



UOHSX0040Q0S

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S542/2011/VZ-1631/2012/540/PVé

V Brně dne: 8. srpna 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 10. 11. 2011 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – obec Rohozná, IČ 00277274, se sídlem Rohozná 264, 569 72 Rohozná, zast. Vladimírem Židkem, starostou,
- vybraný uchazeč – Zlínské stavby, a.s., IČ 25317300, se sídlem K majáku 5001, 761 23 Zlín, za niž jedná Ing. Karel Perůtka, předseda představenstva, a Radek Hlavička, místopředseda představenstva,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem v souvislosti s porušením zásady transparentnosti zadávacího řízení uvedené v ust. § 6 citovaného zákona ve spojení s ust. § 44 odst. 1 citovaného zákona, když nevymezil předmět veřejné zakázky „Rekonstrukce brownfieldu bývalé ZŠ pro rozvoj občanské vybavenosti Rohozné“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 9. 9. 2009, v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – obec Rohozná, IČ 00277274, se sídlem Rohozná 264, 569 72 Rohozná – se při zadávání výše uvedené veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že porušil ust. § 6 citovaného zákona ve spojení s ust. § 44 odst. 1 citovaného zákona, když nevymezil předmět veřejné zakázky „Rekonstrukce brownfieldu bývalé ZŠ pro rozvoj občanské vybavenosti

Rohozné“ v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, což se projevilo v porušení zásady transparentnosti v postupu zadavatele při hodnocení nabídek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – obec Rohozná, IČ 00277274, se sídlem Rohozná 264, 569 72 Rohozná – **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

1. Zadavatel – obec Rohozná, IČ 00277274, se sídlem Rohozná 264, 569 72 Rohozná, zast. Vladimírem Židkem, starostou (dále jen „zadavatel“), zahájil výzvou ze dne 9. 9. 2009 zjednodušené podlimitní řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), za účelem zadání veřejné zakázky „Rekonstrukce brownfieldu bývalé ZŠ pro rozvoj občanské vybavenosti Rohozné“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Na základě podnětu k přezkoumání postupu zadavatele v předmětné veřejné zakázce si Úřad od zadavatele vyžádal veškerou dokumentaci související se zadáním předmětné veřejné zakázky. Z obdržené dokumentace Úřad zjistil tyto skutečnosti.

Zadávací řízení

3. V bodu 8. zadávací dokumentace zadavatel vymezil následující hodnotící kritéria a jejich váhu – celková nabídková cena včetně DPH (váha 40 %), lhůta pro dokončení stavby ve dnech (30 %), délka záruční a pozáruční doby v měsících (30 %).
4. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami, které proběhlo dne 30. 9. 2009, vyplývá, že zadavatel obdržel 9 nabídek. Na základě provedeného hodnocení nabídek ze dne 4. 3. 2010 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče Zlínské stavby, a.s., IČ 25317300, se sídlem K majáku 5001, 761 23 Zlín, za niž jedná Ing. Karel Perůtka, předseda představenstva, a Radek Hlavička, místopředseda představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“). Dne 12. 4. 2010 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo, přičemž cena díla byla stanovena ve výši 9 278 823,50 Kč bez DPH (11 134 588,- Kč vč. DPH).

Průběh správního řízení

5. Vzhledem k tomu, že Úřad na základě posouzení dokumentace k šetřené veřejné zakázce získal pochybnosti, zda zadavatel při vymezení hodnotících kritérií postupoval v souladu s ust. § 6 a § 44 odst. 1 zákona, zahájil správní řízení z moci úřední.
6. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,

- vybraný uchazeč.

7. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S542/2011/VZ-17629/2011/540/PVé ze dne 8. 11. 2011, v němž seznámil účastníky řízení s výše uvedenými skutečnostmi. Usnesením č. j. ÚOHS-S542/2011/VZ-17630/2011/540/PVé ze dne 8. 11. 2011 stanovil účastníkům lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a vyjádřit v řízení svá stanoviska a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Dne 10. 11. 2011, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvnímu z účastníků řízení, bylo zahájeno správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

Vyjádření zadavatele ze dne 24. 11. 2011

8. Dne 24. 11. 2011 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření, v němž konstatuje, že na rozdíl od záruční doby skutečně zvláštní právní předpis nevymezuje termín „pozáruční doba“. Dle zadavatele zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění účinném v době zadání (dále jen „obchodní zákoník“), pro případy uzavření smlouvy o dílo, což je relevantní pro smlouvu uzavřenou v tomto zadávacím řízení, definuje postup při vadách díla, záruční dobu a záruku za jakost (viz § 560 odst. 2 a § 563 odst. 2 v návaznosti na § 439 cit. zákona respektive § 564 a § 436 téhož zákona). V obchodním styku a potažmo v řadě všeobecných obchodních podmínek týkajících se dodávek různého druhu se podle zadavatele běžně používá termín „záruční servis“ a sice právě v souvislosti s vyřízením reklamace vady zboží či díla opravou v záruční době. Rovněž termín „záruční servis“ není zvláštním právním předpisem přímo definován, nicméně je podle zadavatele v obchodní praxi bez problémů přijímán, aniž by bylo sporu o jeho obsahu. Zadavatel se domnívá, že stejně jako u záruční doby se v obchodním styku smluvní strany odkazují na tzv. „záruční servis“ (mimo ostatních případných možností vypořádání vad, zboží či díla v záruční době), je zcela běžné pro opravy díla či věci po uplynutí záruční doby používat termín „pozáruční servis“. Ten se pak logicky podle zadavatele vztahuje na dobu po uplynutí záruky, tedy „pozáruční dobu“. Obchodní zákoník dle zadavatele totiž v úpravě smlouvy o dílo (§ 536) výslovně počítá s tím, že dílem může být mimo jiné i oprava věci; zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění účinném v době zadání (dále jen „občanský zákoník“), pak v ust. § 652 přímo obsahuje zvláštní úpravu smlouvy o dílo pro případy opravy a úpravy věci. Že je termín „pozáruční servis“ společně s termínem „záruční servis“ všeobecně přijímán, svědčí dle zadavatele také sám zákon o veřejných zakázkách, který jej v ust. § 78 odst. 4 přímo uvádí jako jedno z možných dílčích kritérií hodnocení nabídek v případě použití ekonomické výhodnosti jako základního hodnotícího kritéria. Logicky tak použití termínu „pozáruční doba“ podle zadavatele obecně odkazuje na časový úsek, po který má být dodavatelem poskytován pozáruční servis. Vzhledem k běžné obchodní praxi, by se jiný než výše uvedený výklad obsahu slovního spojení „pozáruční doba“ zásadně odchyloval od logiky obchodně – právních vztahů. A dle názoru zadavatele nelze opomenout, že obchodní praxe neboli „praxe, kterou si strany mezi sebou zavedly“, je koneckonců jedním z výkladových vodítek projevu vůle v obchodním právu – viz ust. § 266 odst. 3 obchodního zákoníku.
9. Zadavatel dále dodává, že použití slovního spojení „pozáruční doba“ v kritériu hodnocení spolu se záruční dobou nemohlo být pro dodavatele neurčité nebo matoucí. Konkrétně v případě předmětné veřejné zakázky jde podle zadavatele o dobu, po kterou se uchazeči mají zavázat k tomu, že v případě nutnosti uzavřou se zadavatelem smlouvu, jejímž obsahem

bude oprava díla, či jeho částí. Jinými slovy se tedy dle názoru zadavatele jedná o dobu, po kterou uchazeči garantují připravenost poskytnout zadavateli „pozáruční servis“.

10. Ve svém vyjádření zadavatel dále uvádí, že uchazeči měli volnost, buď nabídnout delší samotnou záruční dobu, případně poskytovanou záruční dobu prodloužit o dobu připravenosti poskytnout servis pozáruční. O skutečnosti, že obsah předmětného kritéria nebyl dodavatelům nejasný, podle zadavatele svědčí rovněž to, že bylo podáno celkem devět nabídek, přičemž v průběhu lhůty pro podání nabídek nebyla zadavateli doručena žádná žádost o poskytnutí dodatečných informací. Zadavatel se taktéž domnívá, že ačkoliv uchazeči zvolili různé strategie pro kombinování délky záruční a pozáruční doby, všem byl obsah předmětného kritéria jasný a nečinil jim potíže při sestavení a podání nabídky.
11. K průběhu samotného hodnocení zadavatel uvádí, že si je vědom nabídky vybraného uchazeče na 660 měsíců záruční a pozáruční doby lišící se od nabídek ostatních uchazečů, nicméně zadavatel v zadávací dokumentaci uchazeče neomezil tím, že by stanovil strop nejdelší záruční a pozáruční doby, a proto zadavatel dle jeho mínění, nebyl vůbec oprávněn v průběhu hodnocení se u tohoto kritéria zabývat otázkou přiměřenosti nabízených hodnot.
12. Zadavatel z výše uvedených důvodů nesouhlasí s tím, že by se svým postupem při vymezení předmětného dílčího kritéria hodnocení dopustil porušení ust. §§ 6 a 44 odst. 1 zákona Zadavatel proto žádá, aby Úřad zahájené správní řízení zastavil, neboť neexistují důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona.
13. Závěrem zadavatel uvádí, že předmětné zadávací řízení bylo již v roce 2010 předmětem šetření ze strany Úřadu, a to na základě podnětu, kdy bylo zadavateli jako výsledek šetření doporučeno provést nové hodnocení nabídek. Nové hodnocení zadavatel provedl a poté zaslal Úřadu kompletní zprávu o průběhu zadávacího řízení. Jelikož se Úřad dále k uvedené zprávě nevyjádřil, zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu v dobré víře, že jeho postup v zadávacím řízení byl v souladu se zákonem.

Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 23. 11. 2011

14. Dne 24. 11. 2011 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče, v němž uvádí, že se s termínem „pozáruční doba“ již v minulosti setkal v jiných zadávacích řízeních, a tudíž nebyl důvod v dané věci činit dotazy na zadavatele.
15. Dopisem ze dne 5. 12. 2011 si Úřad od uchazečů, kteří se zúčastnili předmětného zadávacího řízení, vyžádal vyjádření, zda byla v jejich nabídce zohledněna pozáruční doba a jaké plnění tato pozáruční doba pokrývala.
16. Po obdržení vyjádření oslovených uchazečů Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S542/2011/VZ-2794/2012/540/PVé ze dne 10. 2. 2012 stanovil účastníkům řízení lhůty k vyjádření k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele ze dne 20. 2. 2012

17. Dne 20. 2. 2012 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, v němž uvádí, že formulaci dotazu Úřadem nepovažuje za nejvhodnější s ohledem na důvod realizace dalšího dokazování, neboť předmětem kritéria neměl být nějaký konkrétní rozsah prací, dodávek, či služeb, tedy jinými slovy „plnění“. Takový výklad dle zadavatele již ze samotného názvu předmětného kritéria jednoznačně nevyplývá, když hodnocena měla být délka „doby“ ne

např. rozsah či struktura určitého plnění. Způsob textace dotazu podle zadavatele nicméně vedl alespoň k tomu, že se (někteří) uchazeči vyjádřili k tomu, co rozumí případnou faktickou činností v pozáruční době. Dle názoru zadavatele vyjádření oslovených uchazečů potvrzují předchozí stanovisko zadavatele o srozumitelnosti předmětného dílčího kritéria hodnocení a zadavatel nadále trvá na tom, že se svým postupem nedopustil porušení zákona a žádá proto, aby Úřad zahájené správní řízení zastavil.

Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 20. 2. 2012

18. Dne 21. 2. 2012 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče, jehož obsah je totožný s jeho dřívějším vyjádřením.

Závěry Úřadu

19. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, vyjádření zadavatele a vybraného uchazeče a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při vymezení předmětu veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
20. Podle ustanovení § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
21. Podle ustanovení § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace 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.
22. Podle ustanovení § 78 odst. 4 zákona rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria. Dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky a mohou jimi být vedle nabídkové ceny zejména kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení.
23. V bodu 8. zadávací dokumentace zadavatel vymezil následující hodnotící kritéria a jejich váhu – celková nabídková cena včetně DPH (váha 40 %), lhůta pro dokončení stavby ve dnech (30 %), délka záruční a pozáruční doby v měsících (30 %). Zadavatel však v zadávací dokumentaci k předmětné veřejné zakázce blíže nespecifikoval, co je obsahem termínu „pozáruční doba“, jenž je obsažen v dílčím hodnotícím kritériu „délka záruční a pozáruční doby v měsících“. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek vyplývá, že dílčí hodnotící kritérium „délka záruční a pozáruční doby v měsících“ bylo hodnoceno na základě součtu v nabídkách uváděných délek záruční a pozáruční doby, přičemž v rámci nabídek zadavatel obdržel v rámci tohoto hodnotícího kritéria následující hodnoty (v měsících) – 660, 120, 90, 60 a 60.
24. Vzhledem ke skutečnosti, že jeden z uchazečů nabídl ve své nabídce údaj týkající se délky nabízené pozáruční doby, která výrazně přesahovala hodnoty uvedené ostatními uchazeči a tato odlišnost významným způsobem ovlivnila proces hodnocení nabídek, zabýval se Úřad primárně otázkou, zda nebyl proces hodnocení nabídek narušen nesprávným postupem

zadavatele v zadávacím řízení, resp. zda uchazeči vycházeli při sestavování nabídek ve vztahu k hodnoceným dílčím kritériím z jednoznačných informací uvedených v zadávací dokumentaci a zda tedy zadavatel obdržel a hodnotil vzájemně porovnatelné nabídky.

25. Úřad v obecné rovině konstatuje, že zajištění srozumitelnosti a jednoznačnosti zadávací dokumentace bylo jak v rozhodovací praxi Úřadu, tak i soudů, již několikrát označeno jako zásadní předpoklad transparentnosti v zadávacím řízení. V rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 34/2007-165 ze dne 25. 3. 2008 (potvrzený rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 3. 2009, č. j. 2 Afs 86/2008-222), je například uvedeno, že *„základem zadávací dokumentace je co nejpresnější 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 zadavatelem a poté i následné objektivní přezkoumání toho, zda zadavatel hodnotil nabídky takovým způsobem, jakým měl. Pokud mohou být předmětem hodnocení (...) toliko nabídky, které odpovídají zadávací dokumentaci, pokud každá nabídka vyhovující požadavkům stanoveným v zadávací dokumentaci je nabídkou vhodnou a pokud má zadávací dokumentace rozhodující význam i pro konečnou podobu smlouvy o realizaci veřejné zakázky (...), pak na přesnost, srozumitelnost a jednoznačnost údajů obsažených v zadávací dokumentaci je třeba klást klíčový důraz“*. V citovaném rozsudku dospěl Krajský soud v Brně též k závěru, že *„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 jednoznačně, 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 dále především zdůraznil, že nemůže obstát taková zadávací dokumentace, z níž zadavatelovy požadavky na zpracování nabídky a následně kritéria pro jejich hodnocení nevyplývají jasně, přesně, srozumitelně a jednoznačně, tj. kritéria, která v těchto ohledech objektivně připouští rozdílný výklad.
26. Úřad s ohledem na výše uvedené závěry Krajského soudu v Brně a na základě přezkumu předmětného zadávacího řízení dospěl k závěru, že v daném případě zadávací dokumentace připouštěla shora uvedenou interpretační nejistotu, která se následně negativně projevila v procesu sestavování i hodnocení nabídek, přičemž svůj závěr zakládá Úřad na následujících skutečnostech.

Hodnotící kritérium „délka záruční a pozáruční doby v měsících“

27. Dle názoru zadavatele použití slovního spojení „pozáruční doba“ v kritériu hodnocení spolu se „záruční dobou“ nemohlo být pro dodavatele neurčité nebo matoucí. Konkrétně v případě předmětné veřejné zakázky jde podle zadavatele o dobu, po kterou se uchazeči mají zavázat k tomu, že v případě nutnosti uzavřou se zadavatelem smlouvu, jejímž obsahem bude oprava díla, či jeho částí. Jinými slovy se tedy dle názoru zadavatele jedná o dobu, po kterou uchazeči garantují připravenost poskytnout zadavateli „záruční a pozáruční servis“. Ve svém

vyjádření zadavatel dále uvádí, že uchazeči měli volnost, buď nabídnout delší samotnou záruční dobu, případně poskytovanou záruční dobu prodloužit o dobu připravenosti poskytnout servis pozáruční. K průběhu samotného hodnocení zadavatel uvádí, že si je vědom nabídky vybraného uchazeče na 660 měsíců záruční a pozáruční doby lišící se od nabídek ostatních uchazečů, nicméně zadavatel uvádí, že v zadávací dokumentaci uchazeče neomezil tím, že by stanovil strop nejdelší záruční a pozáruční doby, a proto dle jeho mínění, nebyl vůbec oprávněn v průběhu hodnocení se u tohoto kritéria zabývat otázkou přiměřenosti nabízených hodnot.

28. K uvedenému Úřad uvádí, že se neztotožňuje s myšlenkovou konstrukcí zadavatele týkající se vztahu záruční doby a záručního servisu, resp. pozáruční doby a pozáručního servisu, přičemž dle názoru Úřadu právě toto zadavatelem uvedené pojetí použitého pojmosloví vyústilo v nejednoznačnost zadávací dokumentace a následně netransparentnost zadávacího řízení. Svě závěry zakládá Úřad s ohledem na následující popis řešené problematiky.

Záruční doba

29. Při vymezení tohoto pojmu Úřad se zadavatelem nachází shodu v určení, že tento institut vychází z právní úpravy uvedené v zákoně č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, který pro případy uzavření smlouvy o dílo, což je relevantní pro smlouvu uzavřenou v tomto zadávacím řízení, definuje postup při vadách díla, záruční dobu a záruku za jakost (viz § 560 odst. 2 a § 563 odst. 2 v návaznosti na § 439 respektive § 564 a § 436 obchodního zákoníku). Záruční dobou se tedy rozumí doba, po kterou lze uplatnit záruku (včetně záruky za jakost), tj. jedná se o dobu, po níž se lze dovolávat odpovědnosti zhotovitele za vady díla, které se projeví po jeho převzetí. Za vady díla, na něž se vztahuje záruka za jakost, odpovídá zhotovitel v rozsahu této záruky. Dle ust. § 436 (v návaznosti na ust. § 564) obchodního zákoníku je-li dodáním zboží s vadami porušena smlouva podstatným způsobem může kupující: a) požadovat odstranění vad dodáním náhradního zboží za zboží vadné, dodání chybějícího zboží a požadovat odstranění právních vad, b) požadovat odstranění vad opravou zboží, jestliže vady jsou opravitelné, c) požadovat přiměřenou slevu z kupní ceny, nebo d) odstoupit od smlouvy.
30. K uvedenému Úřad uvádí, že výše specifikované servisní úkony, které je dodavatel povinen provést při případné reklamaci, lze označit jako určitý "servis ze zákona". Rozumí se tím tedy povinnost zhotovitele provést po řádně uplatněné reklamaci vady nebo vad díla v záruční době opravu tohoto díla. Přestože jde o určitou formu záručního servisu, nelze jej dle Úřadu zaměňovat s pojmem záruční servis tak, jak je uveden v ust. § 78 odst. 4 zákona. "Servis ze zákona" je pro všechny dodavatele stanoven zákonem a tudíž nelze o tuto část záručního servisu ve vztahu k nabízenému charakteru služeb soutěžit, nýbrž pouze ve vztahu k délce jeho poskytování. Obsah pojmu záruční doba tím, že je zákonem vymezen, nese jasnou informaci o předmětu plnění poskytovaného v zárukou vymezeném období, a proto je při využití tohoto pojmu jako hodnotícího kritéria a při jeho smluvním vyjádření zajištěn jeho vztah k nabízenému plnění, tzn. uvedením konkrétní délky záruční doby ve smlouvě se dodavatelé zavazují k plnění konkrétních zákonem stanovených činností po celou délku poskytované záruky. Jak Úřad dovodí níže, tato konstrukce neplatí analogicky při užití termínu pozáruční doba.

Záruční servis

31. V návaznosti na výše uvedené je proto zřejmé, že záručním servisem podle ust. § 78 odst. 4 zákona, je míněno vše, co jde nad rámec zákonem stanovených povinností dodavatele ve vztahu k dodávanému plnění (tj. nad rámec "servisu ze zákona"). Může jít o různé formy servisních, asistenčních či poradenských služeb, které mohou vést ke zkvalitnění užívání zakoupeného plnění. V tomto ohledu lze proto stanovit hodnotící kritérium záruční servis jako kritérium, ve kterém se projeví kvalitativní prvek nabízených servisních služeb. Podstatné však je, že v rámci tohoto kritéria musí být jednoznačně definováno, jaké plnění bude zadavateli v rámci záručního servisu poskytováno, aby mohlo být transparentně hodnoceno, jelikož tento typ servisu již zákonem definován není. V daném případě je pak délka poskytování takového záručního servisu navázána na celou délku záruční doby či její část, podle toho, jak je tato záležitost ošetřena v zadávacích podmínkách, resp. nabídkách, přičemž tyto okolnosti musí být taktéž formulovány jednoznačně pro účely hodnocení nabídek. Z uvedeného tedy vyplývá, že pokud zadavatel stanoví záruční servis jako hodnotící kritérium, očekává, že mu bude dodavatelem nabídnut souhrn činností jdoucích nad rámec zákonem stanovených povinností pro období záruky. Z tohoto důvodu proto nelze akceptovat názor, že uvedením záruční doby ve smluvních podmínkách se dodavatelé automaticky zavazují k plnění činností, které jdou nad rámec zákonem stanovených povinností, resp. že budou poskytovat blíže nespécifikovaný záruční servis. K uvedenému pak Úřad pro úplnost dodává, že lze očekávat taktéž situaci, kdy zadavatel použije termín záruční servis ve smyslu výše uvedeného „servisu ze zákona“ v tomto ohledu se však nic nemění na výše předloženém popisu věci, kdy je nutné tyto různé části záručního servisu odlišit pro účely postupu zadavatele v zadávacím řízení resp. pro účely stanovení hodnotících kritérií.

Pozáruční servis

32. Charakter tohoto hodnotícího kritéria je obdobný jako v případě záručního servisu, avšak zadavatel hodnotí rozsah služeb nabízených dodavatelem po uplynutí záruční doby. V případě pozáručního servisu musí tudíž být jednoznačně definována nejen délka, ale opět i charakter poskytovaného servisu, aby zadavatel měl jistotu, že mu bude hodnocené plnění poskytováno v požadovaném rozsahu a délce. V tomto ohledu je tedy opodstatněné, aby zadavatel požadoval vyjádření „délky pozáruční doby“, avšak takovýto údaj má svůj význam pouze pokud je jednoznačně spjat s jasně definovaným rozsahem služeb v rámci pozáručního servisu. Velmi obecně řečeno je tedy třeba mít smluvně zajištěno, co bude předmětem plnění takového pozáručního servisu a po jakou dobu bude toto plnění poskytováno. Pouze tak lze zajistit, že takovéto hodnotící kritérium má vztah k nabízenému plnění, jak vyžaduje ust. § 76 odst. 4 zákona.

Pozáruční doba

33. V případě stanovení pozáruční doby jako hodnotícího kritéria obdrží zadavatel informaci o určitém období, které má nastat po skončení záruční doby. Bez jakéhokoliv smluvního ujednání, jaké plnění má být v tomto období poskytováno, však nelze jednoznačně konstatovat, k jakým povinnostem se dodavatel v tomto období zavázal. Jak již bylo uvedeno, v záruční době je touto povinností pouze "servis ze zákona" a proto je možné délku záruky hodnotit bez dalšího, avšak v případě pozáruční doby tato zákonná povinnost neexistuje, a tudíž není možné jednoznačně stanovit, jaké plnění by vybraný uchazeč byl ochoten zadavateli poskytovat, resp. zda by jakékoliv plnění vůbec poskytoval. Zadavatel

tak bez bližší smluvní specifikace poskytovaného plnění může obdržet v tomto kritériu neporovnatelné nabídky, resp. hodnota tohoto kritéria nemá žádnou informační hodnotu ve vztahu k plnění veřejné zakázky, jelikož není zřejmé, co v tomto kritériu zadavatel získává. Takové nastavení hodnotícího kritéria je tak nutné označit za netransparentní, jelikož nelze přezkoumat, zda se dodavatelé ve svých nabídkách zavazovali ke stejným povinnostem v rámci pozáruční doby. Tento závěr nepřímo potvrzuje i sám zadavatel ve svém vyjádření, když uvádí, že v daném hodnotícím kritériu jde o dobu, po kterou se uchazeči mají zavázat k tomu, že v případě nutnosti uzavřou se zadavatelem smlouvu, jejímž obsahem bude oprava díla, či jeho částí. Z tohoto tvrzení je evidentní, že zadavatel předpokládá, že v definovaném období bude teprve uzavřena smlouva na nějaké předem nespécifikované plnění.

34. Úřad v návaznosti na výše uvedené tedy shrnuje, že nelze přijmout argumentaci zadavatele, podle níž je v záruční době automaticky poskytován záruční servis a analogicky pak v pozáruční době je poskytován pozáruční servis. Jak již bylo uvedeno výše, v záruční době je automaticky poskytován pouze „servis ze zákona“ nikoliv však záruční servis ve smyslu ust. § 78 odst. 4 zákona, pokud takto nebyl dojednáno smluvně. Dle názoru Úřadu se tudíž analogicky dodavatel uvedením pozáruční doby nezavázal k poskytování pozáručního servisu. Úřad proto konstatuje, že pro odlišení charakteru záruční doby a pozáruční doby je stěžejní ta skutečnost, že v záruční době je zákonem stanoven rozsah služeb, které je dodavatel povinen zadavateli poskytnout za účelem opravy zboží či díla, avšak v pozáruční době toto zákonem stanovené rozhraní povinností dodavatele neexistuje a tudíž poskytování servisních služeb v pozáruční době se lze účinně domáhat až na základě jejich jednoznačného smluvního vyjádření.
35. Současně Úřad uvádí, že i kdyby zadavatelem popisovaný automatický vztah mezi pozáruční dobou a pozáručním servisem existoval, míru netransparentnosti by v tomto zadávacím řízení nesnížil, jelikož i tak není zřejmé, co by bylo součástí takto poskytovaného pozáručního servisu ze strany dodavatele. Z tohoto důvodu by nadále přetrvávala nejasnost, zda zadavatel neobdržel vzájemně neporovnatelné nabídky, poněvadž i přes skutečnost, že byly hodnoceny údaje stejného charakteru (délka pozáruční doby v měsících), míra jejich vzájemné poměřitelnosti byla bez zajištění shodnosti předmětu plnění případného pozáručního servisu nulová. Nelze tedy v daném případě taktéž ani konstatovat, že nabízená hodnota záruční doby vybraného uchazeče je pro zadavatele přínosem navíc (ve smyslu závěrů vyplývajících z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 75/2009-100 ze dne 6. 11. 2009), jelikož v tomto zadávacím řízení takto nabídnutá hodnota není pro zadavatele žádnou přidanou hodnotou, nýbrž pouze bezobsažným číslem, které významným způsobem pouze ovlivnilo hodnocení nabídek.
36. K uvedenému Úřad dodává, že provedené šetření mezi uchazeči v rámci správního řízení nevyvrátilo pochybnosti Úřadu o vzájemné neporovnatelnosti jednotlivých nabídek, jelikož část uchazečů poskytla zadavateli pouze prodlouženou záruční dobu s tím, že pozáruční servis dle jejich názoru je v pozáruční době účtován podle aktuálních požadavků klienta (BÁČA, Polička s.r.o. a JAVORNÍK-CZ-PLUS s.r.o.), jeden z uchazečů (Stavební firma KLEPOCOL s.r.o.) přímo uvedl, že pojem pozáruční doba mu vzhledem k hodnocení v nabídkách není z ostatních výběrových řízení znám a tento termín si vysvětloval tak, že se jedná o prodlouženou záruku, a vybraný uchazeč uvedl, že se uvedením požadovaného údaje automaticky zavázal k poskytování záručního servisu. Úřad se proto neztotožňuje

s názorem zadavatele, že vyjádření uchazečů potvrzují, že zadávací dokumentace byla zpracována srozumitelně a jednoznačně, nýbrž považuje i tato vyjádření za důkaz nejednoznačnosti interpretace významu termínu „pozáruční doba“. V tomto ohledu lze proto za nevhodné označit i zadavatelem použité spojení ukazatele délky záruční doby a pozáruční doby v rámci jednoho dílčího hodnotícího kritéria, jelikož jak je evidentní z obdržených nabídek, výsledná hodnota součtu těchto hodnot v jednotlivých nabídkách, obsahovala různý charakter nabízených záruk, což je opět nutné považovat za situaci, kdy zadavatel obdržel vzájemně neporovnatelné nabídky.

37. S ohledem na výše uvedené proto Úřad dospěl k názoru, že zadavatel na základě nedostatečně zpracované zadávací dokumentace, kde neuvedl podrobnosti nezbytné pro zpracování nabídky ve vztahu k hodnocenému kritériu „délka záruční a pozáruční doby v měsících“, obdržel neporovnatelné nabídky, což se následně projevilo v netransparentnosti procesu hodnocení nabídek, a zadávací řízení je tak tímto postupem zadavatele zatíženo nezhojitelnou vadou nepřezkoumatelnosti.
38. V návaznosti na výše uvedené proto Úřad konstatuje, že zadavatel porušil ust. § 6 zákona ve spojení s ust. § 44 odst. 1 zákona, když nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, což se projevilo v porušení zásady transparentnosti v postupu zadavatele při hodnocení nabídek, přičemž tento postup mohl s ohledem na neporovnatelnost jednotlivých nabídek podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.

Uložení sankce

39. Podle ust. § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že
 - a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82,
 - b) zruší zadávací řízení, aniž byly splněny podmínky podle § 84,
 - c) nepořídí nebo neuchová dokumentaci o veřejné zakázce podle § 109 a 155, nebo
 - d) nesplní povinnost stanovenou v § 146 a 147 pro uveřejňování.
40. Zadavatel se dopustil správního deliktu tím, že porušil ust. § 6 zákona ve spojení s ust. § 44 odst. 1 zákona, když nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, což se projevilo v porušení zásady transparentnosti v postupu zadavatele při hodnocení nabídek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem
41. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem na základě postupu, při němž nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
42. Podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) zákona.

43. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 11 134 588,- Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 556 729,4 Kč.
44. Podle ust. § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
45. Před uložením pokuty Úřad tedy ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ust. § 121 odst. 3 zákona k uložení pokuty. V daném případě došlo ke spáchání správního deliktu uzavřením smlouvy dne 12. 4. 2010, z čehož je zřejmé, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
46. Podle ust. § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
47. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu následující skutečnosti.
48. Z hlediska stupně závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu celkový kontext šetřeného případu. V šetřeném případě zadavatel vyhlásil zadávací řízení, přičemž se v rámci svého postupu v průběhu zadávacího řízení dopustil výše definovaného správního deliktu. Nelze tedy konstatovat, že by zadavatel postupoval při zadání předmětné veřejné zakázky zcela mimo režim zákona, resp. že by její zadání neproběhlo v zadávacím řízení.
49. Přesto však mohlo dojít tím, že svým jednáním zadavatel porušil zásadu transparentnosti uvedenou v ust. § 6 zákona v návaznosti na nedodržení postupu stanoveného v ust. § 44 odst. 1 zákona, k významnému narušení soutěžního prostředí v daném zadávacím řízení a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, v čehož důsledku mohlo dojít k nevhodnému využití veřejných prostředků. Takovéto pochybení je proto nutné pojímat za jedno z velmi závažných porušení zákona. Vzhledem k tomu, že v daném případě chybně nastavené hodnotící kritérium podstatným způsobem zasáhlo do procesu hodnocení nabídek, nelze pojímat jako polehčující okolnost ani potenciální možnost zachování dostatečné míry soutěže s ohledem na počet podaných nabídek.
50. Co se týče způsobu spáchání správního deliktu, Úřad uvádí, že nelze vyloučit, ale ani potvrdit úmysl obejít požadovaného postupu podle zákona, a z tohoto důvodu nelze tyto skutečnosti zohlednit v rámci polehčujících ani přitěžujících okolností.
51. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložení velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
52. K okolnostem, za nichž byl správní delikt spáchán, Úřad uvádí, že v projednávaném případě z obdržených podkladů vyplývá, že nabídková cena vybraného uchazeče byla druhá nejnižší, a tudíž je možné konstatovat, že se nevhodnost v daném případě neprojevila v excesivní míře. Ve vztahu k okolnostem, za nichž byl správní delikt spáchán, lze tedy podle Úřadu považovat tuto skutečnost za určitou polehčující okolnost. Úřad k této okolnosti přihlédl při posuzování způsobu spáchání správního deliktu a při zvažování o výši sankce. Jak ale vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí, postup zadavatele i přes tuto okolnost nebyl v souladu se zákonem, přičemž pochybení zadavatele mělo důsledek v narušení

soutěžního prostředí, které je považováno za jedno z velmi závažných pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek. Úřad proto k výše uvedené polehčující okolnosti uvádí, že ji nelze považovat za okolnost, která by „zhojila“ uvedené porušení zákona.

53. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. 405/2002 Sb. Dle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter.
54. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce, a to funkci represivní a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k chování, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností šetřeného případu a uvážení všech argumentů, Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil její výši stanovenou v hodnotě 50 000,- Kč vzhledem k souvislostem případu a ve vztahu k výše uvedenému, a to zejména s ohledem na okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, jako dostačující, přičemž z tohoto důvodu akcentoval ve vztahu k zadavateli právě preventivní účinek uložené sankce.
55. Pro úplnost Úřad uvádí, že pokuta, jakkoliv se může jevit jako relativně nízká (ve výši cca 9 % z maximální možné pokuty, která mohla být zadavateli za spáchaný správní delikt uložena), je schopna podle Úřadu naplnit preventivní funkci spočívající v předcházení porušování zákona.
56. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci předmětné veřejné zakázky již byla uzavřena a nápravy tedy nelze dosáhnout.
57. Pokuta uložená ve výroku II. tohoto rozhodnutí bude uhrazena na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Obec Rohozná, Rohozná 264, 569 72 Rohozná
2. Zlínské stavby, a.s., K majáku 5001, 761 23 Zlín

Vypraveno dne:

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