

Nabylo právní moci dne 14.1.2010



UOHSX001B1YD

Č. j. ÚOHS-S342/2006-8027/2009/530-Va/ABr

V Brně dne 1. července 2009

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájeném dne 9.11.2006 na návrh ze dne 8.11.2006, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Vodovody a kanalizace Břeclav, a. s., IČ 49455168, se sídlem Čechova 23, 690 11 Břeclav, za kterou jedná Ing. Luboš Kuchynka, předseda představenstva, a Ing. Pavlína Vlková, místopředseda představenstva, ve správním řízení dále zastoupena na základě plné moci Mgr. Marianem Jeřábekem, advokátem, Panská 2/4, 602 00 Brno,

navrhovatel

- společnost D.I.S., spol. s r. o., IČ 46975616, se sídlem Křižíkova 2960/72, 612 00 Brno, za niž jedná Ing. Richard Lang, jednatel,
- společnost Angerlehner Hoch – und Tiefbau Gesellschaft m. b. H., Obere Landstraße 19, 4055, Pucking, Rakousko, za niž jedná Alfred Angerlehner, jednatel, které podaly v předmětné veřejné zakázce společnou nabídku a které jsou ve správním řízení zastoupeny na základě plné moci Mgr. Radkem Pokorným, advokátem, se sídlem Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha,

uchazeč

- společnost – OHL ŽS, a. s., IČ 46342796, Burešova 938/17, 660 02 Brno, za niž jedná Ing. Michal Štefl, předseda představenstva, a Ing. František Ledabyl, 1. místopředseda představenstva, jemuž byla veřejná zakázka přidělena,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Břeclavsko – rekonstrukce a výstavba vodohospodářské infrastruktury v povodí řeky Dyje – část B“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo na centrální adrese uveřejněno dne 23.6.2006 pod ev. č. 50020369,

**rozhodl** podle § 101 odst. 1 citovaného zákona o veřejných zakázkách takto:

#### I.

Zadavatel veřejné zakázky – Vodovody a kanalizace Břeclav, a. s., IČ 49455168, Čechova 23, 690 11 Břeclav – nesplnil povinnost stanovenou § 39 odst. 2 cit. zákona o veřejných zakázkách, když nevyloučil z další účasti v zadávacím řízení uchazeče VHS Břeclav, s. r. o., IČ 42324149, Fügnerova 1161/1, 690 64 Břeclav, přestože jmenovaný uchazeč neprokázal splnění kvalifikace podle § 30 odst. 2 písm. c) uvedeného zákona, když nepředložil oprávnění k výkonu zeměměřičských činností, přičemž tento postup nemohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky,

#### II.

Zadavatel – Vodovody a kanalizace Břeclav, a. s., IČ 49455168, Čechova 23, 690 11 Břeclav – se dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení

- a) § 25 odst. 1 cit. zákona o veřejných zakázkách, když nedodržel v zadávacím řízení zásadu transparentnosti, tím že zveřejnil v oznámení otevřeného řízení při zadávání veřejné zakázky na podkladě ekonomické výhodnosti nabídky netransparentní dílčí kritéria „záruční doba“ a „plán jakosti pro provedení stavby“,
- b) § 62 odst. 3 cit. zákona o veřejných zakázkách, když nabídky v kritériích, a to zejm. v dílčích kritériích hodnocení „záruční doba“, „smluvní pokuty“ a „podmínky pro provedení stavby“ nehodnotil postupem, který stanoví prováděcí vyhláška č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti, ve znění pozdějších předpisů,

přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 4.6.2007 uzavřel smlouvu o dílo na realizaci veřejné zakázky.

### III.

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodě II. výroku rozhodnutí se zadavateli – Vodovody a kanalizace Břeclav, a. s., IČ 49455168, Čechova 23, 690 11 Břeclav **ukládá** podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

**pokuta ve výši 48 000,-- Kč (čtyřicet osm tisíc korun českých).**

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízeného u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754 – 24825621/0710, konstantní symbol pro bezhotovostní platby 1148, variabilní symbol 3420650001.

### IV.

Podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, se výše jmenovanému zadavateli **ukládá**:

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

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 3420650002.

### Odůvodnění

Zadavatel Vodovody a kanalizace Břeclav, a. s., IČ 49455168, se sídlem Čechova 23, 690 11 Břeclav, za kterou jedná Ing. Luboš Kuchynka, předseda představenstva, a Ing. Pavlína Vlková, místopředseda představenstva, ve správním řízení nyní zastoupena na základě plné moci Mgr. Marianem Jeřábkem, advokátem, Panská 2/4, 602 00 Brno, dříve zastoupena na základě plné moci ze dne 11.4.2006 společností S-Invest CZ s. r. o., IČ 25526171, se sídlem Obilní trh 11, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Eliška Kudělková, jednatelka (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), na centrální adrese dne 23.6.2006 pod ev. č. 50020369 oznámení otevřeného nadlimitního řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Břeclavsko - rekonstrukce a výstavba vodohospodářské infrastruktury v povodí řeky Dyje - část C“.

Z protokolu o 2. jednání hodnotící komise a protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 26. 7. 2006 vyplývá, že na plnění veřejné zakázky obdržel zadavatel ve stanovené lhůtě šest nabídek. Z protokolu ze 3. jednání hodnotící komise a ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 24. 8. 2006, vyplývá, že hodnotící komise po diskusi rozhodla, že předložené nabídky jsou úplné a dále bude tedy hodnotit všechny nabídky.

Zadavatel dne 3. 10. 2006 rozhodl o přidělení veřejné zakázky uchazeči – společnosti OHL ŽS, a. s., IČ 46342796, Burešova 938/17, 660 02 Brno, za niž jedná Ing. Michal Štefl, předseda představenstva, a Ing. František Ledabyl, 1. místopředseda představenstva (dále jen „OHL ŽS“).

Proti rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky podal uchazeč sdružení společností D.I.S., spol. s r. o., IČ 46975616, se sídlem Křížíkova 2960/72, 612 00 Brno, za niž jedná Ing. Richard Lang, jednatel (dále jen „D.I.S., spol. s r. o.“) a Angerlehner Hoch – und Tiefbau Gesellschaft m. b. H., Obere Landstraße 19, 4055 Pucking, Rakousko (dále jen „AHTG“), za které jedná účastník sdružení společnost D.I.S., spol. s r. o., ve správním řízení dříve zastoupeny na základě plné moci ze dne 14. 11. 2006 Mgr. Antonínem Zralým, advokátem, se sídlem Ponávka 2, 602 00 Brno, nyní dále zastoupeny na základě plné moci Mgr. Radkem Pokorným, advokátem, se sídlem Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha (dále jen „navrhovatel“), dopisem ze dne 20.10.2006 námitky, které zadavatel obdržel téhož dne. Po přezkoumání oprávněnosti námitek zadavatel svým rozhodnutím ze dne 27.10.2006 námitkám nevyhověl. Rozhodnutí o vyřízení námitek obdržel jmenovaný uchazeč dne 30.10.2006. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 9.11.2006 návrh ze dne 8.11.2006 na přezkoumání rozhodnutí zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“).

Navrhovatel ve svém návrhu zejména namítal následující skutečnosti:

1) Z protokolu ze třetího jednání hodnotící komise není zřejmé a transparentní, proč se jeden z členů komise zdržel hlasování o výsledném pořadí nabídek. Pokud vyjádří jeden z členů hodnotící komise odlišný názor, pak tento jeho názor musí být v protokolu zaznamenán určitým a srozumitelným způsobem. Uvedená vada průběhu jednání hodnotící komise nemůže být zhojena až v námitkovém řízení, kdy zadavatel sděluje, že se tento odlišný názor týkal otázky nesplnění kvalifikace. Nesplnění kvalifikace mohlo ovlivnit pořadí nabídek.

2) Zadavatel nedodržel zákonem a vyhláškou č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška“), stanovený postup hodnocení nabídek. Zadavatel dílčí kritéria hodnocení rozdělil na subkritéria, kterým přiřadil „subváhy-podváhy“, přičemž ani zákon a ani vyhláška termín subkritéria nezná. Postup zadavatele tak navrhovatel považuje za učiněný v rozporu s § 55 odst. 3 a 4 zákona, § 62 odst. 1 a 3 zákona a § 8 předmětné vyhlášky.

3) V dílčím kritériu „Plán jakosti upravený na konkrétní podmínky této veřejné zakázky“ měla komise hodnotit soulad uchazečem předloženého plánu jakosti s použitím prvku 7.1. plánování realizace produktů systému řízení jakosti. V případě nabídky č. 2 předložený plán jakosti není materiálem aplikovatelným na konkrétní zakázku. U nabídky č. 3 dospěla komise k závěru, že plán jakosti není použitelný pro praktické využití na stavbě. U nabídky č. 5 plán není konkretizován na danou zakázku. U vítězného uchazeče bylo zjištěno, že plán jakosti je ujištěním o funkčnosti integrovaného systému řízení jakosti, což není dle názoru navrhovatele totéž co plán jakosti vypracovaný na konkrétní zakázku. Komise se tedy dopustila nesprávného postupu, když hodnotila materiály uchazečů, ač tyto nejsou plány jakosti upravené na konkrétní veřejnou zakázku a dokonce těmto materiálům přiřadila kladné body. Komise měla přidělit nulové hodnocení nebo nabídky vyřadit. Zvoleným postupem se zadavatel dopustil porušení zákazu rovného zacházení se všemi účastníky zadávacího řízení. Navrhovatel se rovněž domnívá, že provedené hodnocení plánu jakosti je netransparentní, neboť i přes vypracovanou tabulku není dostatečně odůvodněno, proč ta která nabídka získala určitý počet bodů. Protože toto dílčí kritérium není vyjádřeno číselně, měla komise odůvodnit svůj postup s písemným komentářem ve zprávě. Jen taková zpráva pak umožní prokázat, že hodnocení nabídek bylo provedeno objektivně a v souladu se zákonem.

4) Pokud považuje hodnotící komise hodnotu dílčího kritéria za zjevně nepřiměřenou, pak má přiřadit 0 bodů. Tento postup však zadavatel nepoužil, ač tak měl učinit. Navrhovatel považuje dílčí kritérium „smluvní pokuta“ za netransparentní, neboť není patrné, zda se jedná o pokutu jednorázovou či opakující se, a to v případě povinnosti zhotovitele realizovat předmět díla způsobem umožňujícím objednateli zajistit řádný provoz a podobně i v případě porušení povinnosti zhotovitele provést přejímací zkoušky ve sjednané lhůtě, dále pak není patrné, zda se jedná o pokutu za jeden nebo více případů porušení povinnosti, a to v případě povinnosti zhotovitele uzavřít smlouvu s podzhotovitelem. Komise se dopustila zejména nesprávnosti v tom, že v případě výše smluvních pokut nabízených uchazeči OHL ŽS a IMOS Brno, a. s., nabídkám jmenovaných uchazečů přiřadila jinou bodovou hodnotu než 0, neboť nabídky jsou zjevně nepřiměřené.

5) V dílčím kritériu „Podmínky pro provedení stavby“ měla komise hodnotit údaje o počtech dnů v průběhu výstavby v dále specifikovaných situacích. Toto kritérium komise rozdělila na dvě subkritéria a stanovila každému váhu 50 %, aniž by stanovení této váhy bylo uveřejněno v oznámení zadávacího řízení. Právo přiřadit váhu dílčímu kritériu však náleží pouze zadavateli a nikoliv hodnotící komisi, navíc musí být uveřejněno.

6) Porušení zákona spatřuje navrhovatel rovněž v tom, že zadavatel nedodržel § 88 zákona, když nevyřídil veškeré námítky navrhovatele a současně řádně nezdůvodnil způsob jejich vyřízení. V rozhodnutí o vyřízení námitek absentuje skutková a právní úvaha zadavatele odůvodňující jeho názor.

7) Navrhovatel navrhuje orgánu dohledu, aby vydal předběžné opatření, kterým zakáže zadavateli uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení. A dále se navrhovatel domáhá, aby orgán dohledu uložil zadavateli sankci a současně uložil i zrušení rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky.

Orgán dohledu obdržel návrh dne 9. 11. 2006 a tímto dnem bylo podle § 96 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

O podání návrhu vyrozuměl orgán dohledu zadavatele sdělením č. j. S342/2006-20126/2006/530-Va ze dne 13. 11. 2006. Následně dne 14. 11. 2006 vydal orgán dohledu rozhodnutí č.j. S342/2006-20131/2006/530-Va, kterým rozhodl o vydání předběžného opatření spočívajícího v uložení zákazu uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení. Dne 20.11.2006 pak obdržel orgán dohledu od zadavatele dokumentaci o zadání šetřené veřejné zakázky včetně stanoviska k podanému návrhu.

Účastníky správního řízení podle § 99 zákona jsou:

- zadavatel - Vodovody a kanalizace Břeclav, a. s.,
- navrhovatel - společnosti D.I.S., spol. s r. o., a AHTG,
- společnost OHL ŽS, které byla zakázka přidělena.

O zahájení správního řízení informoval orgán dohledu účastníky řízení oznámením č. j. S342/2006-21190/2006/530-Va ze dne 30.11.2006, ve kterém je seznámil s podaným návrhem a stanovil jim usnesením lhůtu, v níž mohli navrhopat důkazy nebo činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí. Současně seznámil orgán dohledu účastníky řízení i s dalšími zjištěnými skutečnostmi, které budou rovněž podkladem pro rozhodnutí.

Zadavatel se k podanému návrhu vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 16. 11. 2006, v němž mimo jiné uvedl, že společnost S-Invest CZ, s. r. o., posoudila nabídky č. 3 a 5 jako neúplné a navrhla zadavateli jejich vyloučení pro nesplnění kvalifikace, avšak hodnotící komise rozhodla, že bude hodnotit všechny obdržené nabídky. Dále zadavatel uvedl, že stanovisko zadavatele obsažené v jeho rozhodnutí o námitkách zůstává i nadále nezměněno. Zadavatel považuje námitky za řádně vyřízení a zdůvodněné. Z rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 27.10.2006, na něž ve svém vyjádření odkazuje, mimo jiné vyplývá:

1) Zadavatel nesouhlasil s názorem navrhovatele, že průběh jednání komise je v rozporu se zásadou transparentnosti. Na straně 2 protokolu ze 3. jednání hodnotící komise byla zaznamenána diskuse o úplnosti nabídek. Protože materiál zpracovaný společností S-Invest CZ s. r. o. není součástí tohoto protokolu, zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách konstatoval, že cit. materiál obsahuje zjištění, že nabídky dvou uchazečů nejsou úplné, neboť neobsahují prokázání kvalifikace uchazečů. Protože komise většinou hlasů posoudila všechny nabídky jako úplné, neobsahoval protokol další podrobnosti o tomto zjištění.

2) K plánu jakosti upraveném na konkrétní podmínky veřejné zakázky zadavatel uvedl, že z důvodu transparentnosti byly jednotlivé kapitoly dle normy ČSN EN ISO 9001:2001 sestaveny do tabulky. Pokud byly k jednotlivým kapitolám normy v nabídce alespoň nějaké údaje, byly komisí ohodnoceny dle stupnice. Tabulka je součástí protokolu a popis způsobu bodování je v ní popsán. Ačkoli v žádné nabídce nebyl předložen zcela úplný plán jakosti, nebyl také v žádné nabídce předložen plán, který by neobsahoval alespoň některé

údaje dle normy. Plán jakosti nebyl podmínkou zadavatele, ale hodnotícím kritériem. Pouze v případě, že by v některé nabídce nebyl plán jakosti obsažen vůbec nebo by byl přiložen dokument, který by nebyl v souladu s normou, pak by bylo možné takovou nabídku hodnotit s nulovým bodovým hodnocením.

3) K otázce smluvních pokut zadavatel uvedl, že při zpracování nabídky neměl zřejmě navrhovatel žádné pochybnosti o obsahu těchto pokut, neboť jejich hodnoty v nabídce uvedl, aniž by požadoval po zadavateli jejich vysvětlení. Zadavatel dále uvádí, že záleží jen na názoru hodnotící komise, zda posoudí hodnoty v nabídkách za zjevně nepřiměřené. V daném případě komise posoudila hodnoty uchazečů ve všech nabídkách za přiměřené a hodnotila je podle nabídnuté výše.

4) Ke kritériu podmínky pro provedení stavby zadavatel uvedl, že zákon nezakazuje, aby zadavatel dílčí kritéria rozdělil na další podkritéria. Hodnocení musí být provedeno transparentně, což hodnotící komise provedla a způsob hodnocení popsala v protokolu.

5) Zadavatel ani nesouhlasí s názorem, že hodnotící komise nedodržela postup stanovený prováděcí vyhláškou. Z protokolu vyplývá, že hodnocení nabídek v číselně vyjádřitelných kritériích bylo provedeno výpočtem v souladu s touto vyhláškou. Vzorce pro tento výpočet byly uvedeny v zadávací dokumentaci.

Ve dnech 29. 11. 2006 a 6. 12. 2006 se na žádost navrhovatele uskutečnilo v sídle orgánu dohledu nahlédnutí do příslušného správního spisu. Dále se nahlížení do správního spisu uskutečnilo dne 13. 12. 2006 na základě žádosti právního zástupce uchazeče Skanska.

Orgán dohledu dále obdržel dne 6. 12. 2006 vyjádření zadavatele k zahájenému správnímu řízení, v němž zejména k otázce posouzení nabídek č. 3 a 5 uvedl, že tyto uchazeči doložili v nabídce oprávnění k výkonu zeměměřických činností a oprávnění k projektové činnosti prostřednictvím svých subdodavatelů, přičemž se zadavatel opíral ve svém rozhodnutí o právní názor vyjádřený ve stanovisku Právnické fakulty Masarykovy univerzity Brno.

Dne 13. 12. 2006 orgán dohledu obdržel dopis navrhovatele, v němž se vyjadřuje zejména k otázce prokázání jeho kvalifikace. Současně navrhuje orgánu dohledu, aby si vyžádal písemné stanovisko Magistrátu města Wels, zdali koncese stavitelství vydaná rakouské společnosti obsahuje i právo na provádění zeměměřických činností a v této souvislosti, aby orgán dohledu přistoupil i k prodloužení lhůty pro navržení důkazů a vyjádření se k podkladům rozhodnutí. Jako přílohu svého stanoviska navrhovatel předložil plnou moc, ze které je zřejmé, že je společnost D.I.S, spol. s r. o., oprávněna jakožto vedoucí účastník sdružení zastupovat sdružení i v řízení před orgánem dohledu, dále pak předložil úřední překlad koncesní listiny na živnost stavitelství vydané rakouské společnosti a živnostenskou informaci k činnosti stavitel poskytnutou Hospodářskou komorou Horního Rakouska.

Orgánu dohledu byla dále ve dnech 15. 12. 2006 a 18. 12. 2006 doručena další vyjádření navrhovatele. Ve svém vyjádření doručeném orgánu dohledu dne 15. 12. 2006 navrhovatel opětovně rozebírá postup zadavatele při hodnocení nabídek v jednotlivých kritériích hodnocení s tím, že zadavatel nezohlednil veškeré údaje vyplývající z nabídek nebo naopak zohlednil v některých případech i údaje, které z nabídek nevyplývaly. Ve svém sdělení doručeném orgánu dohledu 18. 12. 2006 pak navrhovatel prostřednictvím svého

právního zástupce uvedl, že má za to, že prokázal splnění kvalifikačních předpokladů a v podrobnostech odkazuje na své předchozí vyjádření k této věci ze dne 12. 12. 2006.

Za účelem zjištění skutečností důležitých pro rozhodnutí ve věci přistoupil orgán dohledu k provedení důkazu – zajištění písemného stanoviska Magistrátu města Wels ohledně skutečného rozsahu živnostenského oprávnění na činnost stavitelství. Z uvedeného důvodu byla odeslána příslušnému rakouskému úřadu žádost o stanovisko. Současně orgán dohledu seznámil svým dopisem č. j. S342/2006-22216/2006/530-Va ze dne 18. 12. 2006 všechny účastníky řízení s provedením tohoto důkazu a v návaznosti na to pak vydal téhož dne pod č. j. S342/2006-22214/2006/530-Va i usnesení o stanovení nových lhůt pro navržení důkazů a vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

Ze stanoviska Magistrátu města Wels, které orgán dohledu obdržel dne 9.1.2007 vyplývá, že oprávnění k vykonávání činnosti „stavitel“ zahrnuje i vykonávání zeměměřičských (geodetických) prací. S odvoláním na informaci, že v rámci předmětné zakázky budou prováděny i geodetické činnosti, jejichž výsledky jsou nutné pro dohodu o vkladu do katastru nemovitostí, bylo sděleno, že rakouské katastrální soudy akceptují takové údaje a podklady k výše uvedenému účelu. Závěr, že oprávnění k vykonávání činnosti „stavitel“ zahrnuje i vykonávání zeměměřičských (geodetických) prací vyplývá také z Živnostenské informace Hospodářské komory Horního Rakouska ze dne 6.12.2006 uvedené na str. 6, kde v popisu práce stavitele podle § Živnostenského řádu 94 je pod bodem 7. uvedeno Provádění zeměměřičských činností.

Dále si orgán dohledu vyžádal stanovisko Českého úřadu zeměměřičského a katastrálního zda v případě vymezených činností, jako je

- protokolární předání zrekonstruovaného úseku kanalizace provozovateli do prozatímního provozu včetně dokladů o vodotěsnosti potrubí a geometrického zaměření (viz zadávací dokumentace stavby, svazek 3.1. Společné specifikace bod Náhradní transport odpadních vod a provizorní propoje a čerpání při rekonstrukcích),

a činností uvedených v bodě Dokumentace skutečného provedení, dle kterého bylo zadavatelem požadováno, že dokumentace skutečného provedení musí obsahovat

- u liniových staveb polohové a výškové geodetické zaměření všech sítí, přeložek a přípojek, lomů, armatur před zásypem (na nových i odkrytých stávajících sítích) ve formátu kompatibilním s GIS,
- u budov a ostatních objektů polohové a výškové geodetické zaměření všech charakteristických bodů ve formátu kompatibilním s GIS,
- v případě liniových staveb elaborát pro uložení věcných břemen, v ostatních případech geodetický oddělovací plán,

se jedná o činnosti zeměměřičské ve smyslu zákona č. 200/1994 Sb., o zeměměřictví a změně a doplnění některých zákonů souvisejících s jeho zavedením, ve znění platném k datu podání nabídky, tj. k 17.7.2006 (dále jen „zákon o zeměměřičství“). Podle sdělení Českého úřadu zeměměřičského a katastrálního úřadu ze dne 29.1.2007 vymezené činnosti jsou činnostmi zeměměřičskými ve smyslu výše uvedeného zákona.

Ve dnech 9. 1. 2007 a 1. 2. 2007 se na žádost navrhovatele uskutečnilo v sídle orgánu dohledu nahlédnutí do příslušného správního spisu.

Ve svém závěrečném návrhu ze dne 15.1.2007 se navrhovatel vyjádřil, že zprávou města Wels ze dne 3.1.2007 bylo prokázáno splnění všech kvalifikačních předpokladů navrhovatelem a v dalším pak odkázal na svá předchozí písemná vyjádření zejm. na vyjádření ze dne 12.12.2006.

Po přezkoumání případu vydal orgán dohledu rozhodnutí č. j. S342/2006-02829/2007/530-Va/AB ze dne 12.2.2007, ve kterém konstatoval, že zadavatel nesplnil povinnost stanovenou

- v ustanovení § 39 odst. 2 cit. zákona o veřejných zakázkách, když nevyločil z další účasti v zadávacím řízení uchazeče VHS Břeclav, s. r. o., IČ 42324149, Fügnerova 1161/1, 690 64 Břeclav, přestože jmenovaný uchazeč neprokázal splnění kvalifikace podle § 30 odst. 2 písm. c) uvedeného zákona, když nepředložil oprávnění k výkonu zeměměřičských činností,
- v ustanovení § 62 odst. 3 cit. zákona o veřejných zakázkách, v návaznosti na § 8 odst. 3 vyhlášky č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti, ve znění vyhlášky č. 137/2005 Sb., když při hodnocení nabídek v kritériích hodnocení „záruční doba“ a „podmínky pro provedení stavby“ nehodnotil nabídky uchazečů postupem, který stanoví cit. prováděcí vyhláška,

přičemž tyto úkony zadavatele podstatně neovlivnily stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

Proti tomuto rozhodnutí podal navrhovatel dopisem ze dne 2.3.2007 rozklad. Po projednání rozkladu předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže svým rozhodnutím č. j. R 082/2007/02-09363/2007/310-Hr ze dne 17.5.2007, výše uvedené rozhodnutí orgánu dohledu potvrdil a podaný rozklad zamítl. Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 21.5.2007.

Dne 4.6.2007 zadavatel uzavřel s uchazečem OHL ŽS smlouvu o dílo na realizaci veřejné zakázky.

Proti rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 17.5.2007, č. j. R 082/2007/02-09363/2007/310-Hr, podal navrhovatel žalobu ke Krajskému soudu v Brně. Krajský soud v Brně vydal dne 25.3.2008 rozsudek č. j. 62 Ca 34/2007-165, kterým zrušil napadené rozhodnutí předsedy Úřadu č.j. R 082/2007/02-09363/2007/310-Hr ze dne 17.5.2007, a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

Krajský soud v Brně v odůvodnění rozsudku č.j. 62 Ca 34/2007-165 ze dne 25.3.2008 vycházel ze závěru, že zadavatelovy požadavky, které je zapotřebí splnit osobami, jež se hodlají zadávacího řízení zúčastnit, se musí promítnout v zadávacích podmínkách. Ty jsou tvořeny podmínkami obsaženými v oznámení zadávacího řízení a v zadávací dokumentaci. Zejména zadávací dokumentace pak musí obsahovat dostatečně konkrétní, jasné, jednoznačné informace o tom, jak mají zpracovat své nabídky, neboť zadávací dokumentace podle § 48 odst. 1 zákona vymezuje předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.

V případě, že zadavatel pro zadání veřejné zakázky zvolil kritérium ekonomické výhodnosti nabídky a pokud stanovil jednotlivá dílčí kritéria a jejich váhy, pak tato kritéria



a způsob jejich hodnocení musel popsat natolik konkrétně, přesně a srozumitelně, aby se každému z uchazečů dostalo informací téhož materiálního obsahu – a aby následně bylo zřetelně přezkoumatelné, zda zadavatel hodnotil nabídky tak, jak předeslal v zadávacích podmínkách – zejména pak v dostatečně konkrétní míře právě v zadávací dokumentaci.

Ze zadávací dokumentace podle názoru cit. soudu nevyplývalo, zda zadavatel bude hodnotit v kritériu „záruční doba“ celkovou záruční dobu nabídnutou uchazečem či záruční dobu nabídnutou nad rámec nejkratší přípustné záruční doby požadované zadavatelem.

V případě dílčího kritéria „plán jakosti ...“ cit. soud zastává názor, že podle zadávací dokumentace měl být hodnocen plán jakosti upravený na konkrétní podmínky veřejné zakázky a nikoliv míra jeho přizpůsobení konkrétní veřejné zakázce.

Krajský soud v Brně dospěl k závěru, že v namítaných kritériích „záruční doba“ a „plán jakosti ...“ zadávací dokumentace objektivně připouští interpretační nejistotu a že zadávací podmínky v těchto dílčích kritériích nejsou jasné, přesné a srozumitelné.

Krajský soud v Brně závěrem shrnuje, že nejasnost zadávacích podmínek objektivně vyvolává spor o to, co a jak mělo být v rámci kritéria „záruční doba“ a „plán jakosti...“ hodnoceno, a s ohledem na text zadávací dokumentace je pak postup zadavatele nekontrolovatelným a vylučuje to, aby byla dodržena alespoň nejnižší přijatelná míra transparentnosti celého zadávacího řízení, což je v rozporu s § 25 zákona. Nebyla-li tato zásada dodržena, Krajský soud v Brně logicky vyvozuje, že zadávací řízení neproběhlo v souladu se zákonem.

Následně rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. R082/2007/02-17362/2008/310-Ku ze dne 25.8.2008, které nabylo právní moci dne 1.9.2008, bylo rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S342/2006-02829/2007/530-Va/AB ze dne 12.2.2007, zrušeno a věc byla vrácena k novému rozhodnutí. Orgán dohledu je podle § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), právním názorem vysloveným v druhostupňovém rozhodnutí při novém projednání věci vázán.

Vzhledem k tomu, že proti rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 34/2007-165 ze dne 25.3.2008 podal orgán dohledu kasační stížnost, vydal předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 31.10.2008 usnesení č. j. 21818/2008/310-Hr, kterým prodloužil lhůtu na vydání rozhodnutí ve věci o 60 dnů ode dne nabytí právní moci rozsudku Nejvyššího soudu o kasační stížnosti Úřadu. Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 86/2008-222 ze dne 25.3.2009, kterým byla kasační stížnosti zamítnuta, nabyl právní moci dne 7.4.2009. Nejvyšší správní soud se v odůvodnění cit. rozsudku ztotožňuje s právním závěrem Krajského soudu v Brně, že v kritériích „záruční doba“ a „plán jakosti ...“ zadávací dokumentace objektivně připouští dvojí výklad a že zadávací podmínky v těchto dílčích kritériích nejsou jasné, přesné a srozumitelné. V důsledku toho nejasnost zadávacích podmínek neumožňuje určit co a jak mělo být v rámci kritéria „záruční doba“ a „plán jakosti...“ hodnoceno, a s ohledem na text zadávací dokumentace je pak postup zadavatele nekontrolovatelným a vylučuje to, aby byla dodržena alespoň nejnižší přijatelná míra transparentnosti celého zadávacího řízení, což je v rozporu s § 25 zákona. Z toho důvodu Nejvyšší správní soud vyvozuje, že zadávací řízení neproběhlo v souladu se zákonem.

Orgán dohledu dopisem č. j. ÚOHS-S342/2006/VZ-6226/2009/520/ABr ze dne 20.5.2009 účastníky řízení vyrozuměl o pokračování řízení. Usnesením č. j. ÚOHS-S342/2006/VZ-6229/2009/520/ABr ze dne 20.5.2009 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy nebo činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí. Usnesením č. j. ÚOHS-S342/2006/VZ-6404/2009/520/ABr ze dne 25.5.2009 konstatoval, že účastníkem řízení, je OHL ŽS, kterému byla veřejná zakázka přidělena, a současně mu odeslal oznámení o pokračování v řízení. Usnesením č. j. ÚOHS-S342/2006/VZ-6476/2009/520/ABr ze dne 25.5.2009 stanovil účastníku OHL ŽS lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy nebo činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí a ostatním účastníkům řízení tyto lhůty prodloužil. Usnesením č. j. ÚOHS-S342/2006/VZ-6841/2009/520/ABr ze dne 2.6.2009 výše uvedené lhůty na základě žádosti zadavatele ze dne 26.5.2009 prodloužil.

Orgán dohledu přezkoumal na základě § 96 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména zadávací dokumentace, vyjádření účastníků řízení, na základě vlastního zjištění a v souladu s právními názory výše uvedených soudů rozhodl, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, a to s ustanovením § 39 odst. 2 cit. zákona o veřejných zakázkách, když nevyločil z další účasti v zadávacím řízení uchazeče VHS Břeclav, s. r. o., IČ 42324149, Fügnerova 1161/1, 690 64 Břeclav, přestože jmenovaný uchazeč neprokázal splnění kvalifikace podle § 30 odst. 2 písm. c) uvedeného zákona, když nepředložil oprávnění k výkonu zeměměřičských činností, přičemž tento postup podstatně neovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a s ustanovením § 25 odst. 1 zákona, když nedodržel v zadávacím řízení zásadu transparentnosti, tím, že zveřejnil v oznámení otevřeného řízení při zadávání veřejné zakázky na podkladě ekonomické výhodnosti nabídky netransparentní dílčí kritéria „záruční doba“ a „plán jakosti pro provedení stavby“, a dále s ustanovením § 62 odst. 3 cit. zákona o veřejných zakázkách, když nabídky v kritériích a to zejm. v kritériích hodnocení „záruční doba“ „smluvní pokuty“ a „podmínky pro provedení stavby“ nehodnotil postupem, který stanoví prováděcí vyhláška, č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti, ve znění pozdějších předpisů, přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 4.6.2007 uzavřel smlouvu o dílo na realizaci veřejné zakázky. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

### **Postup zadavatele při posouzení nabídek**

Podle § 30 odst. 1 zákona je splnění kvalifikace uchazečem o veřejnou zakázku předpokladem hodnocení nabídek v otevřeném řízení.

Podle § 30 odst. 2 písm. c) zákona se splněním kvalifikace rozumí prokázání oprávnění k podnikání včetně předložení výpisu z obchodního rejstříku či jiné evidence ne starší než 90 dnů, má-li v ní být uchazeč nebo zájemce zapsán podle zvláštních právních předpisů. Ve smyslu § 30 odst. 3 zákona není zadavatel oprávněn požadovat splnění kvalifikace nad rámec požadavků na splnění kvalifikace stanovených úplným výčtem v oznámení zadávacího řízení. Zadavatel je povinen omezit rozsah požadovaných informací o kvalifikaci dodavatelů pouze na informace bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.

Podle § 30 odst. 6 zákona může dodavatel splnit kvalifikaci podle odst. 2 písm. d) zákona předložením dokladů třetí osoby spolu s jejím závazným prohlášením o budoucí spolupráci.

Podle § 38 odst. 1 zákona kvalifikaci nesplňuje uchazeč nebo zájemce, který neposkytl údaje a informace o kvalifikaci v rozsahu stanoveném zadavatelem včetně dokladů podle ustanovení tohoto zákona, nebo poskytl údaje a informace o kvalifikaci včetně dokladů požadovaných zadavatelem, které jsou neúplné nebo nepravdivé.

Podle § 39 odst. 1 zákona zadavatel vyhodnotí kvalifikaci zájemců podle kritérií stanovených v oznámení příslušného zadávacího řízení. Podle § 39 odst. 2 zákona uchazeči, kteří nesplnili kvalifikaci, musí být z otevřeného řízení zadavatelem vyloučeni.

Podle § 61 odst. 1 zákona hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek. Nabídky, které nesplňují zadávací podmínky, musí být vyřazeny. Podle § 61 odst. 5 zákona uchazeče, jehož nabídka byla při posuzování nabídek vyřazena, musí zadavatel bezodkladně vyloučit ze zadávacího řízení. Vyloučení včetně důvodů je zadavatel povinen uchazeči bezodkladně písemně oznámit.

Zadavatel v oznámení otevřeného řízení v bodě 5.5. uvedl bližší charakteristiku předmětu veřejné zakázky tak, že se jedná o rekonstrukci a výstavbu vodohospodářské infrastruktury na Břeclavsku: Část B – Mikulov – ČOV a kanalizace, Valtice - ČOV a kanalizace, Lednice – ČOV a kanalizace + opční právo.

V zadávací dokumentaci Svazek 1 zadavatel pod bodem 13.2. uvedl, že uchazeč prokáže oprávnění k podnikání pro celý předmět plnění veřejné zakázky, doložením stejnopisu nebo úředně ověřené kopie příslušného dokladu o oprávnění k podnikání s tím, že pokud podává nabídku více dodavatelů společně, musí prokázat oprávnění k podnikání alespoň jeden z nich.

V zadávací dokumentaci stavby, svazek 3.1. Společné specifikace, v bodě Doklady pro předání díla uvedl, jako nutný doklad při předání prací i zaměření trasy budovaných inženýrských sítí včetně objektů na síti, přípojek a komunikaci do souřadnic a přeložek a dále v bodě - Náhradní transport odpadních vod a provizorní propoje a čerpání při rekonstrukcích - zadavatel uvedl, že zhotovitel provede mimo jiné i protokolární předání dokončeného rekonstruovaného úseku kanalizace provozovateli do prozatímního provozu včetně dokladů o vodotěsnosti potrubí a geometrického zaměření. V bodě - Dokumentace skutečného provedení - zadavatel specifikoval, že dokumentace skutečného provedení bude obsahovat u liniových staveb polohové a výškové geodetické zaměření všech sítí, přeložek a přípojek, lomů, armatur před zásypem, u budov a ostatních objektů polohové a výškové geodetické zaměření všech charakteristických bodů a v případě liniových staveb elaborát pro uložení věcných břemen a v ostatních případech geodetický oddělovací plán.

Z vymezené charakteristiky předmětu veřejné zakázky je zřejmé, že na plnění celého předmětu této zakázky je nutné, aby uchazeč ve své nabídce v souladu s § 30 odst. 2 písm. c) zákona prokázal oprávnění k podnikání i v oblasti zeměměřických činností. Skutečnost, že předmětem veřejné zakázky jsou činnosti vyžadující živnostenské oprávnění k výkonu zeměměřických činností je potvrzena stanoviskem Českého úřadu zeměměřického a katastrálního ze dne 29.1.2007, které si orgán dohledu vyžádal, v návaznosti na ustanovení § 13 vyhlášky Českého úřadu zeměměřického a katastrálního č. 31/1995 Sb., kterou se

provádí zákon č. 200/1994 Sb., o zeměměřičství. Dodavatel byl tedy povinen prokázat dle § 30 odst. 2 písm. c) zákona sám osobně nebo společně s jiným dodavatelem dle § 30 odst. 5 zákona živnostenské oprávnění k zeměměřičským činnostem. Z citace výše uvedených ustanovení zákona je dále zřejmé, že zákon požaduje, aby zadavatel v oznámení zadávacího řízení seznámil uchazeče s požadavky na splnění kvalifikace s tím, že pro oznámení těchto požadavků je zadavatel povinen použít příslušný formulář stanovený prováděcím předpisem - viz § 42 zákona a vzory formulářů uvedených ve vyhlášce č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen vyhláška č. 240/2004 Sb.). Zákon však již neukládá zadavateli povinnost např. u požadavku na prokázání oprávnění k podnikání konkrétně vymezovat, která oprávnění k podnikání musí uchazeči ve svých nabídkách doložit, neboť uchazeči musí být sami způsobilí posoudit, jaká oprávnění k podnikání budou ke konkrétnímu předmětu plnění veřejné zakázky potřebovat.

Z předložených nabídek uchazečů o veřejnou zakázku orgán dohledu zjistil následující skutečnosti.

Nabídka uchazeče VHS Břeclav obsahuje k prokázání kvalifikačního kritéria podle § 30 odst. 2 písm. c) zákona výpis z obchodního rejstříku ze dne 10.7.2006, ověřený částečný opis výpisu z neveřejné části živnostenského rejstříku, v němž jsou mimo jiné zapsána živnostenská oprávnění k provádění staveb, jejich změn a odstraňování a k projektové činnosti ve výstavbě. Dále uchazeč ve své nabídce doložil ověřenou kopii živnostenského listu s předmětem podnikání provádění staveb, jejich změn a odstraňování. Oprávnění k podnikání týkající se provádění zeměměřičských činností nabídka jmenovaného uchazeče neobsahuje. V nabídce jsou v rámci předpokládaných subdodávek ve Formuláři 6.5 uvedeni mimo jiné subdodavatelé AQUA PROCON, s. r. o., Brno, s živnostenským oprávněním na Projektovou činnost ve výstavbě a CZK, s. r. o., Brno, s živnostenským oprávněním na Výkon zeměměřičských činností. Nejedná se však o společného dodavatele ve smyslu § 30 odst. 5 zákona.

Nabídka uchazeče, sdružení společností D. I. S., spol. s r. o., a AHTG, která se umístila na druhém místě, obsahuje následující doklady prokazující oprávnění k podnikání:

Za účastníka sdružení společnost D. I. S., spol. s r. o., v nabídce předložila:

- Výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů (obsahuje informaci o prokázání oprávnění k podnikání na Provádění staveb, jejich změn a odstraňování, Montáž a opravy vyhrazených plynových zařízení a Projektová činnost ve výstavbě),
- Živnostenský list na Provádění staveb, jejich změn a odstraňování a Montáž a opravy vyhrazených plynových zařízení,
- Výpis z obchodního rejstříku,
- Výpis z živnostenského rejstříku (neveřejná část), který obsahuje mimo jiné i zapsaná současně platná živnostenská oprávnění Provádění staveb, jejich změn a odstraňování a Projektová činnost ve výstavbě.

Druhý účastník sdružení společnost AHTG v rámci společné nabídky doložil úředně ověřené kopie (včetně jejich úředního překladu) těchto písemností:

- Koncesní listina vydaná Magistrátem města Wels na živnost stavitelství, živnostenský list vydaný Magistrátem města Wels na živnost obchodní činnost,

- Výpis z obchodního rejstříku s uvedením živnosti Pozemní a inženýrské stavitelství.

Nabídka jmenovaného uchazeče dále obsahuje na str. 659 Formulář 6.5 Předpokládané subdodávky, kde je mimo jiné uvedeno, že uchazeč hodlá zadat geodetické práce subdodavatelí G.K.S., spol. s r. o., Brno, a projektovou činnost subdodavatelí AQUA PROCON, s. r. o., Brno. Následující strany nabídky pak obsahují čestná prohlášení jmenovaných subdodavatelů a jejich živnostenská oprávnění s tím, že subdodavatel G.K.S., spol. s r. o., dodal živnostenský list na Výkon zeměměřických činností a druhý jmenovaný subdodavatel živnostenský list na Projektovou činnost ve výstavbě.

Podle stanoviska města Wels, živnostenského a vodoprávního úřadu ze dne 3.1.2007, oprávnění k vykonávání činnosti „stavitelství“ dle předložené koncesní listiny společnosti AHTG zahrnuje i vykonávání zeměměřických (geodetických) prací. Na základě těchto skutečností orgán dohledu dospěl k závěru, že společnost AHTG předložením koncesní listiny na stavitelství prokázala oprávnění k podnikání k výkonu zeměměřických činností. Ve sdružení se společností D. I. S., spol. s r. o., tak tento uchazeč prokázal oprávnění k podnikání k celému předmětu plnění, neboť dle § 30 odst. 5 zákona, pokud podává nabídku více dodavatelů společně, musí kvalifikaci podle odst. 2 písm. b) až d) splnit alespoň jeden z dodavatelů.

Z předložených nabídek uchazečů o veřejnou zakázku orgán dohledu zjistil, že kromě uchazeče VHS Břeclav, s. r. o., zbývajících pět nabídek vždy obsahuje příslušné doklady prokazující oprávnění k podnikání, tedy všichni zbývající uchazeči o veřejnou zakázku doložili oprávnění k podnikání v oblasti stavební, projektové a zeměměřických prací.

Z podkladů pro jednání hodnotící komise, zpracovaných společností S – Invest CZ, s. r. o., mimo jiné vyplývá, že tato společnost zastává názor, že uchazeči VHS Břeclav a sdružení společností D. I. S., spol. s r. o., a AHTG nesplnili kvalifikaci dle § 30 odst. 2 písm. c) zákona.

Předložená dokumentace veřejné zakázky dále obsahuje právní rozbor, které si zadavatel nechal provést k otázce splnění či nesplnění kvalifikace. Dne 31. 8. 2006 byl vypracován posudek Mgr. Zdeňkem Mokřým, AK Kulhánek Legal Consulting, Brno, se závěrem, že „V konkrétním případě této veřejné zakázky je s ohledem na předmět veřejné zakázky vyžadována existence oprávnění k projektové činnosti a k zeměměřické činnosti. V případě sdružení se zahraniční právnickou osobou je nutno přezkoumat, zda koncesní listina k výkonu stavebních prací nezahrnuje v sobě oprávnění i k těmto činnostem. Podle informací zpracovatele posudku je jedním z uchazečů sdružení společností s rakouským subjektem, jehož koncesní listina k provádění stavby dle rakouského právního řádu tato oprávnění zahrnuje“. Dne 1. 9. 2006 bylo vypracováno právní posouzení ze strany JUDr. Tomáše Fuchse, advokát, Brno, který mimo jiné uvedl, že tím, že nebyly nabídky vůbec posuzovány, mohly být následně hodnoceny i nabídky, které měly být vyřazeny. Dále uvedl, že uvedení uchazeči měli být vyloučeni pro nesplnění zadávacích podmínek s tím, že závěrem svého posouzení doporučuje zadavateli, aby provedl prostřednictvím hodnotící komise posouzení nabídek a poté jejich hodnocení. Poslední právní stanovisko poskytl zadavateli dne 15. 9. 2006 doc. JUDr. Karel Marek, CSc., Právnická fakulta MU Brno, který mimo jiné uvedl, že „pokud tedy v daném případě nedoložil uchazeč v nabídce oprávnění k výkonu zeměměřických a projektových prací, avšak předkládá doklad třetí osoby (budoucího subdodavatele) spolu s odpovídající textací od této třetí osoby, a to o budoucí spolupráci, pak lze kvalifikaci považovat za splněnou a není důvod k vyloučení uchazeče“.

K tomu orgán dohledu uvádí, že dle § 30 odst. 2 písm. d) zákona při prokázání odborné způsobilosti, je-li tato pro plnění veřejné zakázky vyžadována podle zvláštních předpisů, se jedná o činnosti, u kterých stačí jejich prokázání subdodavatelem se závazným prohlášením o budoucí spolupráci, zatímco u oprávnění k podnikání dle § 30 odst. 2 písm. c) zákona (tedy na výkon zeměměřičských činností) je dodavatel povinen prokázat dle § 30 odst. 5 zákona toto oprávnění sám nebo společně s jiným dodavatelem, neboť zákon ve svém ustanovení § 30 odst. 5 uvádí, že kvalifikaci podle odst. 2 písm. b) až d) musí splnit alespoň jeden z dodavatelů.

Je tedy rozdíl mezi prokazováním kvalifikace dle § 30 odst. 2 písm. c) zákona, tj. oprávnění k podnikání, které musí dodavatel vždy prokázat, a pokud jeho oprávnění k podnikání nezahrnuje celý předmět, může podat společnou nabídku, a prokazováním kvalifikace dle § 30 odst. 2 písm. d), kterou by bylo možné dle § 30 odst. 6 zákona prokázat pomocí subdodavatele. Zadavatel však v šetřeném případě prokázání kvalifikace dle § 30 odst. 2 písm. d) nepožadoval a uchazeč VHS Břeclav podal nabídku samostatně.

Pro úplnost orgán dohledu konstatuje, že nový zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, stanoví odlišná pravidla pro prokazování splnění kvalifikace, neboť lze podle něho prokázat oprávnění k podnikání pomocí subdodavatele, avšak podle tohoto zákona nelze v případě předmětné veřejné zakázky postupovat, neboť dle § 158 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, se zadávání veřejných zakázek zahájené před účinností tohoto zákona, tj. před 1.7.2006 dokončí dle dosavadních předpisů.

Z protokolu ze 3. jednání hodnotící komise a zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 24. 8. 2006 vyplývá, že hodnotící komise rozhodla většinou šesti hlasů, že nabídky jsou nabídky a nadále je bude hodnotit všechny. Čtyři členové hodnotící komise hlasovali proti s odůvodněním, že považují závěry zjištěné společností S – Invest CZ, s. r. o., za správné. Po provedeném hodnocení nabídek dle ekonomické výhodnosti skončil navrhovatel na druhém místě a společnost VHS Břeclav na místě šestém, tj. posledním.

V návaznosti na výše uvedené skutečnosti orgán dohledu konstatuje, že zadavatel nesplnil povinnost stanovenou v § 39 odst. 2 zákona, když nevyloučil z další účasti v zadávacím řízení uchazeče VHS Břeclav, s. r. o., přestože tento uchazeč neprokázal splnění kvalifikace, když nepředložil oprávnění k podnikání k výkonu zeměměřičských činností.

Kritériem hodnocení nabídek uchazečů byla kromě nabídkové ceny i další kritéria. Uchazeč VHS Břeclav, který se umístil jako celkově poslední v pořadí, přičemž v žádném z kritérií hodnocení ekonomické výhodnosti nabídky nenabídl hodnoty nejvyšší, kterými by mohl jakkoliv ovlivnit výpočet bodů přidělovaných jednotlivým uchazečům u jednotlivých kritérií. Nevyloučení tohoto uchazeče tedy podstatně neovlivnilo pořadí úspěšnosti nabídek.

## **Postup zadavatele při hodnocení nabídek**

### **1. Hlasování členů hodnotící komise**

Navrhovatel ve svém návrhu považuje za netransparentní postup hodnotící komise, kdy se jeden z jejích členů zdržel hlasování, neboť jeho odlišný názor musí být v protokolu zaznamenán.

Z protokolu ze 3. jednání hodnotící komise ze dne 24.8.2006 je zřejmé, že se jeden ze členů hodnotící komise po té, co komise rozhodla, že bude hodnotit všechny obdržené nabídky jako úplné, zdržel hlasování s tím, že svůj postup odůvodnil tak, že považuje za správné zjištění společnosti S-Invest CZ s. r. o. pokud se týká úplnosti nabídek.

Podle § 58 odst. 3 zákona se sepisuje o jednání hodnotící komise protokol, který podepisují všichni členové této komise. Zastává-li člen hodnotící komise odchýlný názor proti názoru většiny, uvede se v protokolu o jednání tento odlišný názor s odůvodněním.

V šetřeném případě z protokolu o jednání hodnotící komise vyplývá, že se jeden ze členů této komise zdržel hlasování, neboť má za to, že podklady pro jednání komise zpracované společností S-Invest CZ s. r. o., jsou správné a lze tedy usuzovat, že se ztotožňuje s návrhem na vyloučení uchazečů VHS Břeclav, s. r. o., a sdružení společností D.I.S., spol. s r. o., a AHTG ze zadávacího řízení. K tomu dále orgán dohledu uvádí, že se shoduje s názorem zadavatele vyjádřeným v jeho rozhodnutí o námitkách, neboť v daném případě skutečně člen komise nevyjadřoval svůj odlišný názor od ostatních členů komise, ale pouze se zdržel hlasování. I tak však lze z textu citovaného protokolu odvodit, jaké byly důvody pro zmiňovaný postup tohoto člena komise. Navrhovatel byl s konkrétními skutečnostmi seznámen v rámci rozhodnutí o námitkách, kdy mu zadavatel přímo sdělil, že byla zjištěna neúplnost nabídek výše uvedených uchazečů z důvodu neprokázání kvalifikace. Orgán dohledu neshledal, že by postup zadavatele, resp. hodnotící komise při pořizování zápisu byl netransparentní.

## **2. Rozdělení dílčích kritérií hodnocení na subkritéria**

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

Podle § 55 odst. 1 zákona je základním kritériem pro zadání veřejné zakázky

- a) ekonomická výhodnost nabídky, nebo
- b) nejnižší nabídková cena.

Rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle ekonomické výhodnosti nabídky, posuzuje podle § 55 odst. 3 zákona nabídku podle dílčích kritérií. Jednotlivým dílčím kritériím musí zadavatel stanovit váhu, kterou vyjádří v procentech. Kromě nabídkové ceny může zadavatel zohlednit zejména provozní náklady, požadavky na údržbu, technické, jakostní, ekologické nebo funkční vlastnosti předmětu veřejné zakázky. Při hodnocení nabídek lze použít kromě dílčích kritérií uvedených v zákoně i další dílčí kritéria pro hodnocení nabídek, kterými (v návaznosti na prováděcí vyhlášku č. 240/2004 Sb.) mohou být zejména doba provedení díla, smluvní úprava záruky za jakost díla, smluvní úprava zajišťovacích a sankčních instrumentů, zohlednění ekologických postupů, druh a rozsah pojištění předmětu veřejné zakázky.

Pokud se zadavatel rozhodne, že bude nabídky hodnotit podle kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, je povinen stanovit transparentně taková dílčí kritéria, která se výhradně týkají nabídky a její ekonomické výhodnosti, tzn. její kvality. Zadavatel tak hodnotí vlastní ekonomickou výhodnost nabídky uchazeče, tj. zabývá se hodnocením konkrétních podmínek

obsažených v nabídce, za nichž uchazeč zadavateli nabízí splnění dané veřejné zakázky. Výsledkem tohoto procesu je tedy hodnocení konkrétního obsahu dané nabídky ve vztahu k její ekonomické výhodnosti a zjištění míry této ekonomické výhodnosti pro zadavatele.

Navrhovatel považuje v šetřeném případě postup zadavatele za učiněný v rozporu se zákonem, když některá dílčí kritéria hodnocení rozdělil na subkritéria.

Ze zadávací dokumentace bylo zjištěno, že zadavatel pod bodem 10.1 oznámení na centrální adrese stanovil jako dílčí kritéria hodnocení:

Celková výše nabídkové ceny vč. DPH	váha 45 %
Záruční doba	váha 20 %
Plán jakosti upravený na konkrétní podmínky této veřejné zakázky	váha 15 %
Smluvní pokuty	váha 10 %
Podmínky pro provedení stavby	váha 10 %.

Další informace ohledně hodnocení nabídek pak zadavatel uvedl ve Svazku 1 Požadavků a podmínek na splnění kvalifikace a pro zpracování nabídky, kde mimo jiné uvedl, co bude předmětem hodnocení v jednotlivých dílčích kritériích, co předloží uchazeči ve svých nabídkách k těmto kritériím a jaký bude způsob hodnocení nabídek podle dílčích kritérií.

Uvedený svazek zadávací dokumentace dále obsahuje v části 8 formuláře pro hodnocení nabídek. Na straně 65 je obsažen formulář 8.1 nazvaný Harmonogram prací, z něhož mimo jiné vyplývá, že tento harmonogram společně s dodavatelským plánem organizace výstavby bude posuzován a hodnocen v rámci hodnocení 5. dílčího kritéria v těchto subkritériích:

1. celkový počet dnů v průběhu výstavby, ve kterých bude úplná výluka na provozu komunikace
2. celkový počet dnů v průběhu výstavby, ve kterých bude omezen příjezd do objektů pro silniční motorová vozidla s hmotností nad 3,5 t.

Na straně 66 zadávací dokumentace jsou obsaženy informace ke kritériu smluvní pokuty s tím, že na straně 68 jsou vymezena i následující subkritéria:

- zhotovitel nesplní svou povinnost realizovat předmět díla způsobem umožňujícím objednateli zajistit řádný provoz (váha 30 %)
- zhotovitel uzavře smlouvu s podzhotovitelem v rozporu s písm. a) článku 5.1 a s článkem 5.2 (váha 20 %)
- zhotovitel poruší článek 6.9 realizací díla prostřednictvím klíčového personálu nemajícím příslušné kompetence (váha 20 %)
- neprovede-li zhotovitel přijímací zkoušky do 21 dnů od obdržení písemného nařízení správce stavby ve smyslu článku 9.2 (váha 30 %).

Na straně 69 zadávacích podmínek je dále uveden formulář č. 8.3 týkající se záruční doby, kde jsou uvedena následující subkritéria:

1. stavební část stavby s minimálně požadovanou délkou záruky a s váhou 40 %
2. strojně technologická část stavby s minimálně požadovanou délkou záruční doby a s váhou 50 % a
3. elektrické, datové a kontrolní systémy s minimálně požadovanou délkou záruční doby a s váhou 10 %.



**K problematice metody hodnocení nabídek – ust. § 62 odst. 3 zákona v návaznosti na § 8 odst. 3 vyhlášky:**

Navrhovatel ve svém návrhu ze dne 8.11.2006 argumentuje, že zadavatel jednotlivá kritéria hodnocení rozdělil na dílčí subkritéria hodnocení. Každému subkritériu přiřadil „subváhy – podváhy“ uvedené v procentech a po přepočtení a součtu bodů přidělených v rámci každého subkritéria zadavatel získal bodové ohodnocení jednotlivých uchazečů v daném kritériu hodnocení. Navrhovatel zastává názor, že tímto postupem došlo k nezákonnému dvojímu vážení a tím i k porušení ustanovení § 62 odst. 3 zákona a § 8 odst. 3 vyhlášky.

Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu s výše uvedenou argumentací navrhovatele nesouhlasil a odkázal na své rozhodnutí o námitkách ze dne 27.10.2006, ve kterém zadavatel zastával názor, že při výpočtu postupoval v souladu s citovanou vyhláškou způsobem popsáním v protokolu.

Ustanovení § 62 odst. 1 zákona stanoví, že hodnotící komise provede hodnocení nabídek podle kritérií stanovených v oznámení otevřeného nebo užšího řízení. V případě zadávání veřejné zakázky podle ekonomické výhodnosti nabídky je hodnotící komise povinna zohlednit jednotlivá dílčí kritéria a jejich váhu. Podle § 62 odst. 3 zákona metody hodnocení nabídek podle kritéria ekonomické výhodnosti nabídky stanoví prováděcí právní předpis.

Vyhláška, na kterou odkazuje ust. § 62 odst. 3 zákona, ve svém ust. § 8 odst. 3 stanoví, že pro hodnocení nabídek použije hodnotící komise bodovací stupnici v rozsahu 0 až 100. Každé jednotlivé nabídce je dle dílčího kritéria přidělena bodová hodnota, která odráží úspěšnost předmětné nabídky v rámci dílčího kritéria. Pro číselně vyjádřitelná kritéria, pro která má nejvhodnější nabídka maximální hodnotu kritéria, například doba záruky, výše smluvní pokuty, získá hodnocená nabídka bodovou hodnotu, která vznikne násobkem 100 a poměru hodnoty nabídky k hodnotě nejvhodnější nabídky. Pro číselně vyjádřitelná kritéria, pro která má nejvhodnější nabídka minimální hodnotu kritéria, například cena nabídky, doba provádění, získá hodnocená nabídka bodovou hodnotu, která vznikne násobkem 100 a poměru hodnoty nejvhodnější nabídky k hodnocené nabídce. Pro kritéria, která nelze vyjádřit číselně, sestaví hodnotící komise pořadí nabídek od nejvhodnější k nejméně vhodné a přiřadí nejvhodnější nabídce 100 bodů a každé následující nabídce přiřadí takové bodové ohodnocení, které vyjadřuje míru splnění dílčího kritéria ve vztahu k nejvhodnější nabídce.

Z výše uvedeného vyplývá, že v případě, kdy se zadavatel rozhodne pro hodnocení nabídek podle ekonomické výhodnosti, musí při vlastním hodnocení nabídek dodržet postup, který mu stanoví vyhláška. V šetřeném případě zadavatel v oznámení zadávacího řízení stanovil, že hodnocení nabídek bude probíhat podle ekonomické výhodnosti. Zadavatel v podmínkách zadání rovněž stanovil pět dílčích kritérií hodnocení nabídek a jim odpovídající váhy (viz výše).

Z předložené dokumentace orgán dohledu zjistil, že zadavatel hodnotil nabídky z hlediska matematického výpočtu vah v souladu s vyhláškou v případě prvního a třetího kritéria hodnocení, když u kritéria „celková výše nabídkové ceny včetně DPH“ přidělil nejvhodnější nabídce nejvyšší počet bodů t. j. 45 bodů, a u kritéria „plán jakosti upravený na konkrétní podmínky veřejné zakázky“ přidělil nejvhodnější nabídce nejvyšší počet bodů tj. 15 bodů. Naopak u zbývajících tří kritérií hodnocení „záruční doba“, „smluvní pokuty“

a „podmínky pro provedení stavby“ zadavatel nedodržel postup hodnocení, který stanoví vyhláška, ačkoliv k tomu byl povinen. V případě kritérií hodnocení „záruční doba“, „smluvní pokuty“ a „podmínky pro provedení stavby“ zadavatel nedodržel postup hodnocení, když nezajistil, aby nejvhodnější nabídka v uvedených dílčích kritériích mohla získat 100 bodů, a po přepočtu vah v kritériu „záruční doba“ nejvyšší možný počet 20 bodů, v kritériu „smluvní pokuty“ nejvyšší možný počet 10 bodů a v kritériu „podmínky pro provedení stavby“ nejvyšší možný počet bodů 10, ačkoliv k tomu byl podle citované vyhlášky povinen. Orgán dohledu dospěl k závěru, že toto pochybení ve svém souhrnu s postupem zadavatele, kdy dílčí kritéria „záruční doba“ a „plán jakosti...“ nebyla zadavatelem stanovena transparentně, jak je uvedeno níže, mohlo podstatně ovlivnit hodnocení jednotlivých nabídek, neboť správný matematický přepočet vah netransparentně přidělených bodů nemůže učinit hodnocení transparentní.

### **K problematice stanovení dílčích kritérií pro hodnocení nabídek**

Orgán dohledu se musel zabývat nejen otázkou výpočtu vah bodových hodnot jednotlivých hodnotících kritérií, ale v návaznosti na rozhodnutí Krajského soudu v Brně č.j. 62 Ca 34/2007-165 ze dne 25.3.2008, i otázkou určitosti stanovení jednotlivých dílčích kritérií, neboť transparentnost hodnocení nabídek závisí nejen na správném výpočtu vah jednotlivých kritérií podle vyhlášky, ale především na transparentnosti počtu bodů přidělených podle jednotlivých kritérií jednotlivým nabídkám. Při posouzení hodnocení nabídek podle jednotlivých kritérií zadavatelem vycházel orgán dohledu z právních závěrů vyslovených v odůvodnění rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 34/2007-165 ze dne 25.3.2008. Proti cit rozsudku podal orgán dohledu kasační stížnost, která byla rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 86/2008-222 ze dne 25.3.2009, zamítnuta a cit. rozhodnutí Krajského soudu v Brně tak bylo potvrzeno.

Krajský soud v Brně v odůvodnění svého rozsudku uvedl, že podle § 17 písm. a) zákona se musí zadavatelovy požadavky, které je zapotřebí splnit osobami, jež se hodlají zadávacího řízení zúčastnit, promítnout v zadávacích podmínkách. Ty jsou tvořeny podmínkami obsaženými v oznámení zadávacího řízení a v zadávací dokumentaci. Zejména zadávací dokumentace pak musí uchazečům sloužit coby dostatečně konkrétní, jasný, jednoznačný a srozumitelný zdroj informací o tom, jak mají zpracovat své nabídky, neboť zadávací dokumentace podle § 48 odst. 1 zákona vymezuje předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.

Základem zadávací dokumentace je tedy co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky, provedené natolik podrobným, srozumitelným a co do významu jednotlivých údajů jednoznačným způsobem, který umožní samotné sestavení nabídky, její následné transparentní hodnocení a i objektivní přezkoumání tohoto, zda zadavatel hodnotil nabídky takovým způsobem, jakým měl. Na přesnost, srozumitelnost a jednoznačnost údajů obsažených v zadávací dokumentaci je třeba klást klíčový důraz. Ze zadávací dokumentace tedy musí být zcela jednoznačně patrné, v jakých otázkách a jak konkrétně spolu budou nabídky „soutěžit“. V případě, že zadavatel pro zadání veřejné zakázky zvolil kritérium ekonomické výhodnosti nabídky a pokud stanovil jednotlivá dílčí kritéria a jejich váhy, pak tato kritéria a způsob jejich hodnocení musel popsat natolik konkrétně, přesně a srozumitelně, aby se každému z uchazečů dostalo informací téhož materiálního obsahu – a aby následně bylo zřetelně přezkoumatelné, zda zadavatel hodnotil nabídky tak, jak předeslal v zadávacích podmínkách – zejména pak v dostatečně konkrétní míře právě v zadávací dokumentaci. Už při

zpracování nabídky musí být jednotlivým uchazečům zřejmé, podle jakých hodnotících kritérií a jakým konkrétním způsobem budou nabídky hodnoceny, a tedy jak mají být jednotlivé nabídky zpracovány, aby byly při hodnocení „úspěšnými“.

Krajský soud v Brně dospěl k závěru, že nemůže obstát taková dokumentace, z níž zadavatelovy požadavky na zpracování nabídky a následně kritéria pro jejich hodnocení nevyplývají jasně, přesně, srozumitelně a jednoznačně, tj., která připouští rozdílný výklad. Pokud objektivně existuje více možných výkladů týkajících se otázky, co konkrétně a jakým způsobem bude v nabídkách hodnoceno, pak nemůže taková interpretační nejistota stíhat žádného z uchazečů, ale zadavatele samotného.

Ve svém rozhodnutí se cit. Krajský soud v Brně zabýval nejprve klíčovou otázkou, zda v namítaných kritériích „Záruční doba“ a „Plán jakosti ...“ zadávací dokumentace objektivně připouští interpretační nejistotu či nikoliv, tj. zda jsou zadávací podmínky v těchto dílčích kritériích jasnými, přesnými, srozumitelnými a jednoznačnými či nikoliv.

Pokud byla dílčím kritériem „Záruční doba“ a pokud zadavatel v bodě 41.5 sub. 2., stanovil, že bude hodnotit uchazečem nabídnuté záruční doby na dílčí části díla ... „*nad rámeč minimálně požadovaných záručních lhůt stanovených zadavatelem ...*“, pak výklad, který podává navrhovatel, že hodnocen měl být rozdíl mezi uchazečem nabízenou záruční dobou a minimálně požadovanou záruční lhůtou, lze považovat za logický a správný. Ze zadávací dokumentace nevyplývá jednoznačně, že měla být hodnocena celá záruční doba, když Krajský soud v Brně neshledal rozdíl v dikci „záruční doba“ a „záruční lhůta“. Z konkretizace zadavatele toho, co bude hodnoceno (dikce „*délka záruční doby nabídnutá uchazečem*“ a ve vzorci pro bodové hodnocení dikce „*hodnocená délka záruční doby*“), logicky podle Krajského soudu v Brně může vyplývat, že hodnoceno mělo být to, co uchazeč sám nabídl, nikoli to, co musel splnit, aby jeho nabídka byla hodnocena. Pokud zadavatel požadoval minimální záruční dobu, pak se jednalo o zadávací podmínku, jejíž splnění mělo být posuzováno v režimu § 61 odst. 1 zákona. Hodnocena tedy měla být ta část záruční doby, jejíž stanovení bylo v dispozici uchazečů – tedy to, co oni sami zadavateli ve skutečnosti nabídli nad zadavatelův minimální požadavek.

Krajský soud v Brně však považoval za rozhodující to, že objektivně v úvahu mohly přicházet oba rozdílné výklady. Právě pro svou nejednoznačnost nemůže zadávací dokumentace v této části obstát a nemůže být v souladu se zákonem provedení hodnocení nabídek, neboť zadavatel je nehodnotil způsobem, který by měl oporu v zadávacích podmínkách.

Na základě výše uvedeného se orgán dohledu ztotožnil se závěrem Krajského soudu v Brně a konstatuje, že dílčí kritérium „záruční doba“ tak, jak bylo definováno v zadávací dokumentaci, připouštělo dvojí výklad, a proto nebylo stanoveno transparentně.

K postupu zadavatele při hodnocení v dílčím kritériu „plán jakosti...“ cit. Krajský soud v Brně uvedl, že s ohledem na text bodu 47.1 zadávací dokumentace by považoval za jediné udržitelné takový výklad, podle něhož příslušný plán jakosti musel být jednotlivými uchazeči předložen v takové podobě, aby se jednalo o plán zpracovaný na tuto konkrétní veřejnou zakázku – a pak tedy předmětem hodnocení snad mohla být míra „specifikace postupů a souvisejících zdrojů“, které mají být v případě této konkrétní veřejné zakázky použity (bod 41.6, sub 3 zadávací dokumentace). Ani tento text však podle názoru Krajského soudu v Brně nebyl dostatečným návodem ke konkrétnímu způsobu hodnocení.

Za podstatnou však Krajský soud v Brně považoval skutečnost, že pokud měl být předložen „plán jakosti...“ pak se jednalo o zadavatelův požadavek, jenž měl charakter zadávací podmínky, jejíž splnění mělo být posuzováno v režimu § 61 odst. 1 zákona. Nabídka, která by tuto podmínku nesplňovala, by měla být vyřazena již po posouzení podle § 61 odst. 1 zákona a nebyla by (coby nabídka v té době již vyřazená) hodnocena podle § 62 zákona.

Zadavatel však všechny nabídky hodnotil, jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 24.8.2006. Hodnocení i těch nabídek, ohledně kterých bylo konstatováno, že v nich není obsažen plán jakosti aplikovatelný na konkrétní zakázku, sice odpovídá pojetí, podle něhož předmětem hodnocení měla být „míra přizpůsobení konkrétní veřejné zakázce“, takový způsob hodnocení však nevyplývá podle názoru cit. soudu ze zadávací dokumentace. Cit. soud tedy dospěl k závěru, že ani při hodnocení dílčího kritéria „plán jakosti...“ zadavatel nehodnotil nabídky způsobem, který by měl jasnou a srozumitelnou oporu v zadávacích podmínkách. Postup zadavatele tedy nemohl být shledán v souladu se zákonem.

Na základě výše uvedeného se orgán dohledu ztotožňuje se závěrem Krajského soudu v Brně, že nejasnost zadávacích podmínek objektivně vyvolává spor o to, co a jak mělo být v rámci kritéria „plán jakosti...“ hodnoceno, a že hodnocení nabídek zadavatelem v tomto kritériu bylo netransparentní.

Orgán dohledu konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 25 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když v zadávacím řízení nedodržel zásadu transparentnosti, když zveřejnil v oznámení otevřeného řízení při zadávání veřejné zakázky na podkladě ekonomické výhodnosti nabídky netransparentní dílčí kritéria „záruční doba“ a „plán jakosti pro provedení stavby“.

Závěrem orgán dohledu uvádí, že zadavatel pochybil nejméně ve dvou dílčích kritériích, a to „záruční doba“ a „plán jakosti...“, jejichž bodové hodnocení mohlo vzhledem k jejich váhám 20% a 15% činit 0-35 bodů. Jestliže bylo netransparentní již stanovení dílčích kritérií v zadávací dokumentaci, nemohlo být transparentní následné hodnocení nabídek zadavatelem. Vzhledem k malým bodovým rozdílům mezi celkovým bodovým ohodnocením nabídky, která se umístila na prvním místě a nabídky, která se umístila na posledním místě orgán dohledu dospěl k závěru, že netransparentně stanovená kritéria „záruční doba“ a „plán jakosti...“ s váhou celkem 35 % nepochybně mohla podstatně ovlivnit pořadí nabídek.

Zadavatel dne 4.6.2007 uzavřel smlouvu o dílo na realizaci veřejné zakázky

Podle § 102 odst. 1 zákona se právnická osoba nebo fyzická osoba, která je zadavatelem, dopustí správního deliktu mj. tím, že

- a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek,
- b) uzavře smlouvu (§§ 65 a 66) s uchazečem vybraným postupem podle písmene a).

V případě předmětné veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 25 odst. 1 zákona, když zvolil základní kritérium pro zadání veřejné zakázky podle jejího druhu a složitosti v návaznosti na rozsah

požadavků vymezujících předmět veřejné zakázky netransparentně a to zejm. v kritériích hodnocení „záruční doba“ a „plán jakosti pro provedení stavby“, a v ustanovení § 62 odst. 3 zákona, když nabídky v kritériích a to zejm. v kritériích hodnocení „záruční doba“, „smluvní pokuty“ a „podmínky pro provedení stavby“ nehodnotil postupem, který stanoví prováděcí vyhláška, č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti, ve znění pozdějších předpisů, přičemž tyto úkony zadavatele mohly podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

Jelikož zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a následně uzavřel smlouvu s uchazečem, který nebyl vybrán v souladu se zákonem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 102 odst. 1 písm. b) zákona.

Před uložením pokuty orgán dohledu rovněž ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 105 odst. 3 cit. zákona a to, že řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání lze zahájit do 5 let ode dne, kdy bylo spácháno. V daném případě došlo k protiprávnímu jednání zadavatele uzavřením smlouvy o dílo dne 4.6.2007.

Podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikty podle odstavce 1 právnické osobě, která je zadavatelem, uloží pokuta do výše 5 % ceny zakázky, jde-li o správní delikt podle písmene a), b) nebo d) cit. ustanovení zákona. Cena veřejné zakázky činila 21 518 362,- EUR včetně DPH, při kursu 28,5 Kč za 1 EUR podle bodu 8.4. nabídkové ceny cit. smlouvy o dílo tedy 613 273 341,- Kč. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny zakázky) tedy činí 30 663 667,05 Kč, po zaokrouhlení 30 663 667,- Kč.

Podle § 105 odst. 1 zákona orgán dohledu v rámci správního uvážení ohledně výše pokuty přihlédne ke stupni závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal orgán dohledu v úvahu zejména tu skutečnost, že zadavatel již v zadávacích podmínkách nezvolil základní kritérium pro zadání veřejné zakázky a to zejm. v dílčích kritériích hodnocení „záruční doba“ a „plán jakosti pro provedení stavby“ transparentně, přičemž tyto úkony zadavatele podstatně mohly ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

Jako polehčující okolnost vzal orgán dohledu v úvahu, že zadavatel uzavřel předmětnou smlouvu na realizaci veřejné zakázky až po té, co rozhodnutí ve věci č. j. S342/2006-02829/2007/530-Va/AB ze dne 12.2.2007, ve kterém orgán dohledu konstatoval, že zadavatel nesplnil určité povinnosti stanovené zákonem s tím, a že navrhovatelem napadené úkony zadavatele podstatně neovlivnily stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, nabylo právní moci dne 21.5.2007, a toto rozhodnutí bylo Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže č. j. R 082/2007/02-09363/2007/310-Hr ze dne 17.5.2007, potvrzeno, a zadavatel vycházel z předpokladu správnosti svého postupu.

Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť veřejná zakázka již byla realizována a nápravy nelze dosáhnout.

Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k chování, které je se zákonem v souladu. Po uvážení uvedených argumentů orgán dohledu při určení výměry uložené pokuty

preferoval preventivní charakter uložení sankce a proto uložil zadavateli pokutu v dolní polovině zákonem stanovené sazby. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl orgán dohledu tak, jak je uvedeno ve výroku III. rozhodnutí.

Podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2005 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, správní orgán uloží účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti, nahradit náklady řízení paušální částkou. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení (dále jen „vyhláška“), stanoví paušální částku nákladů řízení podle § 6 odst. 1 vyhlášky ve výši 1000 Kč. V § 6 odst. 2 pak vyhláška upravuje možnost zvýšení paušální částky nákladů řízení ve zvláště složitých případech a případech přibrání znalce.

Vzhledem k tomu, že zadavatel vyvolal správní řízení porušením své právní povinnosti (viz výše), rozhodl orgán dohledu v části IV. výroku tohoto rozhodnutí o uložení povinnosti uhradit náklady řízení ve výši podle § 6 odst. 1 vyhlášky, splatné v přiměřené lhůtě, a to do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí, jak je uvedeno v jeho výroku.

Závěrem orgán dohledu poznamenává, že podle § 158 odst. 1 a 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, se zadávání veřejných zakázek, veřejné soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů. Obdobně se postupuje i v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a v řízení o uložení sankce, která byla zahájena po nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo veřejnou soutěž o návrh podle odstavce 1 navazují.

### **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, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníkovi řízení mohl úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Pavel Herman  
ředitel sekce veřejných zakázek

**Obdrží:**

Mgr. Radek Pokorný, advokát, Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha

Mgr. Marian Jeřábek, advokát, Panská 2/4, 602 00 Brno

OHL ŽS, a. s., IČ 46342796, Burešova 938/17, 660 02 Brno

**Na vědomí:**

Vodovody a kanalizace Břeclav, a. s., Čechova 23, 690 11 Břeclav

D.I.S., spol. s r. o., Křižíkova 2960/72, 612 00 Brno

Angerlehner Hoch – und Tiefbau Gesellschaft m. b. H., Obere Landstraße 19, 4055 Pucking,  
Rakousko

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