



UOHSX003DA5Z

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R165/2010/VZ-362/2011/310/EKu

V Brně dne: 11. ledna 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 1. 11. 2010 podaném zadavatelem –

- město **Roudnice nad Labem**, IČ 00264334, se sídlem Karlovo nám. 21, 431 01 Roudnice nad Labem, za něj jedná PharmDr. Josef Bakeš, starosta, ve správním řízení zast. JUDr. Karlem Polákem, advokátem se sídlem Sokolovská 87/95, 186 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S169/2010/VZ-8695/2010/520/ABr ze dne 20. 9. 2010 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Města Roudnice nad Labem, IČ 00264334, se sídlem Karlovo nám. 21, 431 01 Roudnice nad Labem, při zadávání veřejné zakázky „**Revitalizace centra města v památkové zóně Roudnice nad Labem**“, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 13. 2. 2009 pod evidenčním číslem 60028235, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **EUROVIA CS, a. s.**, IČ 45274924, se sídlem Národní třída 10, 113 19 Praha, za niž jedná Ing. Martin Borovka, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupena JUDr. Vladimírem Formánkem, advokátem se sídlem Pařížská 538/198, 400 01 Ústí nad Labem,

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, s přihlédnutím k ustanovení § 90 odst. 1 písm. c) téhož zákona rozhodl takto:

I.

Výrok I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S169/2010/VZ-8695/2010/520/ABr ze dne 20. 9. 2010

p o t v r z u j i

a podaný rozklad v této části

z a m í t á m.

II.

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S169/2010/VZ-8695/2010/520/ABr ze dne 20. 9. 2010

m ě n í m

takto:

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – městu Roudnice nad Labem, IČ 00264334, se sídlem Karlovo nám. 21, 431 01 Roudnice nad Labem – ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **pokuta ve výši 50 000 Kč (padesát tisíc korun českých)**. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Město Roudnice nad Labem, IČ 00264334, se sídlem Karlovo nám. 21, 431 01 Roudnice nad Labem (dále jen „zadavatel“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 13. 2. 2009 pod evidenčním číslem 60028235 oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Revitalizace centra města v památkové zóně Roudnice nad Labem“. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Na základě obdrženého podnětu a vyžádané dokumentace zahájil Úřad ke dni 4. 6. 2010 z moci úřední správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť nabyl pochybnosti, zda zadavatel postupoval při zadání předmětné veřejné zakázky v souladu se zákonem. Nabyl zejména pochybnost, zda nedošlo ke spáchání správního deliktu při stanovení dílčích kritérií ekonomické výhodnosti nabídek, způsobu hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií a při

vlastním hodnocení nabídek uchazečů. Za účastníky správního řízení označil zadavatele a společnost EUROVIA CS, a. s., IČ 45274924, se sídlem Národní třída 10, 113 19 Praha, jejíž nabídka byla vybrána jako nejvhodnější (dále jen „vybraný uchazeč“).

II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 20. 9. 2010 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S169/2010/VZ-8695/2010/520/ABr (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení

- § 44 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na § 6 zákona, neboť v zadávací dokumentaci nestanovil způsob hodnocení nabídek podle dílčích hodnotících kritérií, tj. přidělování bodů podle hodnotících kritérií za rozmezí údajů z nabídek
- § 78 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že stanovil dílčí hodnotící kritérium „záruční podmínky a celková úprava zajištění“ způsobem, který zadavateli při hodnocení nabídek neumožnil dodržet zásadu transparentnosti,
- § 80 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 zákona, když nepostupoval transparentním způsobem a do protokolu z jednání hodnotící komise o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 3. 2009 neuvedl údaje o tom, jak byly jednotlivé nabídky hodnoceny v rámci dílčího hodnotícího kritéria „záruční podmínky a celková úprava zajištění“,

přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel dne 6. 5. 2009 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Za spáchání uvedeného správního deliktu Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 70 000 Kč, splatnou do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

4. Orgán dohledu se v odůvodnění citovaného rozhodnutí nejprve vyjádřil ke způsobu stanovení hodnotících kritérií ekonomické výhodnosti nabídek a způsobu jejich hodnocení. S odkazem na §§ 6, 44 odst. 3 písm. f), § 78 odst. 1 zákona a bod 1.8. zadávací dokumentace s názvem „Kritéria hodnocení nabídek“ a bodu 1.9.3. „Všeobecné obchodní podmínky“, dospěl k závěru, že záměrem zadavatele v rámci hodnotícího kritéria „záruční podmínky a celková úprava zajištění“ bylo hodnocení záruční lhůty na jakost dodávky jako celek i její jednotlivé části, přičemž zadavatel projevil vůli hodnotit celkovou záruční lhůtu podle nejkratší záruční lhůty na její komponenty. Současně v zadávací dokumentaci určil počátek běhu záruční doby (bod 1.9.3. zadávací dokumentace), kdy uvedl, že „(...) počátek běhu záruční doby počne dnem předání posledního z dílčích úkonů předmětu zakázky (...)“ a dále požadoval, aby uchazeči uvedli v návrhu smlouvy lhůty k posouzení oprávněnosti vad a termín jejich odstranění. K tomu Úřad uvedl, že zadavatel svoje požadavky na záruku za jakost určil, a to jak v části, která se týká hodnotícího kritéria „záruční podmínky a celková úprava zajištění“, tak v části zadávací dokumentace týkající se požadavků na náležitosti návrhu smlouvy o dílo. Navíc pojem "záruka za jakost" je upraven v ustanovení § 429 an. a v § 560 an. zákona č. 513/1991 Sb. obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“), takže uchazeči mohli mít částečně určitou představu, co bude předmětem této části hodnotícího kritéria. K části hodnotícího kritéria „celková úprava zajištění“ Úřad dospěl k závěru, že údaje, které budou předmětem hodnocení, zadavatel v zadávací dokumentaci nikde neurčil. Pojem zajištění závazků je sice obecně upraven

v oddílu pátém § 544 an. zákona č. 40/1964 Sb. občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále též jen „občanský zákoník“) a pro obchodní vztahy ještě v obchodním zákoníku, jedná se však o institut značně různorodý, navíc existují ještě další zajišťovací instrumenty neupravené výše uvedenými předpisy. Uchazeči tedy nemohli mít dostatečnou představu, který ze zajišťovacích instrumentů má pro zadavatele význam a jaká je jeho důležitost pro zadavatele. K zajišťovacímu instrumentu, kterým je i smluvní pokuta, bylo v napadeném rozhodnutí uvedeno, že smluvní pokuta může obecně sloužit k zajištění plnění různých závazků a taktéž konstrukce její výše může být různá. Jestliže zadavatel neurčí předem, jaké závazky upřednostňuje zajistit smluvní pokutou, nelze vyloučit, že uchazeči budou mít různé představy o důležitosti jednotlivých aspektů plnění, a nebudou proto předem moci přizpůsobit svou nabídku potřebám zadavatele. Při postupu zadavatele, kdy zadavatel neurčí předem, jaké smluvní pokuty bude hodnotit, může vzniknout i situace, že uchazeči navrhnou různé konstrukce smluvních pokut, které budou nesrovnatelné. Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel netransparentním způsobem stanovil obsah dílčího hodnotícího kritéria „záruční podmínky a celková úprava zajištění“, a tím porušil § 78 odst. 4 zákona a v návaznosti na § 6 zákona.

5. V další části odůvodnění napadeného rozhodnutí orgán dohledu dospěl k závěru, že zadavatel nestanovil způsob hodnocení nabídek podle kritéria ekonomické výhodnosti předem. Neuvedl, zda bude porovnávat nabídky podle pořadí nebo podle nabízených hodnot. Podle dříve platného zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, byl způsob hodnocení nabídek částečně specifikován v prováděcí vyhlášce č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické vhodnosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška“), kde byla uvedena bodovací stupnice a způsob hodnocení nabídek zejm. u počítatelných dílčích kritérií. Protože nyní platný zákon postup hodnocení nabídek neupravuje, ani tento postup není upraven vyhláškou, je zadavatel podle § 44 odst. 3 písm. f) zákona povinen stanovit způsob hodnocení v zadávací dokumentaci. Jestliže zadavatel způsob hodnocení nabídek předem neupraví, nemůže tento nedostatek odstranit hodnotící komise. Vzhledem k tomu, že zadavatel porušil ustanovení zákona již při stanovení způsobu hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií, mohl jeho postup podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Netransparentní stanovení hodnotících kritérií a způsobu hodnocení nabídek se odrazilo i v netransparentním hodnocení nabídek.
6. S odkazem na § 80 odst. 1 zákona a na obsah protokolu o posouzení a hodnocení nabídek dospěl Úřad k závěru, že jestliže se zadavatel rozhodne pro způsob hodnocení nabídek podle ekonomické výhodnosti, měl by dbát především na vymezení základních, rozhodujících požadavků tak, aby celkový počet dílčích kritérií byl přiměřený rozsahu veřejné zakázky a umožňoval přehledné a jednoznačné hodnocení nabídek a byl v souladu s § 6 zákona. Takto stanovená kritéria hodnocení nabídek jsou závazná pro zadavatele i pro hodnotící komisi. Hodnocení nabídek je klíčovým prvkem v procesu výběru nejvhodnější nabídky, a proto je na ně kladen velký význam, a to nejen ze strany dodržení formálního postupu, ale i co do objektivit hodnocení. Hodnocení musí být tudíž zadavatelem zpracováno dostatečně transparentně a musí být průkazné, aby bylo možno je přezkoumat. Ani správný matematický výpočet vah netransparentně přidělených bodů nečiní hodnocení nabídek

transparentním. Jestliže protokol z jednání o posouzení a hodnocení nabídek, včetně příloh, neobsahuje transparentní údaje o tom, jak byly jednotlivé nabídky hodnoceny v rámci dílčích kritérií, není patrné, jak zadavatel hodnocení provedl a předmětnou listinu, na jejímž základě by mohl zadavatel rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky, nelze proto považovat za zpracovanou v souladu se zákonem. Zadavatel tak při výběru ekonomicky nejvhodnější nabídky nepostupoval transparentně, neboť nelze zjistit, které konkrétní skutečnosti vedly zadavatele k závěru, že konkrétní nabídka je pro zadavatele podle dílčích kritérií ekonomicky nejvýhodnější, a jeho postup je tedy nepřezkoumatelný. Úřad proto konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 80 odst. 1 zákona, když do protokolu z jednání hodnotící komise o posouzení a hodnocení nabídek neuvedl údaje o tom, jak byly jednotlivé nabídky hodnoceny v rámci dílčích hodnotících kritérií, resp. důvody, proč ta která nabídka obdržela příslušný počet bodů. Zvláště je tato netransparentnost patrná v kritériích (subkritériích), která nejsou vyjádřitelná numerickou formou.

7. K navrhovanému důkazu výsledku svědků, kdy členové hodnotící komise a zástupci vybraného uchazeče by měli objasnit nejasnosti v zadávací dokumentaci, Úřad uvádí, že pro posouzení jednoznačnosti údajů v zadávací dokumentaci je rozhodující vlastní text zadávací dokumentace, a to v celém kontextu. Na základě těchto skutečností se jeví navrhovaný důkaz výsledkem svědků jako bezpředmětný, neboť zadavatelem neuvedené požadavky nelze zjistit dodatečně výpovědí navržených svědků, neboť pro zjištění obsahu hodnotících kritérií jsou rozhodující údaje, které zadavatel výslovně uvedl v zadávací dokumentaci. O tom, že dílčí hodnotící kritéria nebyla dostatečně specifikována svědčí i vznesené námitky dvou uchazečů.
8. Co se týče sankce za spáchaný správní delikt, s odkazem na § 120 odst. 2 písm. a) a § 121 odst. 2 a 3 zákona Úřad uvedl, že za spáchaný správní delikt může být zadavateli uložena pokuta, až do výše 1 998 957 Kč. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu přitěžující okolnost, že netransparentní postup zadavatele zasáhl celý proces zadávacího řízení, tj. stanovení dílčích kritérií ekonomické výhodnosti nabídek, způsobu hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií a rovněž vlastní hodnocení nabídek, přičemž nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, potenciální uchazeči, kteří podali nabídky v předmětném řízení, mohli nabídnout výhodnější podmínky. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu zejména polehčující okolnost, že se jednalo o první pochybení zadavatele, a že zadavatel přistoupil k uzavření smlouvy o dílo s vybraným uchazečem potom, co zjistil, že žádný z uchazečů, který podal námitky, nepodal návrh na zahájení správního řízení. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele a s odkazem na judikaturu Ústavního soudu zkoumal, zda pokuta nemůže mít pro zadavatele likvidační účinky. Z rozpočtu zadavatele na rok 2010 uvedeného na jeho internetových stránkách Úřad zjistil, že na straně příjmů na rok 2010 je uvedena částka 203 971 000 Kč a na straně výdajů na rok 2010 je uvedena částka 271 545 000 Kč s tím, že rozdíl mezi příjmy a výdaji je hrazen z vlastních prostředků zadavatele a z úvěrů. Vzhledem k této skutečnosti Úřad pokutu jako likvidační neshledal, neboť výše pokuty činí 0,03 % jeho příjmů, v čemž akcentoval preventivní funkci pokuty.

III. Námitky rozkladu

9. Zadavatel v podaném rozkladu předně konstatuje, že vydané rozhodnutí je z procesního hlediska nezákonné, neboť bylo vydáno na základě nedostatečně zjištěného skutkového stavu věci a nerespektovalo zásadu slyšení účastníků. Účastníkům měla být dána možnost vyjádření se k předmětu řízení, k jeho podkladům, ke skutkovému a právnímu hodnocení věci a k užití správního uvážení, aby mohli navrhnout důkazy. Nebyla respektována ani zásada materiální pravdy, tj. povinnosti zjistit stav věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti. Konečně nedostál Úřad ani zásadě svědomitosti, tj. danou věcí se nezabýval řádně. Přestože zadavatel ve správním řízení sám aktivně vystupoval a navrhl důkazy svědeckými výpověďmi konkrétních svědků, nedočkal se tento návrh žádné odezvy (pouze okrajově v odstavcích 14. a 43. napadeného rozhodnutí). Tím byla porušena práva zadavatele coby účastníka řízení, neboť mu bylo fakticky odepřeno zdůvodnění jeho kroků. Přesto Úřad s některými námitkami zadavatele souhlasil; u jiných však vedl polemiku čistě lingvistického charakteru, která se v kontextu neprovedených důkazů jeví jako spekulativní.
10. K porušení § 44 odst. 3 písm. f) zákona zadavatel uvádí, že výrok je naprosto nepřezkoumatelně odůvodněn v rámci bodů 19. až 33. a jeho odůvodnění je smíšeno s odůvodněním výroku druhého. Zadavatel nesouhlasí se závěrem Úřadu a trvá na tom, že uvedl způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií a detailně popsal, jak bude fakticky provedeno. To ostatně konstatoval i Úřad v bodu 22. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Odůvodnění je tedy vnitřně rozporné a neodpovídá výroku. Úřad si navíc ustanovení § 44 odst. 3 písm. f) zákona vykládá extenzivně; toto ustanovení nestanoví, co se rozumí pod pojmem „dílčí kritérium“ a hovoří pouze o „hodnotícím kritériu“ a o povinnosti zadavatele jej stanovit a zároveň stanovit i bodové rozpětí, v rámci něhož bude jednotlivým nabídkám možné přiřadit konkrétní hodnotu podle validity splnění. Zadavatel taktéž odmítá, že by došlo k porušení § 6 zákona. Pokud orgán dohledu argumentuje, že o nedostatečně určitosti dílčích kritérií hovoří námitky vznesené dvěma uchazeči, dodává zadavatel, že čtyři uchazeči naopak námitky nepodali vůbec, z čehož lze dovodit, že považovali výběrové řízení za zcela zákonné. Úřad v napadeném rozhodnutí ani nezmínil, co bylo předmětem uvedených námitek, což svědčí o jeho laxnosti. V tomto směru je tedy skutkový stav zjištěn nedostatečně a rozhodnutí je nepřezkoumatelné.
11. Ke konstatovanému porušení § 78 odst. 4 zákona, v návaznosti na § 6 zákona, zadavatel namítá, že z nepřezkoumatelného odůvodnění (viz body 19 až 33) napadeného rozhodnutí není zřejmé, zda Úřad dospěl k závěru, že zadavatel zvolil jako základní hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky (viz bod 29). Tato nejednoznačnost má za následek nepřezkoumatelnost v tom smyslu, že Úřad pracuje pouze s kategorickým závěrem, ale o nic ho neopírá. Z důvodu procesní opatrnosti však zadavatel tvrdí, že i samotné obsahové posouzení dílčího kritéria „záruční podmínky a celková doba zajištění“ není podle práva. Povinností zadavatele je pouze stanovit dílčí hodnotící kritéria, což bylo ze strany zadavatele prokazatelně učiněno a sám Úřad to potvrzuje v bodě 22 odůvodnění. Zadavatel tak nemohl spáchat správní delikt porušením § 78 odst. 4 zákona.
12. K porušení § 80 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 zákona zadavatel podotýká, že v rozhodnutí absentuje, co z první věty citovaného ustanovení měl zadavatel porušit, neboť

výrok nekoresponduje s tím, co má být dle § 80 odst. 1 zákona zadavatelem plněno a skutkové vymezení výroku jde zcela mimo rámec znění zákona. I tento výrok je proto nepřezkoumatelný. Pokud má Úřad na mysli „údaj o tom, jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých kritérií“, resp. „popis způsobu hodnocení zbývajících nabídek s odůvodněním“, pak k tomu zadavatel uvádí, že tato podmínka byla splněna, neboť zadavatel u každého uchazeče uvedl, kolik bodů jeho nabídce přiděluje (viz body 36 až 37 odůvodnění). V otázce transparentnosti pak nelze ve vztahu k tomuto výroku vůbec hovořit, neboť nikde není zákonem předepsáno, aby zpráva o posouzení nabídek obsahovala údaj o tom, jak byly nabídky hodnoceny a aby z ní vyplývalo, proč právě ta konkrétní nabídka získala v daném kritériu určitý počet bodů. Úřad tedy i v tomto případě překračuje ve svém výkladu zákonné meze, v rámci nichž by se o porušení zákona dalo hovořit leda v případě, že by zadavatel některé nabídce nepřidělil body za určité kritérium a nezapsal je do hodnotící zprávy. Celé odůvodnění výroku o porušení § 80 odst. 1 zákona tak je postaveno na nesprávně zjištěných skutkových závěrech a na závěrech překračujících zákonné meze.

13. Z výše uvedených důvodů nelze uložit ani pokutu, jak Úřad učinil ve výroku II. napadeného rozhodnutí. I přesto má zadavatel zato, že při stanovení výše pokuty a hodnocení okolností, které vedly k jejímu stanovení, nebylo postupováno v souladu se zákonem. S odkazem na ustálenou rozhodovací praxi Úřadu (rozhodnutí ze dne 4. 11. 2005, č. j. VZ/S 164/05-153/5158/05-Kr) pokládá zadavatel uloženou pokutu za nepřiměřenou, neboť v tomto případě nedošlo k tomu, že by zadavatel podle zákona nepostupoval vůbec, ale došlo k porušení tří jeho ustanovení. Kromě toho Úřad vzal jako přitěžující okolnost znak skutkové podstaty, a tedy jednu skutečnost zadavateli přičetl k tíži dvakrát, naopak některé polehčující okolnosti nevyhodnotil vůbec. Při určení výše pokuty tak orgán dohledu nepostupoval podle § 121 odst. 2 zákona a nepřihlédl ke způsobu spáchání deliktu a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Dále Úřad vůbec nevzal v úvahu skutečnost, že u zadavatele proběhla v srpnu 2010 veřejnoprávní kontrola ve smyslu § 13 odst. 1 zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole, ve znění pozdějších předpisů, a to ze strany Regionální rady regionu soudržnosti Severozápad. Nedostatky zjištěny nebyly a žádná opatření k nápravě nebyla stanovena. Přesto nevzal Úřad výsledky kontroly v úvahu, a proto jeho rozhodnutí stojí na vadně zjištěném skutkovém a právním základě, a tudíž je nezákonné.
14. Zadavatel tedy závěrem svého rozkladu požaduje, aby předseda Úřadu buď věc znovu náležitě přezkoumal, nebo aby napadené rozhodnutí změnil tak, že se zadavatel porušení zákona nedopustil.

IV. Řízení o rozkladu

15. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S169/2010/VZ-16481/2010/520/ABr ze dne 5. 11. 2010 vybranému uchazeči lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. Vybraný uchazeč ve svém stanovisku ze dne 9. 11. 2010 vyjadřuje přesvědčení o správnosti a zákonnosti postupu zadavatele, stejně jako nepochybuje o úplnosti zákonnosti a správnosti zadávací dokumentace.

16. Správní orgán prvního stupně 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 § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
17. 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.
18. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S169/2010/VZ-8695/2010/520-ABr ze dne 20. 9. 2010 rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 44 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na § 6 zákona, neboť v zadávací dokumentaci nestanovil způsob hodnocení nabídek podle dílčích hodnotících kritérií, tj. přidělování bodů podle hodnotících kritérií za rozmezí údajů z nabídek, v § 78 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že stanovil dílčí hodnotící kritérium „záruční podmínky a celková úprava zajištění“ způsobem, který zadavateli při hodnocení nabídek neumožnil dodržet zásadu transparentnosti, a dále v § 80 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 zákona, když nepostupoval transparentním způsobem a do protokolu z jednání hodnotící komise o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 3. 2009 neuvedl údaje o tom, jak byly jednotlivé nabídky hodnoceny v rámci dílčího hodnotícího kritéria „záruční podmínky a celková úprava zajištění“, přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel dne 6. 5. 2009 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
19. Pokud však jde o výši pokuty, která byla napadeným rozhodnutím za uvedený správní delikt uložena, dospěl jsem k pochybnostem, zda lze její výši považovat za přiměřenou závažnosti správního deliktu, zejména způsobu jeho spáchání a jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán. Z uvedeného důvodu jsem přistoupil ke změně napadeného rozhodnutí (resp. jeho výroku II.), neboť současná právní úprava obsažená ve správním řádu dovoluje napadené rozhodnutí změnit, pokud se tím plně vyhoví všem rozkladům a jestliže tím nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků, ledaže s tím všichni, jichž se to týká, vyslovili souhlas. Obě tyto podmínky považuji za splněné.

V. K námitkám rozkladu

20. K otázce spáchání správního deliktu zadavatelem uvádím, že zadavatel v podaném rozkladu opětovně nesouhlasí se závěrem orgánu dohledu, podle něhož nestanovil způsob hodnocení nabídek podle dílčích hodnotících kritérií, tj. neurčil způsob přidělování bodů v jednotlivých hodnotících kritériích za rozmezí údajů z nabídek, dále podle něhož stanovil dílčí hodnotící kritérium „záruční podmínky a celková úprava zajištění“ způsobem, který zadavateli při hodnocení nabídek neumožnil dodržet zásadu transparentnosti, a podle něhož nepostupoval transparentním způsobem a do protokolu z jednání hodnotící komise o posouzení a hodnocení nabídek neuvedl údaje o tom, jak byly jednotlivé nabídky hodnoceny v rámci

dílčího hodnotícího kritéria „záruční podmínky a celková úprava zajištění“. Argumentace zadavatele v rozkladu se však z velké části shoduje s argumentací, kterou již přednesl v prvostupňovém správním řízení, přičemž se všemi jím namítanými skutečnostmi se Úřad dostatečně a podrobně vypořádal v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Podaný rozklad tedy do věci nepřináší nic nového (a to ani z hlediska skutkového, ani z hlediska právního) a alespoň pokud jde o závěry Úřadu týkající se odpovědnosti zadavatele za spáchání správního deliktu, není způsobilý závěry napadeného rozhodnutí zvrátit.

21. K namítanému procesnímu pochybení – nerespektování zásady slyšení účastníků, která ve svém důsledku vedla k porušení zásady svědomitosti a materiální pravdy, souhlasně uvádím, že navrhovaný důkaz výsledkem slyšení svědků nebyl proveden proto, že pro posouzení nejasnosti zadávací dokumentace bylo rozhodující a dostačující zohlednění jejího znění, dodatečné vysvětlení členů hodnotící komise by na jeho posouzení stěží mohlo něco změnit, a tudíž je irelevantní. Způsob hodnocení nabídek musí být každému patrný již po pouhém přečtení textu zadávací dokumentace. Interpretační nejistota zadávací dokumentace tak stíhá jedině zadavatele, v žádném případě však potenciální uchazeče. Kromě toho ve fázi podání nabídek není uchazečům vysvětlení hodnotící komise k dispozici, a tudíž není pro posouzení věci rozhodné, zda představu o tom, co bude v rámci hodnotícího kritéria „záruční podmínky a celková úprava zajištění“ hodnoceno, mají členové hodnotící komise. To ale současně nic nemění na tom, zda této představě byla dána slovní podoba v zadávací dokumentaci (resp., že se tak mělo stát, ale nestalo). S odkazem na § 52 správního řádu dodávám, že správní orgán není vázán návrhy účastníků na provedení důkazů, vždy však provede důkazy, které jsou potřebné ke zjištění stavu věci. Vzhledem k tomu, že veškeré potřebné informace byly dostupné z předložené zadávací dokumentace, a dále vzhledem k tomu, že z podaného rozkladu nevyplývá, jaké skutečnosti by mohly být na základě ústního jednání zjištěny nad rámec těch, které již ve správním řízení vyšly najevo, neshledal jsem v postupu orgánu dohledu žádné pochybení.
22. Ke stanovení způsobu hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií a k přidělování bodů podle hodnotících kritérií za rozmezí údajů z nabídek, uvádím, že podle dříve platné právní úpravy zákonem č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, byl způsob hodnocení nabídek částečně upraven v jeho prováděcí vyhlášce. V naposledy citované vyhlášce byla uvedena bodovací stupnice a způsob hodnocení nabídek zejména u matematicky vyjádřitelných dílčích hodnotících kritérií. Nyní platný zákon však žádný takový způsob nestanoví a neexistuje ani žádná vyhláška, která by metodu hodnocení nabídek blíže upravovala. Z tohoto důvodu nezbývá než trvat na tom, aby zadavatel stanovil způsob hodnocení v zadávací dokumentaci, jak výslovně požaduje § 44 odst. 3 písm. f) zákona, a to zvláště tehdy, přiděloval-li body v rozporu se zásadami matematické logiky. U matematicky vyjádřitelných hodnotících kritérií je totiž netransparentní, když uchazeč předem neví, že za různé údaje v nabídkách může obdržet stejný počet bodů. Pokud by uchazeč o této skutečnosti věděl, nepochybně by mohl svou nabídku konstruovat jinak, a tím docílit její vyšší konkurenceschopnosti a příznivějšího hodnocení. Nelze proto ani vyloučit, že by transparentnější vymezení způsobu hodnocení podaných nabídek nemohlo vést k výběru zcela jiné nabídky. Neztotožňuji se tedy s názorem, že Úřad věc posuzoval v optice nepřípustně extenzivního výkladu, a naopak jsem přesvědčen, že závěr Úřadu o tom, že

postup zadavatele mohl mít vliv na zásadu rovnosti uchazečů, kterou požaduje § 6 zákona, je správný. Z hlediska přezkumu je rovněž irelevantní, kolik uchazečů v daném případě (ne)podalo námitky a jakého obsahu.

23. K ustanovení § 78 odst. 4 zákona zadavatel v rozkladu uvedl, že dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky a že jimi mohou kromě nabídkové ceny být zejména kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické, funkční a jiné vlastnosti, vlastnosti z hlediska vlivu na životní prostředí, provozní náklady a jejich návratnost, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení, a že s ohledem na tento výčet trvá na tom, že dílčí hodnotící kritérium „záruční podmínky a celková úprava zajištění“ stanovil v souladu se zákonem. K tomu uvádím, že stejně jako zadavatel musí v zadávací dokumentaci uvést, jaké kvalitativní parametry bude hodnotit, jaká technická úroveň má pro něj význam, které provozní náklady bude hodnotit, atp., musí také specifikovat, které údaje z nabídek učiní v rámci kritéria „záruční podmínky a celková úprava zajištění“ za rozhodující. Tedy, zda bude hodnotit zajištění termínu, kvality předmětu plnění, včasné odstraňování vad např. smluvní pokutou, bankovní zárukou, jinými zajišťovacími instituty, atp. Jestliže zadavatel předem nestanovil, který zajišťovací institut pro něj má význam, nemohla tento nedostatek odstranit hodnotící komise, i když se zadavatel s jejím rozhodnutím ztotožnil. Tento nedostatek zadávací dokumentace mohl stejně jako v předchozím případě ovlivnit způsob konstrukce nabídek, a tedy potažmo jejich hodnocení a výsledné pořadí. Konečně, pokud v rozkladu zadavatel Úřadu vytýká, že jeho rozhodnutí je nepřezkoumatelné, protože z jeho odůvodnění není zřejmé, zda dospěl k závěru, že zadavatel považoval za zvolené hlavní hodnotící kritérium „ekonomickou výhodnost nabídky“, jsem nucen konstatovat, že se mi tato část rozkladové argumentace nejeví jako příliš srozumitelná a není zřejmé, proč se zadavatel v rozkladu zaměřil na skutečnost, o které v průběhu celého správního řízení nebylo pochyb (viz např. bod IV.2.1 oznámení o zadání veřejné zakázky, v němž je jako kritérium zadání uvedeno „hospodářsky nejvýhodnější nabídka z hlediska kritérií uvedených níže“).
24. Konečně k náležitostem protokolu o posouzení a hodnocení nabídek uvádím, že požadavek Úřadu, aby zpráva o posouzení a hodnocení nabídek obsahovala údaje o tom, jak byly nabídky hodnoceny v rámci dílčích kritérií, tj. takové údaje, ze kterých bude patrné, proč právě ta konkrétní nabídka získala určitý počet bodů, z jakého důvodu byly přidělovány body za rozmezí nabízených hodnot a jak se tedy nabídky ve světle provedeného hodnocení liší, rámec zákona nepřekračuje a naopak v sobě reflektuje základní zásady uvedené v § 6 zákona, v jejichž kontextu je nutné nahlížet i na § 80 odst. 1 zákona. Zákonná norma nemůže postihnout všechny situace, které mohou při její aplikaci nastat, proto je nutné její jednotlivá ustanovení vykládat v souladu se základními zásadami. Aplikace zásady transparentnosti v případě § 80 odst. 1 zákona znamená, že i když jsou ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek uvedeny údaje o výši přidělených bodů jednotlivým nabídkám, je nutné uvést i takové údaje, které v podrobnostech objasní důvody, proč hodnotící komise konkrétní počty bodů nabídkám přidělila. Jestliže z protokolu o posouzení a hodnocení nabídek naposledy uvedené skutečnosti nebylo možné vyčíst, postup zadavatele požadavkům transparentnosti nedostál a tak jej nebylo možné ani přezkoumat. Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek je základním dokumentem z hlediska

přezkoumatelnosti postupu hodnotící komise, resp. zadavatele. Hodnotící komise uvede ve zprávě zákonem požadované náležitosti, přičemž je nezbytné věnovat zvýšenou pozornost zejména údajům o hodnocení nabídek v rámci dílčích hodnotících kritérií, která nejsou matematicky vyjádřitelná. Tento dokument slouží nejen zadavateli, aby mohl přezkoumat postup hodnotící komise, ale také uchazečům, pro které je základním zdrojem informací o celém procesu posuzování a hodnocení nabídek. Tento závěr není nijak překvapivý a plně odpovídá dosavadní rozhodovací praxi Úřadu.

25. Jakkoliv tedy není pochyb o odpovědnosti zadavatele za spáchání výše uvedeného správního deliktu, důvodem změny výroku II. napadeného rozhodnutí je výše uložené pokuty. Přestože jádrem argumentace zadavatele je odkaz na dříve přijaté rozhodnutí Úřadu, z něhož zadavatel vyvozuje přílišnou tvrdost trestání, zmiňuje se v rozkladu také o nedostatečném posouzení výše pokuty z hlediska § 121 odst. 2 zákona, o záměně přitěžujících okolností a znaků skutkové podstaty a opomenutí okolností polehčujících.
26. Co se týče srovnání rozhodnutí orgánu dohledu č. j. VZ/S 164/05-153/5158/05-Kr ze dne 4. 11. 2005, jsem toho názoru, že není zcela na místě, a to hlavně proto, že zadavatel zcela opomíjí rozdílnou horní hranici maximální možné pokuty. Zatímco v přezkoumávaném případě činila pokuta pouhých cca 3,5 % z nejvyšší možné sazby, v případě posledně označeného rozhodnutí ze dne se jednalo o cca 42 % maximální výše pokuty (zadavateli v tomto případě vznikl peněžitý závazek ve výši 3 488 400 Kč, pokuta uložená dle zákona č. 199/1994 Sb. činila 15 000 Kč). Jsem tedy přesvědčen, že ve věci, na kterou zadavatel analogicky odkazoval, orgán dohledu nepochybně vzal při rozhodování o výši pokuty v úvahu tu skutečnost, že šlo o postup zcela mimo režim zákona, a proto jej také sankcionoval podstatně tvrději, než v případě přezkoumávaném.
27. Dále uvádím, že jako polehčující okolnost nelze vzít v úvahu výsledek finanční kontroly jiným subjektem, jak zadavatel argumentuje, neboť finanční kontrola se primárně zaměřuje na jiné aspekty zadavatelovy činnosti, jakkoli s veřejnou zakázkou souvisejí (zejména její finanční a faktickou stránku). Regionální rada regionu soudržnosti Severozápad, resp. její úřad, není oprávněn přijímat jakékoli závěry týkající se tohoto zákona; pokud by se tak stalo, jednalo by se o překročení její pravomoci a působnosti, a tím pádem o rozhodnutí nicotné.
28. Uvádí-li dále zadavatel, že Úřad nezákonně jako přitěžující okolnost pojímá znaky skutkové podstaty, jedná se o tvrzení obecné, bez návaznosti na konkrétní text odůvodnění napadeného rozhodnutí. Z tohoto důvodu postrádám jistotu ohledně toho, které konkrétní znaky skutkové podstaty Úřad za přitěžující okolnosti pojal, resp. na základě které části odůvodnění dospěl zadavatel k tomuto názoru. S ohledem na odůvodnění napadeného rozhodnutí přichází v úvahu pouze konstatování, že netransparentní postup zadavatele zasáhl celý proces zadávacího řízení, tj. jak stanovení dílčích hodnotících kritérií a způsobu jejich hodnocení, tak provedení hodnocení nabídek. V tomto případě se však nejedná o znaky skutkové podstaty, nýbrž o konkrétní okolnosti případu, zejména způsob spáchání správního deliktu a jeho následky, tj. o skutečnosti uvedené v § 121 odst. 2 zákona. V této části rozkladu tak zadavateli nelze přisvědčit.

29. Důvod, pro který jsem se rozhodl uloženou pokutu přiměřeně snížit, je ten, že bytí správní orgán prvního stupně pokutu uložil v rámci zákonného rozpětí, při správní úvaze nedostatečně přihlédl k relevantním polehčujícím okolnostem a k míře přiměřenosti výše uložené pokuty vzhledem k ekonomické situaci zadavatele. Kromě toho, že se jedná o první porušení zákona zadavatelem, jsem na rozdíl od orgánu dohledu vzal v úvahu, že rozpočet zadavatele pro rok 2010 byl již v době vydání napadeného rozhodnutí (tj. ve třetí čtvrtině roku 2010) schodkový. Přihlédl jsem přitom k nálezu Ústavního soudu č. 405 uveřejněnému ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb., podle něhož je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Bytí nemám, stejně jako orgán dohledu, zato, že by uložení pokuty mohlo samo o sobě vést k likvidaci zadavatele, dospěl jsem k závěru, že sankce by neměla vést k prohloubení ekonomických potíží zadavatele, zvláště, je-li akcentována preventivní funkce pokuty, tj. zamezení dalším porušení zákona. Veden touto stěžejní myšlenkou jsem přesvědčen, že preventivní funkci může v tomto případě plnit i pokuta nižší. V rámci volné úvahy a s přihlédnutím k námitkám účastníka řízení vzneseným v rozkladu jsem proto výši uložené pokuty poměrně snížil na 50 000 Kč.

VI. Závěr

30. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že pokuta uložená napadeným rozhodnutím byla nepřiměřeně vysoká, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí a to v části uložené pokuty, proto jsem rozhodl o jejím snížení.
31. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUDr. Karel Polák, advokát, Sokolovská 87/95, 186 00 Praha
2. JUDr. Vladimír Formánek, advokát, Pařížská 538/198, 400 01 Ústí nad Labem

Vypraveno dne:

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