



UOHSX001T7CR

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S89,90/2010/VZ-9424/2010/520/JHI

V Brně dne: 18. října 2010

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve spojeném správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S89,90/2010/VZ, zahájeném dne 18. 3. 2010 na návrh, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Mariánské Lázně, IČ 00254061, Ruská 155, 353 01 Mariánské Lázně, zast. Zdeňkem Králem, starostou,
- navrhovatel – EUROVIA CS, a. s., IČ 45274924, Národní 10, 113 19 Praha 1, za niž jedná na základě plné moci ze dne 10. 12. 2009 Ing. Antonín Rybáček, zaměstnanec společnosti,
- navrhovatel – sdružení společností:
  - Gardenline s. r. o., IČ 27263827, se sídlem Šeříkova 405/13, 412 01 Litoměřice, za niž jedná Ing. Miloš Náprstek, jednatel,
  - LESS & FOREST s. r. o., IČ 27106632, se sídlem Bohdaneč 136, Bohdaneč 285 25, za niž jedná Ing. Jan Mičánek, jednatel,

které podaly společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 14. 12. 2009, a které jsou zastoupeny Mgr. Tomášem Uherkem, advokátem advokátní kanceláře STRÁNSKÝ a PARTNEŘI, se sídlem Jandova 8, 190 00 Praha, na základě plné moci ze dne 25. 2. 2010,

- vybraný uchazeč – společnosti:
  - THERMIA-BAU a. s., IČ 25219740, Česká 1, 360 18 Karlovy Vary – Tašovice, za niž jedná Ing. Petr Vorel, předseda představenstva, a Vlastimil Balcar, člen představenstva,

- ALGON, a. s., IČ 28420403, Čsl. Armády 19, 253 01 Hostivice, za niž jedná Václav Nohejl, předseda představenstva,

kteřé podaly společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 11. 12. 2009, a které jsou ve správním řízení na základě plné moci ze dne 12. 4. 2010 zastoupeny Ing. Jiřím Sárrou, ředitelem společnosti THERMIA-BAU a. s.,

ve veřejné zakázce „Vybudování zóny klidu“, zadávané podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo zveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 27. 11. 2009 pod ev. č. 60039117,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Mariánské Lázně, IČ 00254061, Ruská 155, 353 01 Mariánské Lázně – nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 v návaznosti na § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů tím, že požadavky zadavatele na zpracování nabídky, týkající se hodnotícího kritéria č. 3 v čl. 29.3 zadávací dokumentace, nebyly v zadávací dokumentaci specifikovány v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 citovaného zákona o veřejných zakázkách **ruší zadávací řízení veřejné zakázky** "Vybudování zóny klidu".

III.

Správní řízení ve věci návrhu navrhovatele Gardenline s. r. o., IČ 27263827, se sídlem Šeříkova 405/13, 412 01 Litoměřice a LESS & FOREST s. r. o., IČ 27106632, se sídlem Bohdaneč 136, Bohdaneč 285 25, v částech, které se týkají nesrozumitelnosti čl. 5.4 zadávací dokumentace a nepřiměřenosti smluvní pokuty, Úřad podle § 114 odst. 3 citovaného zákona o veřejných zakázkách zastavuje, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

IV.

Správní řízení ve věci návrhu navrhovatele EUROVIA CS, a. s., IČ 45274924, Národní 10, 113 19 Praha 1, Úřad podle § 114 odst. 3 citovaného zákona o veřejných zakázkách, zastavuje, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

V.

Podle § 119 odst. 2 zákona citovaného zákona o veřejných zakázkách, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – město Mariánské Lázně, IČ 00254061, Ruská 155, 353 01 Mariánské Lázně – ukládá uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

## ODŮVODNĚNÍ

1. Město Mariánské Lázně, IČ 00254061, Ruská 155, 353 01 Mariánské Lázně, zastoupené Zdeňkem Králem, starostou (dále jen "zadavatel"), uveřejnilo v informačním systému o veřejných zakázkách dne 27. 11. 2009 pod ev. č. 60039117 oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky "Vybudování zóny klidu" (dále jen "veřejná zakázka").
2. Předmětem plnění veřejné zakázky byly stavební práce na vybudování zóny klidu v bývalém vojenském areálu. Zadavatel stanovil v čl. IV.2) oznámení o zakázce tato kritéria pro hodnocení ekonomické výhodnosti nabídek:
 

○ Celková nabídková cena bez DPH	65 %
○ Výše smluvní pokuty za nedodržení termínu dokončení díla v Kč za každý den prodlení	20 %
○ Zkrácení termínu dokončení díla ve dnech od limitního termínu	5 %
○ Délka záruční lhůty v měsících	5 %
○ Výše smluvní pokuty v Kč za nedodržení termínu odstranění vady nebo nedodělku ve stanoveném termínu	5 %

Ve stanovené lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel nabídky 10 uchazečů.

3. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20. 1. 2010 vyplývá, že zadavatel vybral jako nejvhodnější nabídku uchazeče – společnosti THERMIA-BAU a. s., IČ 25219740, Česká 1, 360 18 Karlovy Vary – Tašovice, za niž jedná Ing. Petr Vorel, předseda představenstva, a Vlastimil Balcar, člen představenstva, a společnosti ALGON, a. s., IČ 28420403, Čsl. Armády 19, 253 01 Hostivice, za niž jedná Václav Nohejl, předseda představenstva, které podaly společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 11. 12. 2009, a které jsou ve správním řízení na základě plné moci ze dne 12. 4. 2010 zastoupeny Ing. Jiřím Sárou, ředitelem společnosti THERMIA-BAU a. s. (dále jen "THERMIA-BAU a. s." a "vybraný uchazeč"). Ze zprávy dále vyplývá, že byl vyloučen uchazeč - společnosti Gardenline s. r. o., IČ 27263827, se sídlem Šeříkova 405/13, 412 01 Litoměřice, za niž jedná Ing. Miloš Náprstek, jednatel, a LESS & FOREST s. r. o., IČ 27106632, se sídlem Bohdaneč 136, Bohdaneč 285 25, za niž jedná Ing. Jan Mičánek, jednatel, které podaly společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 14. 12. 2009, a které jsou zastoupeny Mgr. Tomášem Uherkem, advokátem advokátní kanceláře STRÁNSKÝ a PARTNEŘI, se sídlem Jandova 8, 190 00 Praha, na základě plné moci ze dne 25. 2. 2010 (dále jen "uchazeč Gardenline a LESS & FOREST" a "navrhovatel Gardenline & LESS FOREST").

### Průběh správního řízení ÚOHS-S89/2010/VZ

4. Proti rozhodnutí o vyloučení ze dne 8. 2. 2010 podalo sdružení Gardenline a LESS & FOREST zadavateli v zákonné lhůtě námitky. Zadavatel odůvodnil vyloučení nesplněním zadávacích podmínek v hodnotícím kritériu "Zkrácení termínu dokončení díla ve dnech od limitního termínu", jelikož uchazeč zkrátil dobu výstavby o 182 dní, i když zadavatelem stanovené maximum bylo 90 dní. V námitkách uchazeč Gardenline a LESS & FOREST uvedl, že zadávací dokumentace je nejasná a nejednoznačná. Dílčí hodnotící kritérium "Zkrácení termínu

dokončení ve dnech od limitního termínu plnění", které zadavatel podmínil požadavkem, který "stanovuje maximální dobu zkrácení veřejné zakázky na 90 kalendářních dnů", navrhovatel Gardenline LESS & FOREST pochopil tak, že zadavatel požaduje, aby veřejná zakázka byla prováděna minimálně po dobu 90 dnů, resp. že termín dokončení stavby může uchazeč zkrátit maximálně na 90 kalendářních dnů. Teprve z rozhodnutí o vyloučení se navrhovatel Gardenline a LESS & FOREST dozvěděl, že zadavatel vykládá předmětnou podmínku jinak. V případě dílčího hodnotícího kritéria č. 3 je tedy podle navrhovatele Gardenline a LESS & FOREST zřejmé, že připouští různý výklad. Ve smyslu ustanovení § 266 odst. 4 zák. č. 513/1993 Sb., obchodního zákoníku, které stanoví: "Projev vůle, který obsahuje výraz připouštějící různý výklad, je třeba v pochybnostech vykládat k tíži strany, která jako první v jednání tohoto výrazu použila", jdou důsledky této nejednoznačnosti k tíži zadavatele. Z uvedených důvodů je navrhovatel Gardenline a LESS & FOREST přesvědčen, že v jeho nabídce uvedené zkrácení termínu dokončení o 184 dní (nepřekračující jimi pochopený limit minimální doby provádění díla v délce 90 dnů) nelze považovat za porušení nesplnění nejasně formulované podmínky hodnotícího kritéria.

5. Tvrzení o dvojím výkladu podle uchazeče Gardenline LESS & FOREST podporuje i zjevný vnitřní rozpor zadávací dokumentace, když oproti znění sporného dílčího hodnotícího kritéria č. 3 se v čl. 5.4 zadávací dokumentace uvádí: "Nabídka uchazeče může, při respektování standardních technologických postupů a možnostech financování ze státního rozpočtu, obsahovat jakýkoliv termín dokončení před stanoveným termínem nebo právě ve stanoveném termínu, ale nikoliv po stanoveném termínu. Uchazeč však musí respektovat požadavky zadavatele uvedené v bodě 16 "Jiné požadavky na plnění veřejné zakázky". V bodě 16 zadávací dokumentace se uvádí požadavky na časový harmonogram, žádné omezení minimálního termínu dokončení, zde uvedeno není.
6. Předmětná podmínka dílčího hodnotícího kritéria č. 3 navíc podle sdružení Gardenline a LESS & FOREST postrádá logiku, neboť se zadavatel dopředu zříká možnosti zajištění dokončení veřejné zakázky v co možná nejkratším termínu.
7. Také hodnotící kritérium výše smluvní pokuty je podle uchazeče Gardenline a LESS & FOREST na hranici transparentnosti, neboť umožňuje zvýhodnit uchazeče, který nabídne zjevně nepřiměřenou smluvní pokutu. U tohoto dílčího hodnotícího kritéria přitom zadavatel nestanovil jeho maximální přípustnou hodnotu, zatímco u jiných dílčích hodnotících kritérií tuto maximální přípustnou hodnotu stanovil.
8. Ani případné nesplnění podmínky dílčího hodnotícího kritéria č. 3 nemůže být podle uchazeče Gardenline a LESS & FOREST samo o sobě důvodem pro vyloučení jakéhokoliv uchazeče z další účasti v zadávacím řízení. S případným překročením maximálního zkrácení termínu dokončení (k němuž s odkazem na výše uvedené ani nemohlo dojít) není spojena možnost vyloučení nabídky uchazeče. Zadávací dokumentace stanoví v případě dílčího hodnotícího kritéria č. 3 následující: V případě, že uchazeč nabídne delší záruku, než je maximální záruka stanovená zadavatelem, bude nabídka uchazeče vyloučena za nesplnění zadávacích podmínek. Případné vyloučení nabídky uchazeče tedy může způsobit pouze poskytnutí nepřijatelné délky záruční lhůty.
9. Zadavatel svým rozhodnutím o námitkách ze dne 8. 3. 2010 podaným námitkám nevyhověl a z části je posoudil jako opožděné, jelikož směřovaly proti znění zadávací dokumentace.

Uchazeč Gardenline a LESS & FOREST tedy o její vadě musel vědět již v době podání nabídky. V části týkající se hodnocení podle dílčího hodnotícího kritéria "Zkrácení termínu dokončení ve dnech od limitního termínu plnění" zadavatel námitkám nevyhověl. Zadavatel uvedl, že u tohoto dílčího hodnotícího kritéria bylo uvedeno, že "Zadavatel stanovuje maximální dobu zkrácení veřejné zakázky na 90 kalendářních dnů". To podle něho znamená, že zkrácení nesmí přesáhnout 90 kalendářních dnů. V kontextu celé zadávací dokumentace to nelze vykládat jinak, než že uchazeč nesmí zkrátit dobu realizace veřejné zakázky o více než 90 kalendářních dnů. Doba výstavby tedy proti době, jejíž ukončení vymezil zadavatel limitním termínem, může být zkrácena, ne však o více jak o 90 kalendářních dnů. Nabídka byla zadavatelem vyřazena pro rozpor se zadávacími podmínkami.

10. Proti rozhodnutí o námitkách podal uchazeč Gardenline a LESS & FOREST k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen "Úřad") návrh na zahájení správního řízení ve věci předmětné veřejné zakázky.
11. Návrh na zahájení správního řízení ze dne 18. 3. 2010 navrhovatele Gardenline a LESS & FOREST obdržel Úřad dne 19. 3. 2010, a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení pod sp. zn. ÚOHS-S89/2010/VZ. Zadavatel obdržel výše uvedený návrh navrhovatele Gardenline a LESS & FOREST dne 19. 3. 2010.
12. Navrhovatel Gardenline a LESS & FOREST v návrhu zopakoval svá tvrzení z námitek, navíc dodal, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách nevypořádal s výtka týkající se nepřípustné délky záruční lhůty, což toto rozhodnutí podle navrhovatele Gardenline a LESS & FOREST činí nepřezkoumatelným, stejně tak jako výtka týkající se dílčího hodnotícího kritéria smluvní pokuty.
13. Žádná nabídka jakéhokoliv uchazeče navíc nemůže být vyřazena pouze z důvodu nevyhovění všem požadavkům zadavatele na dílčí hodnotící kritérium, jež není kritériem kvalifikačním. Zadavatel takovýmto postupem zaměňuje kritéria posouzení kvalifikace uchazečů s kritérii stanovenými pro hodnocení nabídek.
14. Na základě výše uvedeného navrhovatel Gardenline a LESS & FOREST konstatoval, že rozhodnutí o podaných námitkách je nepřezkoumatelné a i věcně nesprávné. Rozhodnutí o podaných námitkách zadavatel doručil nikoliv právnímu zástupci navrhovatele Gardenline a LESS & FOREST, kterému pro tento účel udělil řádnou plnou moc (a která byla přílohou podaných námitek), ale přímo navrhovateli Gardenline a LESS & FOREST. Rozhodnutí o podaných námitkách tedy nebylo řádně doručeno a zadavatel tak námitky řádně nevyřídil.
15. Tím, že zadavatel v rozporu se zákonem vyloučil z další účasti v zadávacím řízení navrhovatele Gardenline a LESS & FOREST, mohlo dojít (a podle jejich názoru pravděpodobně došlo) k podstatnému ovlivnění výběru. S ohledem na výše uvedené navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí o vyloučení, rozhodnutí o podaných námitkách, rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a nařídil zadavateli provést nové posouzení a hodnocení nabídek.
16. O zahájení správního řízení informoval Úřad účastníky oznámením č. j. ÚOHS-S89/2010/VZ-4284/2010/520/JHI ze dne 8. 4. 2010.
17. Zadavatel se k obsahu návrhu vyjádřil dopisem ze dne 25. 3. 2010. K nejasnosti a nejednoznačnosti zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že pokud by zadávací

dokumentace skutečně vadami uvedenými v námitkách trpěla, musel by navrhovatel tyto vady zjistit již v průběhu zpracování nabídky. Podle ust. § 110 odst. 3 zákona musí stěžovatel námitky doručit zadavateli nejpozději do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví. Stěžovatel tedy mohl podat námitky do 15 dnů ode dne, kdy uplynula lhůta pro podání nabídek, což se stalo dne 17. 12. 2009. Z výše uvedených důvodů zastává zadavatel názor, že v části týkající se zadávacích podmínek podal navrhovatel námitky opožděně a zadavatel z tohoto důvodu o námitkách v této části nerozhodoval.

18. Dále se zadavatel vyjádřil k požadavku stanovenému u dílčího hodnotícího kritéria č. 3, kde bylo uvedeno, že "Zadavatel stanovuje maximální dobu zkrácení veřejné zakázky na 90 kalendářních dnů". Výraz "stanovuje maximální dobu zkrácení veřejné zakázky na 90 dnů" nelze podle zadavatele v kontextu celé zadávací dokumentace a v kontextu znění daného hodnotícího kritéria vykládat jinak, než že uchazeč nesmí zkrátit dobu realizace veřejné zakázky o víc než o 90 kalendářních dnů. Jinak řečeno, doba výstavby proti době, jejíž ukončení vymezil zadavatel limitním termínem, může být zkrácena, ne však o více, jak o 90 kalendářních dnů. Neuvedení důvodu pro tento požadavek v zadávací dokumentaci nic nemění na tom, že podle zadavatele předmětné ustanovení zadávací dokumentace dvojnásobně výklad nepřipouští, neboť zadávací podmínky byly formulovány přesně a jednoznačně. Zadavatel zdůrazňuje, že navrhovatel si tuto podmínku vykládal způsobem, který uvádí v návrhu, jako jediný z uchazečů, kteří podali nabídku v předmětném zadávacím řízení.
19. Pokud navrhovatel Gardenline a LESS & FOREST spatřuje rozpor v tom, že na jedné straně může podle čl. 5.4 zadávací dokumentace zkrátit lhůtu výstavby bez omezení a na druhé straně navrhovateli Gardenline a LESS & FOREST podle jeho vlastního výkladu čl. 29.3 zadávací dokumentace říká, že lhůtu výstavby může zkrátit maximálně na 90 dnů, pak tento jím tvrzený rozpor musel zjistit již při zpracování nabídky.
20. Podle navrhovatele s případným překročením maximálního zkrácení termínu dokončení není spojena sankce vyřazení nabídky uchazeče. K tomu zadavatel uvádí, že uznává zřejmý omyl v psaní, kdy byla k hodnotícímu kritériu č. 3 připsána formulace, která je obsažena v čl. 29.3 zadávací dokumentace u dílčího kritéria č. 4. K této chybě nemělo dojít, ovšem z logiky věci vyplývá, že zadavatel shodně stanoví u kritéria č. 3.
21. Podle ustanovení § 17 písm. l) zákona se zadávacími podmínkami rozumí veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky. To znamená, že nabídka musí být v souladu se všemi zadávacími podmínkami, bez ohledu na to, zda stanoví požadavky kvalifikační či jiné. Podle zadavatele nerespektoval navrhovatel Gardenline a LESS & FOREST v nabídce požadavek zadavatele stanovený v zadávacích podmínkách a jeho nabídka musela být vyřazena.
22. Na základě výše uvedeného zadavatel trvá na tom, že zadávací podmínky i přes zřejmé chyby v psaní byly stanoveny platně, neboť smysl a účel zadávacích podmínek je možné i přes administrativní pochybení vyložit se znalostí zákona naprosto jednoznačně.

#### **Průběh správního řízení ÚOHS-S90/2010/VZ**

23. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20. 1. 2010 vyplývá, že se uchazeč EUROVIA CS, a. s., IČ 45274924, Národní 10, 113 19 Praha 1, za niž jedná na základě plné

moci ze dne 10. 12. 2009 Ing. Antonín Rybáček, zaměstnanec společnosti (dále jen "EUROVIA CS" a "navrhovatel EUROVIA CS"), umístil na 4. místě v hodnocení nabídek. Dne 12. 2. 2010 bylo uchazeči EUROVIA CS doručeno rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 8. 2. 2010. Proti tomuto rozhodnutí podal uchazeč EUROVIA CS námitky.

24. Ve svých námitkách uchazeč EUROVIA CS uvedl, že zadávací dokumentace v čl. 29.2 vymezuje dílčí kritéria a jejich váhu. Čl. 29.3 zadávací dokumentace upravuje způsob hodnocení nabídek s tím, že u dílčího kritéria č. 4 je uvedena maximální délka záruky v trvání 120 měsíců.
25. V zadávací dokumentaci v čl. 29.4 je uvedeno: "V případě, že hodnotící komise posoudí hodnoty navržené uchazečem u kritérií č. 2, 3 a 5 za nepřiměřené, přiřadí uchazeči v daném kritériu 0 bodů.
26. Pro kritéria č. 2, 3 a 5 je stanovena možnost zadavatele posoudit přiměřenost či nepřiměřenost nabídky a v případě nabídky nepřiměřené přiřadit uchazeči v daném kritériu 0 bodů. Z uvedených kritérií je však v zadávací dokumentaci vymezena hranice nepřiměřenosti pouze u kritéria č. 3 v případě zkrácení termínu dokončení ve dnech od limitního termínu plnění stanoven maximální rozsah, a to 90 dnů. U kritérií č. 2 a 5 (smluvní pokuty) není rozsah, v němž lze smluvní pokuty stanovit, či alespoň rozsah, v němž budou smluvní pokuty posuzovány jako přiměřené, žádným způsobem v zadávacích podmínkách vymezen.
27. Otázka absence údaje rozhodného pro posouzení přiměřenosti či nepřiměřenosti dílčího kritéria v zadávací dokumentaci podle uchazeče EUROVIA CS je přitom již ustáleným způsobem řešena v rozhodovací praxi Úřadu i soudů. Absence údaje potřebného pro hodnocení přiměřenosti dílčího hodnotícího kritéria byla Úřadem řešena v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S199/2009/VZ-11177/2009/540/JSI ze dne 7. 9. 2009. Uchazeč EUROVIA CS odkázal rovněž na rozhodnutí Krajského soudu v Brně sp. z., 62 Ca 55/2008-63 ze dne 28. 4. 2009, které bylo potvrzeno rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 75/2009-99 ze dne 6. 11. 2009, kde byla rovněž řešena absence údaje o tom, jak zjevnou nepřiměřenost posuzovat.
28. Zadavatel, pokud má být posuzována přiměřenost, resp. nepřiměřenost nabídek, musí v zadávací dokumentaci vždy uvést, jakou hodnotu již považuje za nepřiměřenou. Podle uchazeče EUROVIA CS zadavatel pouze uvedl, že v případě kritéria č. 2 a 5 bude komise posuzovat hodnoty z hlediska přiměřenosti, aniž by toto jakkoliv konkretizoval, přičemž nepřiměřené hodnoty budou sankcionovány přidělením 0 bodů. Uchazeč EUROVIA CS tak důvodně předpokládal, že komise bude skutečně přiměřenost nabídek v uvedených bodech posuzovat, což se však nestalo.
29. Z výše uvedených důvodů považuje uchazeč EUROVIA CS zadávací dokumentaci za nejednoznačnou, nepřesnou a nesrozumitelnou. Hodnocení nabídek neproběhlo v souladu se zadávací dokumentací, když zadavatel neposuzoval přiměřenost hodnot nabídnutých uchazeči v některých hodnotících kritériích.
30. Zadavatel rozhodnutím ze dne 8. 3. 2010 námitkám nevyhověl. K nejasnosti a nejednoznačnosti zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že pokud by zadávací dokumentace skutečně vadami uvedenými v námitkách trpěla, musel by navrhovatel tyto

vady zjistit již v průběhu zpracování nabídky. Podle ust. § 110 odst. 3 zákona musí stěžovatel námitky doručit zadavateli nejpozději do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví. Stěžovatel tedy mohl podat námitky do 15 dnů ode dne, kdy uplynula lhůta pro podání nabídek, což se stalo dne 17. 12. 2009. Z výše uvedených důvodů zastává zadavatel názor, že v části týkající se zadávacích podmínek podal navrhovatel námitky opožděně a zadavatel z tohoto důvodu o námitkách v této části nerozhodoval.

31. Dále zadavatel uvedl, že posouzení otázky, zda se jedná o zjevně nepřiměřenou hodnotu daného kritéria, je součástí hodnocení nabídek a závisí na odborné úvaze členů komise, kterou nelze podrobit objektivnímu přezkumu. Proto odbornost názorů a závěrů, k nimž hodnotící komise dojde, tím méně odbornou způsobilost jejích členů, není oprávněn přezkoumávat ani Úřad.
32. Komise se zabývala otázkou přiměřenosti hodnot kritérií č. 2 a 5 (smluvní pokuty) navržených v jednotlivých nabídkách. To, že komise žádný z údajů o hodnotách dílčích kritérií v nabídkách neshledala nepřiměřeným, není podle zadavatele nutné ve zprávě výslovně uvádět, ani zdůvodňovat, neboť tento fakt vyplývá z údajů o počtu předělených bodů. Povinnost odůvodnit ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek postup, kdy zjevnou nepřiměřenost údaje komise neshledá a nulový počet bodu nepřidělí, komise nemá.
33. Zadavatel je přesvědčen, že komise při hodnocení nabídek dodržela základní principy platné pro zadávání veřejných zakázek, proto námitkám nevyhověl.
34. Proti tomuto rozhodnutí o námitkách podal uchazeč EUROVIA CS dne 15. 3. 2010 návrh na zahájení správního řízení.
35. Návrh na zahájení správního řízení ze dne 15. 3. 2010 od navrhovatele EUROVIA CS byl Úřadu doručen dne 18. 3. 2010, a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení pod sp. zn. ÚOHS-S90/2010/VZ. O zahájení správního řízení informoval Úřad účastníky oznámením č. j. ÚOHS-S90/2010/VZ-4295/2010/520/JHI ze dne 8. 4. 2010. Navrhovatel EUROVIA CS zopakoval své tvrzení z námitek, které dále doplnil o výpočet smluvní pokuty, která je podle něho zjevně nepřiměřená.
36. Podle navrhovatele EUROVIA CS je zadávací dokumentace v rozporu se zákonem. Hodnocení nabídek neproběhlo v souladu se zadávací dokumentací, když nebyla posuzována přiměřenost některých kritérií nabídek, třebaže tak podle zadávací dokumentace mělo být učiněno.
37. Zadavatel se k návrhu vyjádřil dopisem ze dne 25. 3. 2010. K nejasnosti a nejednoznačnosti zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že pokud by zadávací dokumentace skutečně vadami uvedenými v námitkách trpěla, musel by navrhovatel tyto vady zjistit již v průběhu zpracování nabídky. Dle ust. § 110 odst. 3 musí stěžovatel námitky doručit zadavateli nejpozději do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví. Stěžovatel tedy mohl podat námitky do 15 dnů ode dne, kdy uplynula lhůta pro podání nabídek, což se stalo dne 17. 12. 2009. Z výše uvedených důvodů zastává zadavatel názor, že v části týkající se zadávacích podmínek podal navrhovatel námitky opožděně a zadavatel z tohoto důvodu o námitkách v této části nerozhodoval.



38. K navrhovatelem namítané vadě zadávací dokumentace, že zadavatel nestanovil údaj rozhodný pro posouzení přiměřenosti či nepřiměřenosti hodnotících kritérií, uvádí zadavatel ve svém vyjádření následující.
39. Posouzení otázky nepřiměřenosti či přiměřenosti je pouze věcí odborné úvahy členů hodnotící komise, pokud by zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil předem údaj, co má či nemá komise považovat za přiměřené, předjímal by tím rozhodnutí komise. Podle názoru zadavatele se otázka přiměřenosti musí posuzovat s přihlédnutím ke všem okolnostem dané veřejné zakázky a s přihlédnutím ke konkrétním údajům, uvedeným v nabídkách uchazečů. Tím, že by stanovil předem údaj, jak má komise posuzovat přiměřenost (nepřiměřenost) údaje, by se stalo pravidlo o přidělení 0 bodů v zadávací dokumentaci zbytečné, přiměřenost (nepřiměřenost) by se skutečně neposuzovala, neboť všichni uchazeči, kteří by nechtěli být sankcionováni přidělením 0 bodů, by samozřejmě údaj o přiměřenosti - nepřiměřenosti respektovali.
40. Zadavatel je toho názoru, že pokud není v zadávací dokumentaci stanoveno, jak má komise údaj o nepřiměřenosti posuzovat, komise v protokolech z jednání a zejména ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek přesně a podrobně popíše, jakými úvahami byla vedena a proč k danému závěru došla, je její postup přezkoumatelný a transparentní.
41. Posouzení otázky, zda se jedná o zjevně nepřiměřenou hodnotu daného kritéria, je součástí hodnocení nabídek a závisí na odborné úvaze členů komise, kterou nelze podrobit objektivnímu přezkumu. Proces hodnocení podle zadavatele s odkazem na ustálenou judikaturu nespadá do pravomoci orgánu dohledu přezkoumávat myšlenkové pochody jednotlivých hodnotitelů nabídek. Úřad tedy nemůže přezkoumávat úvahy členů hodnotící komise, neboť by se tím ve svých důsledcích sám stylizoval do role zadavatele a určoval by, která zakázka má vyhovět daným kritériím a také v soutěži zvítězit.
42. Komise se podle zadavatele zabývala otázkou přiměřenosti hodnot kritérií č. 2 a 5 (tj. výší smluvních pokut) navržených v jednotlivých nabídkách, zvážila hodnotu daných kritérií s přihlédnutím ke všem okolnostem dané veřejné zakázky včetně jejich významu, vyjádřeném ve velikosti jejich vah a s přihlédnutím ke konkrétním podmínkám dané veřejné zakázky, zejména s přihlédnutím k hodnotě zajišťované povinnosti ve vztahu k výši smluvní pokuty. Dále zvážila u jednotlivých nabídek, zda výše některého z dílčích hodnotících kritérií - smluvních pokut - nepřevážila fakticky význam základního kritéria. K názoru, že by hodnoty smluvních pokut byly nepřiměřené, u žádné z nabídek nedospěla, zadavatel se s tímto názorem komise ztotožnil. To, že komise žádný z údajů o hodnotách dílčích kritérií v nabídkách neshledala nepřiměřeným, není podle zadavatele nutné ve zprávě výslovně uvádět, ani zdůvodňovat, neboť tento fakt vyplývá z údajů o počtu přidělených bodů.

#### **Spojené správní řízení sp. zn. ÚOHS-S89,90/2010/VZ**

43. Vzhledem k tomu, že jsou obě výše uvedená správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v totožné veřejné zakázce, a v zájmu dodržení zásady uvedené v ustanovení § 6 odst. 2 správního řádu, podle které správní orgán postupuje tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady, Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S89,90/2010/VZ-4964/2010/520/JHI ze dne 9. 4. 2010 správní řízení sp. zn. S89/2010/VZ a sp. zn. S90/2010/VZ spojil. Zároveň Úřad usnesením č. j. S89,90/2010/VZ-4972/2010/520/JHI z téhož dne stanovil účastníkům řízení lhůtu,

v níž mohli navrhopat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

44. Účastníky spojeného správního řízení podle § 116 zákona a jsou:
- o zadavatel
  - o navrhovatel Gardenline a LESS & FOREST
  - o navrhovatel EUROVIA CS
  - o vybraný uchazeč THERMIA-BAU a. s.
45. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění rozhodl o zrušení zadání předmětné veřejné zakázky. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
46. V čl. 5.4 zadávací dokumentace je stanoveno, že nabídka uchazeče může, při respektování standardních technologických postupů a možnostech financování ze státního rozpočtu, obsahovat jakýkoliv termín dokončení před stanoveným termínem nebo právě ve stanoveném termínu, ale nikoliv po stanoveném termínu. Uchazeč však musí respektovat požadavky zadavatele uvedené v bodě 16 "Jiné požadavky na plnění veřejné zakázky".
47. V zadávací dokumentaci v čl. 29.1 je stanoveno základní kritérium pro zadání veřejné zakázky, jímž je ekonomická výhodnost nabídky. Dílčí hodnotící kritéria jsou:
- |  |      |
|--|------|
| a. Celková nabídková cena bez DPH  | 65 % |
| b. Výše smluvní pokuty za nedodržení termínu dokončení díla v Kč za každý den prodlení                 | 20 % |
| c. Zkrácení termínu dokončení díla ve dnech od limitního termínu                                       | 5 %  |
| d. Délka záruční lhůty v měsících  | 5 %  |
| e. Výše smluvní pokuty v Kč za nedodržení termínu odstranění vady nebo nedodělků ve stanoveném termínu | 5 %  |
48. Způsob hodnocení je upravený v čl. 29.3 zadávací dokumentace. K dílčímu kritériu č. 3 "Zkrácení termínu dokončení ve dnech od limitního termínu plnění" zadavatel stanovil: *"V tomto kritériu se hodnotí zkrácení termínu dokončení stavby ve dnech. Každá hodnocená nabídka získá bodovou hodnotu, která vznikne násobkem 100 a poměru hodnoty nabídky hodnocené k hodnotě nejvhodnější - nejvyšší nabídky (tato obdrží 100 bodů). Zadavatel stanovuje maximální dobu zkrácení veřejné zakázky na 90 kalendářních dní. V případě, že uchazeč nabídne delší záruku, než je maximální záruka stanovená zadavatelem, bude nabídka uchazeče vyloučena za nesplnění zadávacích podmínek."*
49. V čl. 29.4 zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že v případě, že hodnotící komise posoudí hodnoty navržené uchazečem u kritérií č. 2. 3. a 5. za nepřiměřené, přiřadí uchazeči v daném kritériu 0 bodů.

#### **K návrhu navrhovatele Gardenline a LESS & FOREST**

50. Navrhovatel Gardenline a LESS & FOREST ve svých námitkách, doručených dne 25. 2. 2010 zadavateli, a následně v návrhu, doručeném dne 19. 3. 2010 na adresu Úřadu, napadal znění zadávací dokumentace, ve které je podle jeho názoru nejasně vymezena doba zkrácení veřejné zakázky, o jejíž nejasnosti se navrhovatel Gardenline a LESS & FOREST dozvěděl až z rozhodnutí o vyloučení ze dne 8. 2. 2010. Dále napadal nesrozumitelnost zadávací dokumentace, jejíž jednotlivé články jsou ve vzájemném rozporu (dílní hodnotící kritérium č. 3 a čl. 5.4 zadávací dokumentace). Navíc podle navrhovatele Gardenline a LESS & FOREST není s případným překročením maximálního zkrácení termínu dokončení spojena sankce vyloučení nabídky uchazeče. Navrhovatel Gardenline a LESS & FOREST dále uvedl, že se zadavatel nevypořádal s případnou nepřiměřeností hodnotícího kritéria smluvní pokuty, když nestanovil maximální přípustnou hodnotu.
- **K nejednoznačnosti a nesrozumitelnosti maximální doby zkrácení u hodnotícího kritéria č. 3**
51. Zadavatel musí při postupu podle zákona o veřejných zakázkách dodržovat zásady stanovené v § 6 zákona, jimiž jsou zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
52. Zadávací dokumentace je podle § 44 odst. 1 zákona soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.
53. Podle § 110 odst. 3 zákona musí stěžovatel námitky doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy. Do doby doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách nesmí zadavatel uzavřít smlouvu či zrušit zadávací řízení.
54. V ustanovení § 110 odst. 5 zákona je uvedeno, že se námitky podávají písemně. Podání řádných námitek je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci.
55. Úřad zahájené řízení podle § 114 odst. 3 zákona zastaví, jestliže návrh nemá předepsané náležitosti podle odstavce 2 a navrhovatel jej ve lhůtě stanovené Úřadem nedoplní nebo nebyl doručen Úřadu a zadavateli ve lhůtách podle § 113 odst. 2 nebo 3 nebo nebyl podán oprávněnou osobou nebo není-li Úřad věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu; pokud má důvodné podezření, že došlo k porušení tohoto zákona, zahájí správní řízení z moci úřední.
56. V čl. 29.3 zadávací dokumentace u hodnotícího kritéria č. 3 je uvedeno, že "Zadavatel stanovuje maximální dobu zkrácení veřejné zakázky na 90 kalendářních dní".
57. Navrhovatel Gardenline a LESS & FOREST spatřoval ve výše uvedeném ustanovení zadávací dokumentace nesrozumitelnost, která se projevila až při hodnocení nabídek a následném vyloučení navrhovatele Gardenline a LESS & FOREST.
58. Zadavatel větu "Zadavatel stanovuje maximální dobu zkrácení veřejné zakázky na 90 kalendářních dnů" vykládal podle svého vyjádření s ohledem na předmět veřejné zakázky, a to tak, že uchazeč může zkrátit termín dokončení na 90 dnů, přesněji řečeno "o" 90 dnů (a ne více), což ovšem v zadávacích podmínkách tímto způsobem stanoveno nebylo. Navrhovatel výše uvedenou větu interpretoval tak, že může zkrátit termín dokončení o libovolný počet dnů, ale musí zůstat 90 dnů (proto termín dokončení zkrátit o 182 dnů).

59. Podle názoru Úřadu umožňuje takto stanovený požadavek zadavatele v zadávací dokumentaci dvojí výklad, což je potvrzeno nikoliv pouze jednou takto podanou nabídkou (jak uvádí zadavatel ve svém vyjádření ze dne 25. 3. 2010), ale dvěma nabídkami různých uchazečů (v jednom případě se jednalo o navrhovatele Gardenline a LESS & FOREST), kteří byli z důvodu nesplnění takto nejasně stanoveného požadavku vyloučeni ze zadávacího řízení. Výše uvedený požadavek zadavatele na maximální dobu zkrácení podle názoru Úřadu i s ohledem na předloženou dokumentaci a nabídky uchazečů připouští dvojí výklad, uchazeč tedy mohl dobu plnění zkrátit o 90 dní, nebo zkrátit takovým způsobem, že uchazeč bude plnit pouze nezbytné minimum doby, tedy 90 dní. Tento zjevný rozpor v interpretaci bylo možno zjistit až při hodnocení nabídek a následném vyloučení, jelikož do té doby neměl navrhovatel Gardenline a LESS & FOREST pochyb o tom, že jím zvolený výklad požadavku zadavatele je správný. Námitky proti nesrozumitelnosti požadavku "Zadavatel stanovuje maximální dobu zkrácení veřejné zakázky na 90 kalendářních dní" tedy podal včas (v zákonné lhůtě 15 dnů) a je tak oprávněnou osobou k podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele v předmětné veřejné zakázce.
60. Na základě výše uvedeného dospěl Úřad k závěru, že zadavatel nevymezil dostatečně srozumitelně znění čl. 29.3 zadávací dokumentace ve větě "Zadavatel stanovuje maximální dobu zkrácení veřejné zakázky na 90 kalendářních dnů", která umožňovala dvojí výklad. Na základě rozdílného výkladu byl ze zadávacího řízení vyloučen navrhovatel Gardenline a LESS & FOREST, což mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Možné ovlivnění spatřuje Úřad v tom, že uvedené nesrozumitelně stanovené hodnotící kritérium, mohlo odradit k podání nabídky jiné dodavatele, resp. mohlo mít vliv na okruh potenciálních dodavatelů o předmětnou veřejnou zakázku. Za nesplnění takto nesrozumitelně stanoveného hodnotících kritéria byl vyloučen navrhovatel Gardenline a LESS & FOREST, a jeho nabídka tedy nebyla hodnocena (viz výše).
61. Úřad uvedený postup zadavatele posoudil jako nedodržení postupu pro zadání veřejné zakázky stanoveného v § 44 odst. 1 zákona, neboť požadavky zadavatele na zpracování nabídky nebyly v zadávací dokumentaci specifikovány v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, a proto rozhodl tak jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
62. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil již při stanovení zadávacích podmínek (konkrétně čl. 29.3 zadávací dokumentace), Úřadu nezbylo než zadání veřejné zakázky zrušit, a proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
- **K nejednoznačnosti a nesrozumitelnosti čl. 5.4 a 29.3 (konkrétně hodnotícího kritéria č. 3) a nepřiměřenosti smluvní pokuty**
63. Podle § 76 odst. 1 zákona posoudí hodnotící komise nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona.
64. V ustanovení § 80 odst. 1 zákona je uvedeno, že o posouzení a hodnocení nabídek pořídí hodnotící komise písemnou zprávu, která obsahuje seznam posouzených nabídek, seznam nabídek, které byly hodnotící komisí ze zadávacího řízení vyřazeny spolu s uvedením důvodu, popis způsobu hodnocení zbývajících nabídek s odůvodněním, výsledek hodnocení nabídek, údaj o tom, jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritérií, a údaj

o složení hodnotící komise. Neprováděla-li hodnotící komise hodnocení nabídek podle § 79 odst. 6, zpráva o posouzení a hodnocení nabídek neobsahuje údaje související s hodnocením nabídky.

65. Podle § 110 odst. 3 zákona musí stěžovatel námitky doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy. Do doby doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách nesmí zadavatel uzavřít smlouvu či zrušit zadávací řízení.
66. V ustanovení § 110 odst. 5 zákona je uvedeno, že se námitky podávají písemně. Podání řádných námitek je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci.
67. Úřad zahájené řízení podle § 114 odst. 3 zákona zastaví, jestliže návrh nemá předepsané náležitosti podle odstavce 2 a navrhovatel jej ve lhůtě stanovené Úřadem nedoplní nebo nebyl doručen Úřadu a zadavateli ve lhůtách podle § 113 odst. 2 nebo 3 nebo nebyl podán oprávněnou osobou nebo není-li Úřad věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu; pokud má důvodné podezření, že došlo k porušení tohoto zákona, zahájí správní řízení z moci úřední.
68. V § 158 odst. 1 zákona je stanoveno, že 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 se dokončí podle dosavadních právních předpisů.
69. Úřad k ostatním námitkám navrhovatele Gardenline a LESS & FOREST ohledně nesrozumitelnosti čl. 5.4 zadávací dokumentace a jeho rozporu s hodnotícím kritériem č. 3 uvádí, že navrhovatel mohl a měl navrhovatel zjistit tyto nedostatky již při přípravě nabídky a před jejím podáním. Posledním dnem lhůty pro podání nabídek byl 18. 12. 2009. Zákonná lhůta 15 dnů pro podání námitek (§ 110 odst. 3 zákona) směřujících proti znění zadávací dokumentace tak uplynula již 4. 1. 2010. Uchazečem podané námitky proti nejednoznačnosti a nesrozumitelnosti zadávací dokumentace tak nebyly podány v zákonné lhůtě, jelikož navrhovatelem zmíněná nesrozumitelnost byla zřejmá již ze samotné zadávací dokumentace. Navrhovatel možným rozporem v ustanovení čl. 5.4 a hodnotícím kritériem č. 3 napadal nesoulad a protichůdnost znění jednotlivých ustanovení, ne význam, který z tohoto nesouladu vyplývá, onu nesrozumitelnost těchto ustanovení tedy musel zjistit již seznámením se se zadávací dokumentací při přípravě nabídky.
70. Stejný názor při posuzování opožděnosti námitek zastává Úřad také v případě možnosti vyloučení nabídky uchazeče za nesplnění požadavku u dílčího hodnotícího kritéria č. 3. V zadávací dokumentaci v čl. 29.3 je uvedeno, že "V případě, že uchazeč nabídne delší záruku, než je maximální záruka stanovená zadavatelem, bude nabídka uchazeče vyloučena za nesplnění zadávacích podmínek". Již ze samotného textu je patrné, že možnost vyloučení se nevztahuje k době plnění, resp. zkrácení veřejné zakázky, ale k záruce (dílčímu hodnotící kritérium č. 4 "Délka záruční lhůty v měsících"). Tuto chybu však měl navrhovatel Gardenline a LESS & FOREST zjistit již při přípravě nabídky, jelikož se jedná opět o rozpor v zadávací dokumentaci, poměrně snadno zjistitelný již ve fázi přípravy nabídky.
71. K výše uvedenému Úřad uvádí, že fakt, že v zadávací dokumentaci zadavatel nevymezil nepřiměřenost u hodnotících kritérií týkajících se smluvní pokuty, mohl navrhovatel Gardenline a LESS & FOREST zjistit již při přípravě nabídky, to znamená před jejím podáním a

před uplynutím lhůty pro podání nabídek (stejně lhůty jako v případě nesrozumitelnosti, viz výše). Uchazečem podané námitky proti tomu, že zadavatel nikde v zadávací dokumentaci nestanovil hodnoty nepřiměřenosti, tak nebyly podány v zákonné lhůtě, jelikož navrhovatelem zmíněná neúplnost byla zřejmá již ze samotné zadávací dokumentace. Navrhovatel napadal znění zadávací dokumentace v tom smyslu, že je neúplná, neboť neobsahovala hranice nepřiměřenosti k jednotlivým dílčím kritériím ekonomické výhodnosti nabídek, a ne v tom, že by hodnotící komise interpretovala nějaké ustanovení zadávací dokumentace jinak než sám navrhovatel. Navrhovatel se tedy o domnělém porušení musel dozvědět již při přípravě samotné nabídky, nikoliv až při hodnocení nabídek.

72. Úřad z výše uvedených důvodů konstatuje, že navrhovatel Gardenline a LESS & FOREST podal námitky, týkající se hodnotícího kritéria smluvní pokuty opožděně, a není tedy oprávněnou osobou pro podání návrhu, kterou je pouze osoba, jež by podala námitky proti výše uvedeným skutečnostem řádně a včas. Z tohoto důvodu Úřad považuje návrh v uvedených bodech (čl. 5.4 zadávací dokumentace a jeho rozpor s čl. 29.3 zadávací dokumentace a neuvedení nepřiměřenosti smluvní pokuty) za podaný neoprávněnou osobou, a proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
73. Pro úplnost Úřad ke stanovení přiměřenosti hodnotících kritérií, konkrétně smluvních pokut, odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 75/2009-100 ze dne 6. 11. 2009. Nejvyšší správní soud konstatoval, že pojem „zjevné nepřiměřenosti“ není stavěn na abstraktních základech; právě naopak je definován odkazem na zakázku, která má být zadána, a ve vztahu k příslušnému plnění. Vykazuje tedy znaky neurčitěho právního pojmu, ale s ohledem na zvláštnosti zakázky předvídatelného. Obdobný neurčitý pojem obsahuje podle Nejvyššího správního soudu i ustanovení § 77 zákona, tj. „mimořádně nízká nabídková cena“. Jeho nespecifikování v zadávací dokumentaci tedy nezpůsobuje nejednoznačnost nebo neurčitost zadávacích podmínek.
74. Nejvyšší správní soud dále uvedl, že *"smyslem vyloučit zjevně nepřiměřenou nabídku je chránit zadavatele před situací, kdy uchazeč ve své nabídce uvede údaje, jejichž dodržení není reálné, což by během realizace předmětu plnění veřejné zakázky vedlo ke změně těchto údajů hodnocených v rámci dílčích hodnotících kritérií, a to v rozporu s původně stanovenými podmínkami jejího zadání. Jedná se tedy zejména o stanovení zjevně nepřiměřených nákladů, dodací lhůty nebo lhůty pro dokončení, jejichž dodržení není v praxi uskutečnitelné. Nelze dodržet např. ani technologické lhůty, a je to odborně prokazatelné. Nemělo by se tak jednat o zjevně nepřiměřenou dobu záručního servisu, či smluvní pokuty. Tato kritéria, resp. jejich hodnoty, jdou k tíži uchazeče (zvyšují mu náklady), avšak jejich i zjevně nepřiměřená hodnota by ve většině případů realizaci předmětu plnění veřejné zakázky neměla nijak ohrozit, naopak vyšší hodnoty jsou pro zadavatele přínosem navíc."*
75. Na základě výše uvedených skutečností a s přihlédnutím k rozsudku Nejvyššího správního soudu Úřad konstatuje, že zadavatel při stanovení dílčích hodnotících kritérií a při následném hodnocení nabídek postupoval v souladu se zákonem.
76. Pokud jde o stanovení podmínek plnění, které jsou současně kritérii ekonomické výhodnosti nabídek, Úřad uvádí, že zákon nezakazuje, aby zadavatel stanovil jako podmínku plnění určitou hranici, jejíž překročení bude znamenat vyloučení uchazeče, přičemž hodnotu, která nepřekračuje stanovenou hranici může současně stanovit jako kritérium pro hodnocení

ekonomické výhodnosti nabídek. Rovněž není vyloučeno, aby v rámci hodnocení posuzoval i přiměřenost či nepřiměřenost nabídnuté hodnoty, a pokud ji shledá nepřiměřenou, při vlastním hodnocení přidělí např. 0 bodů.

77. Úřad dále k tvrzení navrhovatele Gardenline a LESS & FOREST, že zadavatel doručil rozhodnutí o námitkách přímo jemu místo zmocněnému právnímu zástupci, a že tedy nebylo toto rozhodnutí řádně doručeno, uvádí, že tuto situaci zákon o veřejných zakázkách neupravuje. Způsob zastupování na základě plné moci je upraven zákonem č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, v šetřeném případě se však Úřad problematikou doručování třetí osoby (zadavatelem) zmocněnci nebo zmocniteli dále nezabýval, neboť je zřejmé, že navrhovatel nebyl zkrácen na svém právu podat návrh k Úřadu a že při své argumentaci vycházel právě z rozhodnutí zadavatele o jeho námitkách.

#### **K návrhu navrhovatele EUROVIA CS**

78. Jelikož navrhovatel EUROVIA CS podal návrh, který se věcně shoduje s částí návrhu navrhovatele Gardenline a LESS & FOREST ve věci nepřiměřenosti smluvní pokuty, Úřad odkazuje na ustanovení zákona zmíněná v bodech 65 až 71 odůvodnění tohoto rozhodnutí.
79. Navrhovatel EUROVIA CS ve svých námitkách, doručených dne 25. 2. 2010 zadavateli, a následně v návrhu, doručeném dne 18. 3. 2010 na adresu Úřadu, napadal znění zadávací dokumentace, ve které podle jeho názoru chybí rozsah, v němž lze smluvní pokuty stanovit, či alespoň rozsah, v němž budou smluvní pokuty posuzovány jako přiměřené, žádným způsobem v zadávacích podmínkách vymezen. To činí zadávací dokumentaci nejednoznačnou, nepřesnou a nesrozumitelnou. Hodnocení nabídek tak neproběhlo v souladu se zadávací dokumentací, když nebyla posuzována přiměřenost některých kritérií nabídek.
80. K výše uvedenému Úřad uvádí, že fakt, že v zadávací dokumentaci nebyla vymezena nepřiměřenost, mohl navrhovatel EUROVIA CS zjistit již při přípravě nabídky, to znamená před jejím podáním a před uplynutím lhůty pro podání nabídek. Posledním dnem lhůty pro podání nabídek byl den 18. 12. 2009. Zákonná lhůta 15 dnů pro podání námitek (§ 110 odst. 3 zákona) směřujících proti znění zadávací dokumentace tak uplynula již 4. 1. 2010. Uchazečem podané námitky proti nejednoznačnosti a nesrozumitelnosti zadávací dokumentace tak byly podány opožděně (viz výše – stanovisko Úřadu k části návrhu navrhovatele Gardenline a LESS & FOREST)
81. Úřad konstatuje, že navrhovatel EUROVIA CS podal námitky, týkající se hodnotícího kritéria smluvní pokuty opožděně, a není tedy oprávněnou osobou pro podání návrhu, kterou je pouze osoba, jež by podala námitky proti výše uvedeným skutečnostem řádně a včas, jak stanoví § 114 odst. 3 zákona v návaznosti na § 110 odst. 5 zákona. Z tohoto důvodu Úřad považuje návrh v uvedených bodech za podaný neoprávněnou osobou, a proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
82. K otázkám přiměřenosti hodnotících kritérií, konkrétně smluvních pokut, odkazuje Úřad body 73 až 76 odůvodnění tohoto rozhodnutí.

#### **K uložení úhrady nákladů řízení**

83. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 zákona také rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální

částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč. 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 891050001.

84. Vzhledem k tomu, že zadání veřejné zakázky bylo tímto rozhodnutím zrušeno, Úřad uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení tak, jak je uvedeno ve výroku V. tohoto rozhodnutí.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správním orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

Mgr. Kamil Rudolecký  
místopředseda

### Obdrží:

1. Město Mariánské Lázně, Ruská 155, 353 01 Mariánské Lázně
2. EUROVIA CS, a. s., Národní 10, 113 19 Praha 1
3. Mgr. Tomáš Uherek, advokát advokátní kanceláře STRÁNSKÝ & PARTNEŘI, Jandova 8, 190 09 Praha 9
4. THERMIA-BAU a. s., Česká 1, 360 18 Karlovy Vary - Tašovice, Ing. Jiří Sára, ředitel

### Vypraveno dne:

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