učiněny samostatné závěry.

66. Ačkoli skutek a) i skutek c) spočívají v obdobném jednání zadavatele, tedy v nesprávném vymezení zadávacích podmínek, jejich následky jsou zcela odlišné, neboť se projevují v odlišných fázích zadávacího řízení, a pro uchazeče o veřejnou zakázku mají rozdílné důsledky.

67. Pokud zadavatel stanovil minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů diskriminačním způsobem, může se negativní důsledek takového pochybení zadavatele projevit již v průběhu lhůty pro podání nabídek. Relevantní dodavatelé, kteří, ačkoli disponovali potřebnou technickou způsobilostí k realizaci předmětu veřejné zakázky, mohli své rozhodnutí, zda nabídku do zadávacího řízení podat, založit právě na skutečnosti, že zadavatel v rámci technických kvalifikačních předpokladů neodůvodněně požadoval prokázání splnění určitých požadavků, které neodpovídaly druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky. Tímto způsobem mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, neboť někteří potencionální dodavatelé nemuseli nabídku vůbec podat.

68. Následně by se negativní vliv diskriminačně vymezené kvalifikace mohl projevit i ve fázi posouzení prokázání splnění kvalifikace, pokud by komise, která toto posouzení prováděla, některého z uchazečů vyloučila právě z důvodu neprokázání splnění diskriminačního požadavku zadavatele. K takové situaci však v případě veřejné zakázky nedošlo a tato úvaha je zde uvedena pouze pro dokreslení celého problému.

69. Pochybení při stanovení způsobu hodnocení nabídek se naproti tomu projevuje až ve fázi samotného hodnocení, kdy je hodnotící komise v souladu s § 79 odst. 1 zákona povinna provést hodnocení podle hodnotících kritérií uvedených v zadávacích podmínkách. Pokud jsou tato hodnotící kritéria a ostatní podmínky hodnocení v zadávacích podmínkách vymezeny v rozporu se zákonem, nemůže ani samotné hodnocení proběhnout správně.

70. Otázka počtu spáchaných správních deliktů a jejich souběhu je významná i pro následné stanovení výměry pokuty, která má být zadavateli za jejich spáchání uložena. V případě existence souběhu správních deliktů, který je dle trestněprávní doktríny dán tehdy *„jestliže se pachatel dopustil dvou nebo více trestných činů dříve, než byl pro některý z nich vyhlášen soudem prvního stupně odsuzující rozsudek, za podmínky, že tento rozsudek později nabyl právní moci a že o něm neplatí fikce neodsouzení*“ (viz ŠÁMAL, P., PÚRY, F., RIZMAN, S.: Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. Praha: C. H. Beck, 2004, str. 26), je totiž Úřad povinen aplikovat zásadu absorpce, jejíž podstata tkví v *„absorpci sazeb, kdy přísnější trest pohlcuje mírnější. Sbíhající se delikty jsou tak postiženy pouze trestem stanoveným pro nejtěžší z nich, což při stejných sazbách pokut znamená, že správní*

orgán posoudí závažnost deliktu a úhrnný trest uloží podle sazby za nejzávažnější z těchto deliktů (závažnost pak nutno posuzovat především s ohledem na charakter individuálního objektu deliktu, tedy, zájem, proti kterému delikt směřuje a k jehož ochraně je příslušné ustanovení především určeno)". Citovaný závěr vyslovil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 22. 9. 2005 sp. zn. 6 As 57/2004.

71. Skutečnost, že se zadavatel dopustil spáchání více správních deliktů dle zákona, by měl Úřad zohlednit i jakožto přitěžující okolnost.

72. Pro úplnost doplňuji, že analogie legis trestního práva je pro správní trestání přípustná (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2007, č. j. 8 As 17/2007 - 135, který uvádí, že *„pro trestnost správních deliktů musí platit obdobné principy a pravidla jako pro trestnost trestných činů*"), tudíž shora uvedené závěry týkající se trestněprávního trestání jsou pro nyní posuzovanou veřejnou zakázku použitelné.

73. Pochybení Úřadu dále shledávám ve vymezení skutku b), kterého se měl zadavatel dopustit tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 6 zákona, *„když při hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria „Délka záruční doby na stavební část stavby" nepostupoval podle stanoveného způsobu hodnocení, čímž porušil zásadu transparentnosti*".

74. Z podkladů zadávacího řízení pro veřejnou zakázku vyplývá, že hodnotící komise v souladu s předem stanoveným způsobem hodnocení postupovala, neboť možnost nulového bodového ohodnocení, které přidělila čtyřem nabídkám, vyplývala z bodu 12.3 zadávací dokumentace (citován v bodě 6. tohoto rozhodnutí o rozkladu), v němž zadavatel výslovně tuto možnost připustil. Otázkou zůstává, zda takto vymezený způsob hodnocení byl v souladu se zákonem, nicméně její zodpovězení nespadá pod rozsah takto popsaného skutku. V této souvislosti tedy uzavírám, že zůstává sporným, zda se zadavatel skutku b) opravdu dopustil, či zda se jedná spíše o následky nezákonně vymezeného způsobu hodnocení nabídek v zadávacích podmínkách.

75. V souvislosti se skutkem b) shledávám vadu nepřezkoumatelnosti i z toho důvodu, že v bodě 46 napadeného rozhodnutí spojuje Úřad tento skutek s pochybením zadavatele spočívajícím v tom, že zadavatel *„nepostupoval při stanovení způsobu hodnocení nabídek v souladu s ust. § 44 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na § 78 odst. 4 zákona, když stanovil způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií"* (jedná se o dílčí hodnotící kritéria, jejichž předmětem byly délky záručních dob a smluvní pokuty). Dotčená ustanovení zákona se však k procesu hodnocení nabídek nevztahují, pouze vymezují, co musí být obsahem zadávací dokumentace a dále požadavky na dílčí hodnotící kritéria. Ačkoli je tato vada způsobena pouze nevhodně zvolenou formulací a nikoli pochybením týkajícím se věcného přezkumu, způsobuje taková vada nejasnost tohoto bodu napadeného rozhodnutí a v dalším správním řízení bude nutné tento závěr přeformulovat.

76. Nad shora uvedené platí, že se zadavatel nemohl dopustit správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, který by spočíval v nedodržení postupu stanoveného v § 6 zákona (jak Úřad uvedl ve výroku I. napadeného rozhodnutí), neboť toto ustanovení

žádné povinné postupy nedefinuje. Jedná se o výčet základních zásad zadávání veřejných zakázek, které se průřezově dotýkají jednotlivých postupů v rámci zadávacích řízení, samo o sobě však toto ustanovení konkrétní postupy nestanovuje.

77. Pokud jde o otázku věcného posouzení případu, konkrétně skutku a), měl se jej zadavatel dopustit tím, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na § 78 odst. 4 zákona, když stanovil způsob hodnocení nabídek podle dílčích hodnotících kritérií vymezených v bodě 4 tohoto rozhodnutí o rozkladu tak, že za nabídnuté hodnoty, které bude hodnotící komise považovat za zjevně nepřiměřené, obdrží nabídka v rámci těchto hodnotících kritérií nulové bodové hodnocení, a způsobil tím, že se tato dílčí hodnotící kritéria nevztahovala k nabízenému plnění veřejné zakázky a nevyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny, uvádím následující.

78. Z odůvodnění ke skutku a) vyplývá, že Úřad spatřuje pochybení zadavatele v tom, že umožnil hodnotící komisi přidělit v rámci dotčených dílčích hodnotících kritérií nulové bodové ohodnocení, ačkoli i relativně vysoká hodnota nabídnutých smluvních pokut či záručních lhůt nemůže ohrozit realizaci jednotlivých fází předmětu veřejné zakázky, resp. nevztahuje se k předmětu plnění veřejné zakázky (viz. bod 36. napadeného rozhodnutí). V důsledku takto stanoveného způsobu hodnocení tato dílčí hodnotící kritéria nevyjadřují vztah užitné hodnoty a ceny, resp. ekonomickou výhodnost nabídky a de facto tak znehodnocují základní hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti nabídky.

79. S ohledem na níže uvedené považuji shora uvedený závěr Úřadu ve vztahu ke skutku a) za sporný. V prvé řadě je nutno uvést, že požadavek na to, aby dílčí hodnotící kritéria vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny, byl do zákona vtělen prostřednictvím jeho novelizace provedené zákonem č. 179/2010 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony (dále jen „**zákon č. 179/2010 Sb.**“). Vzhledem k tomu, že zákon č. 179/2010 Sb. nabyl účinnosti dnem 15. září 2010 (s výjimkou jednoho ustanovení, které však není pro tento případ relevantní), není možné tento požadavek na nyní posuzovanou veřejnou zakázku aplikovat, a z jeho nedodržení vyvozovat pro zadavatele jakékoli důsledky.

80. Zákon ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení pro veřejnou zakázku pouze požadoval, aby se dílčí hodnotící kritéria vztahovala k nabízenému plnění veřejné zakázky. V této souvislosti je nutno zodpovědět otázku, zda možnost přidělení nulového bodového ohodnocení v rámci dílčích hodnotících kritérií, jejichž předmětem jsou výše nabízených smluvních pokut a délky nabízených záručních lhůt, opravdu znamená, že se taková dílčí hodnotící kritéria nevztahují k nabízenému plnění dané veřejné zakázky. Vyřešení této otázky však nemůže stát na argumentaci převzaté z judikátu, který byl vydán dne 6. 11. 2009, tedy skoro tři roky po zahájení zadávacího řízení pro veřejnou zakázku (jedná se o rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2009, č. j. 5 Afs 75/2009-100, dále jen „**rozsudek NSS**“). V době zadávání veřejné zakázky zákon zadavateli výslovně nezakazoval, aby způsob hodnocení nabídek a jednotlivá dílčí hodnotící kritéria vymezil způsobem, jak učinil v zadávací dokumentaci.

81. Z obsahu rozsudku NSS dále vyplývá, že tento se nevztahuje ani tak na vymezení způsobu hodnocení, jako spíše na fázi posouzení nabídek, viz např. závěr Nejvyššího správního soudu o tom, že *„posouzení těchto kritérií jako zjevně nepřiměřených se jeví jako účelové a jde proti smyslu použití daného ustanovení“*. Otázkou tedy zůstává, zda lze pochybení zadavatele spočívající ve vymezení způsobu hodnocení nabídek v tom smyslu, že za zjevně nepřiměřené nabízené hodnoty ve vztahu k určitým kritériím obdrží nabídka 0 bodů, považovat za správní delikt pouze na základě odůvodnění, že se taková kritéria nevztahovala k nabízenému plnění veřejné zakázky.

82. Jako zásadní v souvislosti se zásadou transparentnosti se mi však jeví jiná skutečnost, konkrétně to, že zadavatel v rámci zadávacích podmínek nedefinoval, jaké hodnoty v rámci dílčích hodnotících kritérií „Délka záruční doby na technologickou část stavby“ a „Délka záruční doby na stavební část stavby“ budou považovány za zjevně nepřiměřené. Tato skutečnost se netýká dílčích hodnotících kritérií, jejichž předmětem byly smluvní pokuty, neboť pro tato kritéria zadavatel vymezil minimální a maximální možné výše. Vzhledem k tomu, že zadavatel ponechal určení hranice pro zjevnou nepřiměřenost až na hodnotící komisi, která měla možnost vidět všechny nabízené hodnoty ze všech nabídek, existuje zde reálné riziko porušení zásady transparentnosti a rovného přístupu k uchazečům, neboť hodnotící komise mohla až poté, co znala možné pořadí nabídek, stanovit, že určité hodnoty jsou zjevně nepřiměřené a tímto způsobem mohlo dojít ke změně pořadí nabídek.

83. Je zjevné, že pokud by uchazeči věděli, že délky záručních lhůt nad 120 měsíců budou pro zadavatele nerelevantní, nesnažili by se nabízet hodnoty tento limit překračující, neboť by se vystavovali riziku, že v rámci kritérií s relativně vysokou váhou obdrží nula bodů. Ačkoli se jedná o hypotetickou úvahu, uvádím ji na tomto místě pro dokreslení skutečnosti, že pokud uchazeči neměli v rámci zadávacích podmínek vymezeny veškeré podstatné informace nutné pro sestavení jejich nabídky, byly tyto zadávací podmínky netransparentní, přičemž tato vada spočívala v netransparentnosti zadávacích podmínek, konkrétně způsobu hodnocení nabídek.

Závěr

84. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže je při svém rozhodování vázán právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí.

85. V prvé řadě je nezbytné, aby Úřad v novém rozhodnutí provedl přesnou identifikaci všech jednání zadavatele, která jsou v rozporu se zákonem, tedy všech skutků. Úřad určí, které skutky představují správní delikty, a kdy se případně jedná o následky těchto deliktů, které mohou představovat přitěžující okolnosti v rámci úvah Úřadu o výši výměry pokuty ukládané za spáchání těchto správních deliktů dle § 121 odst. 2 zákona. Ve výroku nového rozhodnutí popíše Úřad správní delikty zadavatele srozumitelným způsobem, za pomoci samostatných a vzájemně oddělitelných skutkových vět (např. uvede každý delikt v samostatném výroku), a ke každému deliktu uvede patřičné a jednoznačné odůvodnění. I z odůvodnění bude jasné, kolika deliktů se měl zadavatel dopustit.

86. Z napadeného rozhodnutí vyplývá v souhrnu několik různých skutečností, které mohou představovat pochybení zadavatele a rozpor se zákonem. V prvé řadě se jedná o vymezení způsobu hodnocení nabídek v zadávacích podmínkách. Úřad posoudí, zda skutečnost, že zadavatel v zadávacích podmínkách uvedl, že *„bude-li hodnotící komise považovat hodnotu jiného dílčího hodnotícího kritéria, než je cena, za zjevně nepřiměřenou, (…), nabídce v rámci tohoto kritéria přidělí 0 bodů*“, znamená, že dotčená dílčí hodnotící kritéria se nevztahují k nabízenému plnění veřejné zakázky. Úřad se vypořádá rovněž s otázkou, zda nemohlo postupy zadavatele dojít k porušení základních zásad vymezených v § 6 zákona, pokud v zadávacích podmínkách neuvedl, jaké hodnoty dotčených dílčích hodnotících kritérií bude považovat za zjevně nepřiměřené.

87. Následně se bude Úřad zabývat otázkou, zda ve fázi hodnocení nabídek postupovala hodnotící komise skutečně podle předem vymezeného způsobu hodnocení, pokud na základě shora citovaného ustanovení zadávací dokumentace pro veřejnou zakázku přidělila některým nabídkám v rámci dílčího hodnotícího kritéria „Délka záruční doby na stavební část stavby“ 0 bodů. Úřad se zaměří na otázku, zda tvrzené porušení zákona nemohlo být pouze následkem nesprávně vymezeného způsobu hodnocení v zadávacích podmínkách pro veřejnou zakázku.

88. V případě, pokud by Úřad shledal, že se zadavatel dopustil spáchání více správních deliktů dle zákona, jednalo by se o tzv. souběh správních deliktů. Pokud by se mělo jednat o souběh jednočinný šlo by dle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 12. 2003, č. j. 5 A 98/2001 – 36, o situaci, *„kdy jedním skutkem je současně (souběžně) naplněna skutková podstata dvou či více správních deliktů*“. Naopak v případě vícečinného souběhu jde o to, že pachatel se více skutky dopustí spáchání více správních deliktů stejné skutkové podstaty (pak se jedná o vícečinný souběh stejnorodý), nebo spáchání více správních deliktů, jejichž skutkové podstaty jsou různé (vícečinný souběh různorodý).

89. Skutečnost, že se zadavatel dopustil spáchání více správních deliktů dle zákona, by měl Úřad zohlednit jakožto přitěžující okolnost. Při ukládání sankce za spáchání více správních deliktů v souběhu je Úřad povinen postupovat v souladu se zásadou absorpce, která je vyjádřena např. v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 11. 2012 sp. zn. 7 Afs 72/2012 (*„při ukládání sankce za sbíhající se delikty postupuje správní orgán v souladu s absorpční zásadou, tedy vyměří pokutu za jeden ze sbíhajících se deliktů, a zároveň je oprávněn v rámci hodnocení závažnosti jednání přihlédnout jakožto k přitěžující okolnosti i k tomu, že bylo spácháno více deliktů*“). Tento právní názor převzal Nejvyšší správní soud ze svého dřívějšího rozsudku ze dne 31. 10. 2008 č. j. 5 Afs 9/2008-328.

90. V souladu s § 121 odst. 2 zákona je Úřad povinen při určení výměry pokuty zadavateli přihlédnout k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Úřad v novém rozhodnutí uvede své konkrétní úvahy ve vztahu k těmto skutečnostem, přičemž zohlední také tvrzení zadavatele uvedená v doplnění rozkladu ze dne 14. 11. 2012 a v doplnění rozkladu ze dne 11. 3. 2013. Pokud jde totiž o věcné posouzení skutku c), ztotožňuji se se závěry Úřadu uvedené v této souvislosti v napadeném rozhodnutí. Není pochyb o tom, že pro provádění stavebních prací,

které byly předmětem veřejné zakázky, nebylo podstatné, z jakých zdrojů jsou tyto financovány. Ačkoli představuje administrativní zátěž, která souvisí s realizací a monitorováním projektů spolufinancovaných ze zdrojů Evropské unie, určitou přítěž, je možné potřebným způsobem rozložit mezi objednatele a dodavatele poptávaného plnění prostřednictvím smluvních ujednání popisujících odpovědnost té které strany za provádění potřených úkonů a zajištění těchto povinností vhodnými sankčními ujednáními. Minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu ve spojení s požadavkem na doložení v minulosti realizované zakázky „spolufinancované EU“, tedy nebyla vymezena tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Úřad však posoudí, zda doplnění rozkladu zadavatele není možné posoudit jako polehčující okolnost.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. JUDr. Boris Vágner, advokát, Třída Kpt. Jaroše 19, 602 00 Brno
2. VHS plus, spol. s r. o., Dobšická 17, 670 21 Znojmo,
3. PŘEMYSL VESELÝ stavební a inženýrská činnost s. r. o., Pražákova 1000/60, 619 00 Brno,
4. SYNER VHS Vysočina, a. s., Na Hranici 14, 586 01 Jihlava,
5. Outulný, a. s., Bohunická 133/50, 619 00 Brno – Horní Heršpice

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