



UOHSX004R1J9

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R240/2012/VZ-2246/2012/310/MŠe

Brno 6. února 2013

Ve správním řízení o rozkladu, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 23. 8. 2012, podaném zadavatelem –

- **obec Rohozná**, IČ 00277274, se sídlem Rohozná 264, 569 72 Rohozná,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j.: ÚOHS-S542/2011/VZ-1631/2012/540/PVé ze dne 8. 8. 2012, ve věci možného spáchání správního deliktu podle ustanovení § 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 § 6 citovaného zákona ve spojení s § 44 odst. 1 citovaného zákona, tím, že 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, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- **Zlínské stavby, a.s.**, IČ 25317300, se sídlem K majáku 5001, 761 23 Zlín,

s níž byla na předmět veřejné zakázky dne 12. 4. 2010 uzavřena smlouva o dílo,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j.: ÚOHS-S542/2011/VZ-1631/2012/540/PVé ze dne 8. 8. 2012,

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil z moci úřední, na základě podnětu, správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem obec Rohozná, IČ 00277274, se sídlem Rohozná 264, 569 72 Rohozná (dále jen „**zadavatel**“) podle § 120 odst. 1 písm. a) ve spojení s § 6 a § 44 odst. 1 zákona, ve veřejné zakázce „Rekonstrukce brownfieldu bývalé ZŠ pro rozvoj občanské vybavenosti Rohozné“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 9. 9. 2009. Úřad oznámil účastníkům zahájení správního řízení dopisem ze dne 8. 11. 2011, č. j. ÚOHS-S542/2011/VZ-17629/2011/540/PVé, přičemž jako účastníky označil zadavatele a vybraného uchazeče, společnost Zlínské stavby, a.s., IČ 25317300, se sídlem K majáku 5001, 761 23 Zlín (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Oznámení o zahájení správního řízení bylo prvním z účastníků, zadavatel, doručeno dne 10. 11. 2011, čímž bylo zahájeno správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
2. Zadavatel v zadávací dokumentaci vymezil následující hodnotící kritéria a jejich váhu – celková nabídková cena včetně DPH (váha 40 %), lhůta pro dokončení stavby ve dnech (30 %) a délka záruční a pozáruční doby v měsících (30 %). 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 vybraného uchazeče. 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).

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

II. Napadené rozhodnutí

3. Úřad posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů vydal dne 8. 8. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S542/2011/VZ-1631/2012/540/PVé (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl, že zadavatel se při zadávání výše uvedené veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona ve spojení s § 6 a § 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 ve výroku II. Úřad rozhodl, že za spáchání uvedeného správního deliktu se zadavateli pokuta ve výši 50 000,- Kč.
4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel v zadávací dokumentaci nespécifikoval, co je obsahem termínu „pozáruční doba“, jenž je obsažen v dílčím hodnotícím kritériu „délka záruční a pozáruční doby v měsících“. Zadavatel tedy na základě nedostatečně zpracované zadávací dokumentace, v níž 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. Zadávací řízení je tak v důsledku uvedeného postupu zadavatele zatíženo nezhojitelnou vadou nepřezkoumatelnosti. K závěru o netransparentním postupu zadavatele dospěl Úřad na základě dílčích závěrů, které učinil ohledně interpretace zadavatelem použitých pojmů záruční doba a pozáruční doba a v návaznosti na to i souvisejících pojmů záruční a pozáruční servis.
5. K termínu záruční doba Úřad uvedl, že záruční dobou se 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. Úkony, které je dodavatel, jakožto zhotovitel díla, povinen učinit na základě uplatněné reklamace v rámci záruční doby, tj. zákonem přesně vymezené úkony, lze označit za určitý „servis ze zákona“. Přestože jde o určitou formu záručního servisu, nelze jej dle Úřadu zaměňovat s pojmem záruční servis tak, jak je uveden v ustanovení § 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, neboť soutěžit lze pouze ve vztahu k délce jeho poskytování.
6. Ohledně termínu „záruční servis“ Úřad uvedl, že s přihlédnutím k výše uvedenému je zřejmé, že záručním servisem podle ustanovení § 78 odst. 4 zákona, je označováno vše, co jde nad rámec zákonem stanovených povinností dodavatele ve vztahu k dodávanému plnění (tj. nad rámec „servisu ze zákona“). V rámci kritéria „záruční servis“ tak musí být jednoznačně definováno, jaké plnění bude zadavateli v rámci záručního servisu poskytováno, jelikož tento typ servisu již zákonem definován není.

7. K „pozáručnímu servisu“ Úřad uvedl, že charakter tohoto hodnotícího kritéria je obdobný jako v případě záručního servisu, avšak zadavatel hodnotí rozsah služeb nabízených dodavatelem po uplynutí záruční doby, tedy v „době pozáruční“. V případě pozáručního servisu musí být tudíž jednoznačně definována nejen délka pozáruční doby, ale opět i charakter poskytovaného servisu, aby zadavatel měl jistotu, že mu bude hodnocené plnění poskytováno v požadovaném rozsahu a v požadované délce. V tomto ohledu je tedy opodstatněné, aby zadavatel požadoval vyjádření „délky pozáruční doby“. Takovýto údaj má však svůj význam pouze tehdy, pokud je jednoznačně spjat s jasně definovaným rozsahem služeb v rámci pozáručního servisu.
8. Ohledně termínu „pozáruční doba“ Úřad dospěl k závěru, že 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 o tom, jaké plnění má být v tomto období poskytováno, však nelze jednoznačně konstatovat, k jakým povinnostem se dodavatel v rámci trvání pozáruční doby zavázal. Zadavatel tak bez bližší smluvní specifikace poskytovaného plnění může obdržet v tomto kritériu neporovnatelné nabídky. 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 netransparentní, jelikož nelze přezkoumat, zda se dodavatelé ve svých nabídkách zavazovali k plnění stejných povinností v rámci pozáruční doby.

III. Námitky rozkladu

9. Dne 23. 8. 2012 obdržel Úřad v zákonné lhůtě od zadavatele rozklad, v němž zadavatel uvádí, že napadené rozhodnutí považuje za překvapující, neboť již v minulosti Úřad obdržel podněty k přezkumu zákonnosti postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky, avšak tyto nebyly Úřadem vyhodnoceny jako opodstatněné. Zadavatel v rozkladu setrvává na svém stanovisku, že obsah kritéria „délka záruční a pozáruční doby v měsících“ nebyl uchazečům nejasný. Takovému závěru dle něj nasvědčuje i skutečnost, že po dobu lhůty pro podání nabídek nebyla zadavateli doručena žádná žádost o poskytnutí dodatečných informací.
10. Zadavatel dále odmítá použití a obsahové vymezení termínů „záruční servis“ a „servis ze zákona“, tak jak je v rámci svých právních úvah, pro účely odůvodnění napadeného rozhodnutí, používá v napadeném rozhodnutí Úřad. Podle zadavatele se jedná o uměle vytvořenou konstrukci dvojího pojmosloví, kterou nelze akceptovat. Termín „záruční servis“ se dle jeho názoru používá v obchodním styku běžně a to v souvislosti s vyřízením reklamace v záruční době. S ohledem na to má zadavatel za to, že není nutno pro služby poskytované dodavatelem v rámci záruční doby používat termíny dva, jak to učinil Úřad v napadeném rozhodnutí. Podle zadavatele nemohly uchazečům vzniknout pochybnosti o povaze a rozsahu služeb poskytovaných v rámci záručního servisu, přičemž uchazeči skutečně soutěžili pouze o délku nabízené záruční a doby, jak ostatně vyplývá z formulace dílčího hodnotícího kritéria „délka záruční a pozáruční doby v měsících“.
11. K argumentaci Úřadu týkající se „pozáruční doby“ zadavatel uvádí, že pozáruční dobou se rozumí doba, která bezprostředně navazuje na konec záruční doby. Zadavatel se neztotožňuje se závěrem Úřadu, že zadavatel musí mít smluvně zajištěno, co bude

předmětem plnění takového pozáručního servisu a po jakou dobu. V této souvislosti zadavatel namítá, že podstatou pozáručního servisu je především připravenost dodavatele na výzvu zadavatele a v co nejkratším čase zajistit opravu díla nebo jeho části v době, kdy už záruční doba neběží. Zadavatel dále uvádí, že předpokládal, že v období definovaném jako „pozáruční doba“ bude teprve uzavřena smlouva na předem nespecifikované plnění. Zadavatel je dále přesvědčen, že takový postup vyplývá z povahy pozáručního servisu a v tomto kritériu tedy nelze spatřovat nedostatek transparentnosti.

12. Napadenému rozhodnutí zadavatel dále vytýká, že se nezabývalo posouzením toho, zda nedodržení postupu stanoveného zákonem dosáhlo takové intenzity, aby podstatně ovlivnilo, nebo mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad tuto skutečnost nezkoumal, pouze ji konstatoval a s ohledem na to je rozhodnutí zatíženo vadou nepřezkoumatelnosti. Zadavatel konstatuje, že naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nebylo Úřadem spolehlivě prokázáno.
13. Rozhodnutí je dle názoru zadavatele nepřezkoumatelné v části, v níž Úřad účastníka seznamuje se svými myšlenkovými pochody, které jej vedly k uložení pokuty ve výši 50 000,- Kč. Zadavatel nesouhlasí s uložení pokuty, jejíž výše odpovídá 9 % z maximální možné pokuty, kterou by mu bylo možno uložit, tj. z částky 556 729,- Kč. V této souvislosti poukazuje na rozhodnutí Úřadu, vydané na počátku roku 2009 a poukazuje, že v tomto konkrétním případě byla uložena pokuta odpovídající pouze 1,7 % z celkové výše pokuty, kterou byl Úřad oprávněn uložit. Zadavatel má za to, že pokuta odpovídající 9 % konkrétní zákonné sazby, odpovídá, s ohledem na dosavadní rozhodovací praxi Úřadu, vysoce závažnému a úmyslnému porušení, se zcela vylučujícími účinky na soutěžní prostředí. Zadavatel má za to, že svým postupem při ukládání pokuty se Úřad dopustil porušení zásady legitimního očekávání. Pochybení Úřadu je dle zadavatele o to významnější, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že nebylo zjištěno, že by zadavatel postupoval zcela mimo režim zákona, nebo že by pro zadávání veřejné zakázky použil méně formální postup, než vyžaduje zákon. Výši uvedené pokuty, ve vztahu k požadavkům uvedeným v nálezů Ústavního soudu č. 405/2002 Sb., posoudil Úřad pouze mechanicky, aniž by se zabýval konkrétními ekonomickými ukazateli zadavatelova hospodaření a všemi reálnými dopady, které bude rozhodnutí mít na hospodářskou situaci zadavatele.

Závěr rozkladu

S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil, eventuálně, aby jej změnil tak, že uloženou pokutu podstatně sníží.

IV. Řízení o rozkladu

14. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb. správní řád, v platném znění (dále jen „správní řád“) věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

15. 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 ustanovení § 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.

16. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j.: ÚOHS-S542/2011/VZ-1631/2012/540/PVé ze dne 8. 8. 2012, rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V následující části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech uvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

17. V rámci rozkladu zadavatel výslovně neuvádí, které výroky napadeného rozhodnutí rozkladem napadá, nicméně z alternativního petitu rozkladu vyplývá, že rozkladem je rozhodnutí napadáno v celém rozsahu. Z obsahu rozkladu nevyplývají žádné nové skutečnosti, které by mohl mít vliv na jiné právní posouzení otázky, zda byla naplněna skutková podstata deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ve spojení s § 44 odst. 1 a § 6 zákona. Skutečnosti uváděné v rozkladu nesvědčí ani o existenci jakékoli skutečnosti, jež by byla relevantní při určení výše pokuty, a při rozhodování Úřadu by k ní nebylo adekvátním způsobem přihlédnuto.
18. Zadavatel se v rámci rozkladu zabývá zejména právním rozbohem pojmu „záruční servis“, o němž Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí pojednával, a který pro objasnění svých právních úvah odlišil od pojmu „servis ze zákona“. S ohledem na povahu přezkoumávaného hodnotícího kritéria („délka záruční a pozáruční doby v měsících“) se Úřad musel vypořádat mimo jiné s tím, zda a jak je (zákonem či smluvně) vymezen rozsah vzájemných práv a povinností, které mají účastníci smlouvy o dílo v rámci tzv. záruční doby. Úřad v této souvislosti dospěl k závěru, že v rámci odpovědnosti za vady existuje základní rozsah povinností, které jsou dodavatelé povinni plnit ze zákona, tj. aniž by tyto povinnosti byly mezi účastníky sjednány ve smlouvě. V tomto případě tedy lze konstatovat, že „délka záruční doby“ = „délka poskytování zákonné záruky“. Je tedy v souladu se zákonem, pokud zadavatelé jako jedno z hodnotících kritérií stanoví délku záruční doby, resp. délku (dobu) poskytování zákonné záruky, aniž by po účastnících požadovali specifikaci toho, k jakému plnění s během záruční doby zavazují. K námitkám uváděným zadavatelem uvádím, že by Úřad jím užitou terminologii koncipoval tak, že plnění z titulu odpovědnosti za vady označil jako „servis ze zákona“, a služby poskytované nad rámec zákonné záruky jako „záruční servis“, jakkoli tím nezpochybil, že v obchodní praxi může být jaké „záruční servis“ označováno plnění zhotovitele v rozsahu zákonné záruky.
19. Úřad však při dokreslení svých úvah zmínil i skutečnost, že mezi smluvními stranami může existovat též dohoda, na základě které se dodavatel zaváže, že po dobu trvání zákonné záruky (v záruční době), bude poskytovat zadavateli ještě další služby, k nimž by jinak podle zákona nebyl povinen. Poskytování těchto služeb Úřad označuje jako tzv. „záruční servis“ a to s ohledem na skutečnost, že jeho poskytování je (resp. může být) omezeno pouze po dobu běhu záruční lhůty. Tento servis, jdoucí nad rámec zákonných povinností, je tedy z časového hlediska na běh záruční doby vázán. Úřad si je vědom toho, že pojem „servis ze zákona“ a „záruční servis“ nejsou zákonem definované pojmy a tyto používá jakožto

pomocné termíny, které mají v textu „zákonný“ a „smluvní servis“ odlišit, aniž by bylo nutno používat obsáhlých opisů. Úřad tak učinil v zájmu toho, aby své myšlenkové pochody v rámci odůvodnění maximálně zpřehlednil. Uvedené je zřejmé i z toho, že oba termíny jsou Úřadem dávány do uvozovek. Je nutno zdůraznit, že právním rozbohem pojmů „záruční servis“ a „servis ze zákona“ se Úřad zabýval v souvislosti s rozsahem závazků existujících mezi účastníky v rámci tzv. „záruční doby“. Z právního rozboru Úřadu vyplynulo, že požadavek na nabídku záruční doby v měsících (bez dalšího) není v rozporu se zákonem, neboť i bez konkrétní nabídky poskytovaných služeb budou uchazeči zavázáni k poskytování tzv. „servisu ze zákona“, tj. k plnění povinností, jež jim vznikají v rámci odpovědnosti za vady. Rozdíly mezi jednotlivými uchazeči mohou být pouze v délce záruční doby, tj. v tom, po jak dlouhou dobu, budou ochotni v zákonem stanoveném rozsahu za vady odpovídat.

20. Závěry Úřadu, které učinil ohledně záruční doby a servisu ze zákona však nelze analogicky vztahovat též na pozáruční dobu a pozáruční servis. Pozáruční servis nepředstavuje institut analogický k „servisu ze zákona“, neboť obchodní zákoník, ani jiný zákon, pro dobu po skončení záruční doby (po skončení zákonné záruky) účastníkům smluvního vztahu žádá práva ani povinnosti nezakládá. V době po skončení záruky tak objednatel nemůže vůči zhotoviteli uplatňovat jakékoli nároky z titulu odpovědnosti za vady, na něž se vztahuje záruka, ani se nemůže domáhat poskytování jakéhokoli servisu, či jiného plnění, a to ani v podobě součinnosti k založení nového závazkového vztahu, byť by tento souvisel s plněním původní smlouvy. Jinými slovy, pokud není mezi účastníky výslovně sjednáno, jaké konkrétní plnění bude v pozáruční době poskytováno, žádné plnění poskytováno být nemusí a zpravidla nebude. Uvedený závěr je potvrzován i prohlášením zadavatele, který v rozkladu uvedl, že podstatou pozáručního servisu je především připravenost dodavatele na výzvu zadavatele a v co nejkratším čase zajistit opravu díla nebo jeho části v době, kdy už záruční doba neběží. Zadavatel dále uvedl, že předpokládal, že v období definovaném jako „pozáruční doba“ bude teprve uzavřena smlouva na předem nspecifikované plnění. Byť tedy zadavatel bude mít ve smlouvě sjednáno, že dodavatel poskytne pozáruční dobu v určité délce, takové ujednání bude zcela obsolentní, neboť z něj (ale ani ze zákona) nevyplývá, na jaké plnění má zadavatel v průběhu trvání pozáruční doby nárok. Pokud je mezi účastníky sjednáno pouze ujednání o délce pozáruční doby, aniž by byl sjednán rozsah vzájemných práv a povinností po tuto dobu, takové ujednání je zcela bezobsažné, nevymahatelné a pro zadavatele tedy nepředstavuje jakoukoli majetkovou či nemajetkovou hodnotu.
21. K námitce zadavatele, že obsah hodnotícího kritéria „délka záruční a pozáruční doby v měsících“ nebyl uchazečům nejasný, uvádím, že skutečnost, že žádný z uchazečů nepožádal o poskytnutí dodatečných informací, neznámá, že předmětné hodnotící kritérium nebylo nastaveno tak, že vedlo k netransparentnímu zadání veřejné zakázky. V daném případě zadávací dokumentace připouštěla interpretační nejistotu a tato se následně negativně projevila v procesu hodnocení nabídek. Skutečnost, že základním předpokladem transparentnosti zadávacího řízení je především srozumitelná a jednoznačná zadávací dokumentace, byla vyčerpávajícím způsobem objasněna v napadeném rozhodnutí, kde bylo poukázáno též na závěry uvedené v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 25. 3. 2008, č. j. 62 Ca 34/2007-165 (jež byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne

25. 3. 2009, č. j. 2 Afs 86/2008-222), v jehož odůvodnění bylo mimo jiné uvedeno, že *„základem zadávací dokumentace je co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky, provedené natolik podrobným, srozumitelným a co do významu jednotlivých údajů jednoznačným způsobem, který umožní samotné sestavení nabídky, její následné transparentní hodnocení zadavatelem a poté i následné objektivní přezkoumání toho, zda zadavatel hodnotil nabídky takovým způsobem, jakým měl.“*

22. Pokud zadavatel namítá, že Úřad se podrobně nezabýval posouzením toho, zda nedodržení zákonného postupu dosáhlo takové intenzity, aby podstatně ovlivnilo, nebo mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, je nutno opětovně konstatovat, že použití dílčího hodnotícího kritéria „délka záruční a pozáruční doby v měsících“ s váhou 30 % bylo způsobivé, tj. mohlo významným podstatně ovlivnit pořadí nabídek a tím i výběr nejvhodnější nabídky. Vzhledem k tomu, že jeden z uchazečů nabídl ve své nabídce délku pozáruční doby, která výrazně přesahovala délku pozáruční doby nabídnutou jinými uchazeči, tento faktor podstatně ovlivnil, resp. mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. To, zda byla skutková podstata § 120 odst. 1 písm. a) zákona naplněna v porušovací („podstatně ovlivnil“) nebo v ohrožovací („mohl ovlivnit“) podobě je pro posouzení odpovědnosti zadavatele bezpředmětné. Skutečnost, že v uvedeném případě nebylo možno jednoznačně konstatovat, že „zadavatel svým postupem podstatně ovlivnil ...“, ale pouze to, že „zadavatel svým postupem mohl podstatně ovlivnit ...“, je zapříčiněna samotnou povahou nezákonného postupu zadavatele, který hodnocení nabídek učinil netransparentním a v důsledku toho též nepřezkoumatelným. Nelze zjistit, jaké pořadí by měly nabídky, pokud by zadavatel zadávací podmínky konstruoval tak, aby byly v souladu s požadavky zákona (§ 44 odst. 1 zákona) a stejně tak nelze posoudit, zda v rámci použití dílčího hodnotícího kritéria „délka záruční a pozáruční doby v měsících“ byla vybrána nejvhodnější nabídka. Takový přezkum je vyloučen právě proto, že nabídky jsou vzájemně neporovnatelné, přičemž neporovnatelnost nabídek spočívá v neporovnatelnosti plnění, jež jednotliví uchazeči (pouze však na základě dobrovolnosti) zamýšleli zadavateli v pozáruční době nabídnout. Nepřezkoumatelný je tedy postup zadavatele, nikoli odůvodnění napadeného rozhodnutí.
23. Skutečnost, že konstrukce dílčího hodnotícího kritéria „délka záruční a pozáruční doby“ odporuje § 44 odst. 1 zákona, vyplývá z toho, co bylo ohledně pozáruční doby a pozáručního servisu uvedeno v tomto i v prvostupňovém rozhodnutí. Zadavatel nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, když závazně nestanovil, k poskytování jakého plnění se mají uchazeči po dobu pozáruční lhůty zavázat, ani uchazečům neuložil, aby se zavázali k poskytování konkrétního plnění. Hodnocení délky pozáruční doby, aniž by současně byl vymezen rozsah práv a povinností, jež účastníkům po tuto dobu ze smlouvy vyplývají, je v rozporu se zákonem.
24. Pokud zadavatel uvádí, že Úřad spolehlivě neprokázal, že by se zadavatel dopustil správního deliktu, je nutno zdůraznit, že dokazování provádí Úřad k prokázání tvrzení účastníků a skutkových okolností. Skutečnost, že byl spáchán správní delikt, není Úřadem prokazována, nýbrž deklarována, a to na základě skutkových zjištění, která Úřad učiní na základě provedení dokazování. V projednávaném případě Úřad učinil taková skutková zjištění, z nichž jednoznačně vyplývá, že zadavatel nepostupoval v souladu s § 44 odst. 1, ani

v souladu s § 6 zákona a v důsledku toho učinil zadávací řízení netransparentním. Vzhledem k tomu, že zadavatel současně uzavřel smlouvu s uchazečem, kterého v rámci netransparentního řízení a tedy netransparentním způsobem vybral, naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

25. Po přezkoumání námitek uvedených v rozkladu jsem neshledal důvody, které by mne vedly ke snížení uložené pokuty. Úřad při svém rozhodování vycházel z premisy, že pokuta uložená zadavateli za spáchání správního deliktu má obecně plnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení jeho porušování, resp. k jednání, které je s ním v souladu. Po zvážení všech okolností šetřeného případu se Úřad při určení výměry uložené pokuty rozhodl v tomto konkrétním případě akcentovat ve vztahu k zadavateli preventivní účinek uložené sankce, a proto také posoudil její výši, stanovenou v hodnotě 50 000,- Kč, vzhledem k souvislostem případu, ceně veřejné zakázky a ve vztahu k výše uvedenému jako dostačující. Pokud má zadavatel za to, že výše pokuty byla stanovena v rozporu se zásadou legitimního očekávání, je nutno zdůraznit, že zákonnost či nezákonnost uložené pokuty nemůže zadavatel posuzovat na základě skutkově zcela odlišného případu (jiné porušení zákona, jiná hodnota veřejné zakázky), o němž bylo rozhodováno na počátku roku 2009, tj. o tři a půl roku dříve, než bylo vydáno napadené rozhodnutí. I kdyby se jednalo o srovnatelnou kauzu, což se v žádném případě nejedná, Úřad není povinen ukládat pokuty dlouhodobě v konstantní výši a je zcela legitimní, pokud v rámci své rozhodovací praxe postoj k výměře pokut, důvodně a se stejnými dopady pro všechny, přehodnocuje. Toto oprávnění vyplývá též ze samotného institutu pokuty, jež by měla mimo jiné plnit funkci preventivní. Pokud však Úřad svou dosavadní rozhodovací praxi vyhodnotí v rovině preventivní jako neefektivní, je oprávněn a de facto i povinen vyměřovat pokuty v takové výši, aby jejich prostřednictvím bylo dosahováno jak funkce sankční, tak funkce preventivní. V souvislosti s polemikou o nezákonně stanovené výši pokuty považuji za vhodné poukázat na rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 16. 11. 2004, č. j. 10 Ca 250/2003-48, v němž se uvádí, že preventivní úloha postihu nespočívá jen v účinku vůči žalobci (zde zadavateli), ale postih musí mít sílu od nezákonného postupu odradit i jiné nositele stejných zákonných povinností.
26. V současné době lze v rozhodovací praxi pozorovat mírné zvyšování ukládaných pokut a uložení pokuty ve výši 50 000,- Kč tak nemůže být považováno za zjevný exces ani za prolomení zásady legitimního očekávání. Pokud má zadavatel za to, že s ohledem na jím uváděné rozhodnutí by mu měla být uložena pokuta odpovídající maximálně 1,7% z maximální možné pokuty, nelze dát zadavateli za pravdu. Pokud by byla zadavateli ukládána pokuta v této procentuální hodnotě, představovala by pokuta pouze částku ve výši 9.464,- Kč. Pokuta v uvedené výši by nedosahovala ani výše nákladů řízení, jež jsou zadavatelům ukládány za situace, kdy jim není ukládána pokuta, ale kdy dojde k nápravě jejich pochybení. Bylo by tedy proti smyslu zákona, pokud by v případě, kdy již sjednání nápravy, s ohledem na uzavření smlouvy, není možné, byla ukládána pokuta, která by odpovídala jen cca 1/3 nákladů řízení, které jsou povinni platit zadavatel, kteří nápravu ještě mohou sjednat a dostat tak účelu sledovanému zákonem. Pokuta uložená ve výši do 50 000,- Kč by byla, i s přihlédnutím k závažnosti nezákonného postupu, zanedbatelná, což by bylo

v rozporu s dalšími závěry výše citovaného rozsudku, v němž se uvádí, že finanční postih musí být znatelný v majetkové sféře delikventa, tedy nikoli pro něho zanedbatelný, a nutně v sobě musí obsahovat i preventivní složku, jelikož v opačném případě by postih delikventa postrádal smysl.

27. Ačkoli skutečnost, že zadavatel nepostupoval zcela mimo režim zákona, hovoří ve prospěch zadavatele, jeho nezákonný postup nelze s poukazem na tuto skutečnost bagatelizovat. Tím, že zadavatel postupoval v rozporu s § 44 odst. 1 zákona, v důsledku čehož zapříčinil, že zadávací řízení je nepřezkoumatelné, se dopustil vážného porušení zákona, neboť významně narušil soutěžní prostředí v daném zadávacím řízení, tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a v důsledku toho mohlo dojít k neúčelnému využití veřejných prostředků. Skutečnost, že zadavatel postupoval netransparentně, zapříčinila, že jeho jednání je zpětně nepřezkoumatelné. Tímto jsou limitována i skutková zjištění, která Úřad mohl učinit ohledně otázky, zda postup zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad své úvahy při posuzování této otázky v napadeném rozhodnutí popsal natolik vyčerpávajícím způsobem, že nelze polemizovat o tom, proč a jak dospěl k závěru, že nezákonný postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Pokud zadavatel Úřadu vytýká, že Úřad možnost podstatného ovlivnění pouze konstatoval, aniž by se jí podrobně a přesvědčivě zabýval, je nutno zdůraznit, že Úřad se touto otázkou mohl zabývat pouze v takové míře, v jaké mu to netransparentní postup zadavatele umožnil.
28. Netransparentní postup zadavatele v zadávacím řízení je považován za významné porušení zákona právě vzhledem ke skutečnosti, že neumožňuje, aby ve všech přezkoumávaných případech byla zpětně provedena natolik důkladná analýza postupu zadavatele, která by zcela potvrdila či zcela vyloučila, že postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. Tuto skutečnost zákonodárce řeší tak, že ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona umožňuje postihovat i takový postup, kdy pro nepřezkoumatelnost postupu zadavatele nelze dospět k nezpochybitelnému závěru, že postupem zadavatele byl výběr nejvhodnější nabídky skutečně ovlivněn. Za situace, kdy možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky nelze z objektivního důvodu (představovaného právě netransparentností zadávacího řízení) vyloučit, je nutno dospět k závěru, že možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky byla dána. V daném případě nelze dospět k závěru, že postupem zadavatele nemohl být výběr nejvhodnější nabídky ovlivněn a to právě z důvodu, že nelze zpětně zjistit, jak by výběr nejvhodnější nabídky vypadal v případě, že by zadavatele od začátku zadávacího řízení, tj. od okamžiku formulace zadávacích podmínek, postupoval transparentně. Za této situace se do zadávacího řízení mohli přihlásit též další dodavatelé a nejvhodnější nabídka by tak byla vybírána z jiného okruhu nabídek. Při transparentním nastavení zadávacích podmínek však mohl výběr nejvhodnější nabídky vypadat jinak i tehdy, aniž by byla vybírána z jiného či širšího okruhu nabídek, neboť posuzování transparentně nastavených kritérií by mohlo zajistit lepší umístění jiné nabídky. Lze tedy konstatovat, že Úřad se možností podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky zabýval dostatečně a jakákoli další analýza toho, proč postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, by byla pouhou spekulací,

neboť jak již bylo uvedeno výše, byl to právě zadavatelův netransparentní postup, který závěry o konkrétní podobě, resp. projevech podstatného ovlivnění, limitoval.

VI. Závěr

29. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
30. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Obec Rohozná, se sídlem Rohozná 264, 569 72 Rohozná
2. Zlínské stavby, a.s., IČ 25317300, se sídlem K majáku 5001, 761 23 Zlín

Vypraveno dne:

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