



UOHSX004O4WY

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S641/2012/VZ-17191/2013/511/JPo

Brno 10. září 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 13. 11. 2012 z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona, jehož účastníkem je:

- zadavatel – město Orlová, IČ 00297577, se sídlem Osvobození 796, 735 14 Orlová – Lutyně, ve věci veřejné zakázky „Zateplení a výměna otvorů ZŠ Školní 862 v Orlové Lutyni“ zadané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 3. 2. 2009 pod ev. č. 60027589, **rozhodl** takto

I.

Zadavatel – město Orlová, IČ 00297577, se sídlem Osvobození 796, 735 14 Orlová – Lutyně – se dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že

- a) nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že smlouvu s vybraným uchazečem VOKD, a.s. na plnění veřejné zakázky „Zateplení a výměna otvorů ZŠ Školní 862 v Orlové Lutyni“ neuzavřel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel – město Orlová, IČ 00297577, se sídlem Osvobození 796, 735 14 Orlová – Lutyně – uzavřel dne 5. 5. 2009 smlouvu na plnění veřejné zakázky „Zateplení a výměna otvorů ZŠ Školní 862 v Orlové Lutyni“;

- b) porušil povinnost stanovenou v § 44 odst. 3 písm. f) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 6 citovaného zákona tím, že nestanovil přesně a určitě způsob hodnocení nabídek v dílčím hodnotícím kritériu „Výhodnost předloženého návrhu smlouvy“, čímž současně nedodržel zásadu transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel – město Orlová, IČ 00297577, se sídlem Osvobození 796, 735 14 Orlová – Lutyně – uzavřel dne 5. 5. 2009 smlouvu na plnění veřejné zakázky „Zateplení a výměna otvorů ZŠ Školní 862 v Orlové Lutyni“.

## II.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. se podle § 120 odst. 2 písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – město Orlová, IČ 00297577, se sídlem Osvobození 796, 735 14 Orlová – Lutyně – **ukládá**

**pokuta ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).**

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Podnět

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“), obdržel podnět od Státního fondu životního prostředí ČR k prošetření postupu zadavatele – města Orlová, IČ 00297577, se sídlem Osvobození 796, 735 14 Orlová – Lutyně (dále jen „zadavatel“), při zadávání veřejné zakázky „Zateplení a výměna otvorů ZŠ Školní 862 v Orlové Lutyni“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 3. 2. 2009 pod ev. č. 60027589.
2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci o uvedené veřejné zakázce. Po přezkoumání předložených podkladů Úřad získal pochybnosti o zákonnosti úkonů zadavatele, spočívající zejména v neuzavření smlouvy s vybraným uchazečem v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče a dále pak v tom, že stanovil dílčí hodnotící kritérium „Výhodnost předloženého návrhu smlouvy“ způsobem neumožňujícím při hodnocení nabídek dodržet zásadu transparentnosti, a proto zahájil správní řízení z moci úřední.

### II. Průběh správního řízení

3. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
4. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníku řízení dopisem č. j. ÚOHS-S641/2012/VZ-20932/2012/511/JPo ze dne 13. 11. 2012. Usnesením č. j. ÚOHS-S641/2012/VZ-20933/2012/511/JPo ze dne 13. 11. 2012 Úřad účastníku řízení stanovil lhůty, ve kterých byl oprávněn navrhovat důkazy a činit jiné návrhy, vyjádřit své stanovisko v řízení, resp. vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí.
5. Dne 13. 11. 2012, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení z moci úřední.

6. Dne 19. 11. 2012 podal zadavatel rozklad proti usnesení č. j. ÚOHS-S641/2012/VZ-20933/2012/511/JPo ze dne 13. 11. 2012, v němž žádal o prodloužení lhůt. Úřad své původní usnesení změnil usnesením č. j. ÚOHS-S641/2012/VZ-22159/2012/511/JPo ze dne 27. 11. 2012, kterým zadavateli prodloužil lhůty.
7. Úřad dne 6. 12. 2012 obdržel podání zadavatele, v němž se zadavatel vyjadřoval k zahájení správního řízení v předmětné věci. Z obsahu tohoto podání vyplývá, že zadavateli nebylo přesně jasné, jakého pochybení by se mohl dopustit v rámci hodnocení dílčích kritérií. Odkazuje na zadávací dokumentaci, přičemž opakuje způsob zadání a hodnocení dílčích kritérií. Doplnuje rovněž, že při hodnocení zohlednil i rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 75/2009, podle kterého je možné vyřadit zjevně nepřiměřenou nabídku, která obsahuje údaje, jejichž dosažení není reálné. Dále dodává, že subkritéria způsob vyřízení reklamace zhotovitelem a odpovědnost za škodu nepovažoval za číselně vyjádřitelná, a proto komise hodnotila podle způsobu hodnocení vymezeného v zadávací dokumentaci. Pro úplnost zadavatel uvádí, že po rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky žádný z neúspěšných uchazečů nepodal námítky, v nichž by napadal způsob hodnocení a považoval ho za netransparentní.
8. K uzavření smlouvy s vybraným uchazečem zadavatel sděluje, že si je vědom svého pochybení ohledně uzavření smlouvy s vybraným uchazečem v jiném znění, než jaké bylo v návrhu smlouvy v nabídce vybraného uchazeče. Podání doplnil o vyjádření vybraného účastníka v dané věci, který se domnívá, že ke změnám smluvních pokut v písemném vyhotovení smlouvy mohlo dojít z důvodu zamezení možnému úniku informací dle obvyklé praxe tak, že Ing. Paclt, 1. místopředseda představenstva vybraného uchazeče jako osoba odpovědná za konečné znění nabídky, změnil těsně před podpisem a zalepením obálky předmětné hodnoty, aniž současně s tím došlo též k opravě dokumentu v elektronické formě. Vybraný uchazeč rovněž dodává, že tato administrativní chyba neovlivňuje platnost nabídky, která byla předmětem posuzování v předmětném zadávacím řízení. Zadavatel pro úplnost dodává, že k plnění smluvních pokut nedošlo, neboť ke zhotovení díla došlo řádně a včas.
9. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, nabídek uchazečů, vyjádření předložených zadavatelem a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel v šetřeném případě nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky a dopustil se správních deliktů. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

#### **Závěry Úřadu k uzavření smlouvy s vybraným uchazečem**

10. Podle ust. § 82 odst. 2 zákona pokud nebyly ve stanovené lhůtě podány námítky podle § 110 odst. 4, uzavře zadavatel smlouvu s vybraným uchazečem do 15 dnů po uplynutí lhůty pro podání námitek. Smlouvu uzavře zadavatel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, popřípadě upraveným podle § 32 zákona.
11. Z předložené dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že smlouva uzavřená s vybraným uchazečem obsahuje nižší hodnoty smluvních pokut, než které byly vybraným uchazečem uvedeny v návrhu smlouvy v předložené nabídce a na základě kterých se v hodnocení umístil na prvním místě a stal se tak vítězným uchazečem. Rozdílné hodnoty smluvních pokut jsou

zjevné z následujícího porovnání příslušných částí návrhu smlouvy o dílo a uzavřené smlouvy o dílo.

**Návrh smlouvy o dílo – část – XVII. Sankční ujednání**

-smluvní pokuta ve výši **300.000,- Kč** za každý i započatý den prodlení s předáním části díla (uzlový postupový bod) ve stanovené lhůtě

-smluvní pokuta ve výši **350.000,- Kč** za každý i započatý den prodlení s předáním díla ve stanovené lhůtě

-smluvní pokuta ve výši **150.000,- Kč** za každý i započatý den prodlení s nástupem na odstranění vady

-smluvní pokuta ve výši **100.000,- Kč** za každý i započatý den prodlení s odstraněním vady

**Uzavřená smlouva o dílo – část – XVII. Sankční ujednání**

-smluvní pokuta ve výši **250.000,- Kč** za každý i započatý den prodlení s předáním části díla (uzlový postupový bod) ve stanovené lhůtě

-smluvní pokuta ve výši **150.000,- Kč** za každý i započatý den prodlení s předáním díla ve stanovené lhůtě

-smluvní pokuta ve výši **30.000,- Kč** za každý i započatý den prodlení s nástupem na odstranění vady

-smluvní pokuta ve výši **30.000,- Kč** za každý i započatý den prodlení s odstraněním vady

12. Změněné hodnoty smluvních pokut představovaly podstatné změny, které jsou nepřijatelné dle ustanovení § 82 odst. 2 věty druhé zákona, přičemž není rozhodující, zda se smluvní pokuty reálně uplatnily nebo ne. Na skutečnost, že tento postup není souladný se zákonem, nemění nic ani tvrzení vybraného uchazeče, že se jednalo o pouhou administrativní chybu v důsledku ochrany před únikem informací. Úřad zdůrazňuje, že změněné hodnoty smluvních pokut by ovlivnily hodnocení nabídek hodnotící komisí, neboť při smluvních pokutách obsažených ve smlouvě o dílo by vybraný uchazeč skončil v hodnocení až na čtvrtém a nikoli na prvním místě, jak vyplývá z následující tabulky. Pro úplnost Úřad uvádí, že při zpracování tabulky vycházel z materiálu pro hodnocení nabídek, přičemž se zaměřil na přepočtení hodnocení v rámci druhého kritéria. Při přepočtu byly dosazeny hodnoty smluvních pokut obsažené v uzavřené smlouvě. Změněné smluvní pokuty při přepočtu měly vliv na umístění nabídek prvních čtyř uchazečů. Pro přepočítání hodnocení v rámci druhého kritéria Úřad využil vzorec vyplývající ze zadávací dokumentace, pro názornost je uveden následující příklad na vybraném uchazeči:

1. kritérium pro VOKD:  $(100 \cdot 23\,281\,159,40 / 25\,899\,365,30) = 89,89$

2. kritérium pro VOKD na základě návrhu smlouvy:  $[(100 \cdot 10 / 10) + (100 \cdot 300\,000 / 400\,000) + (100 \cdot 350\,000 / 500\,000) + (100 \cdot 150\,000 / 150\,000) + (100 \cdot 100\,000 / 100\,000) + (100 \cdot 1 / 1) + (100 \cdot 1 / 1)] / 7 = 92,14$

2. kritérium pro VOKD na základě uzavřené smlouvy:  $[(100 \cdot 10 / 10) + (100 \cdot 250\,000 / 400\,000) + (100 \cdot 150\,000 / 500\,000) + (100 \cdot 30\,000 / 100\,000) + (100 \cdot 30\,000 / 100\,000) + (100 \cdot 1 / 1) + (100 \cdot 1 / 1)] / 7 = 64,64$

Uchazeči	1. kritérium		2. kritérium				Celkový počet bodů	
	Body za 1. krit.	Váha 60%	Body za 2. krit. podle návrhu smlouvy	Váha 40%	Body za 2. krit. podle smlouvy s VOKD	Váha 40%	Podle návrhu smlouvy	Podle smlouvy s VOKD
<b>Beskydská</b>	100,00	60,00	76,08	30,43	80,85	32,34	<b>90,43</b>	<b>92,34</b>
<b>VOKD</b>	89,89	53,93	92,14	36,86	64,64	25,86	<b>90,79</b>	<b>79,79</b>
<b>VW WACHAL</b>	93,70	56,22	66,37	26,55	67,37	26,95	<b>82,77</b>	<b>83,17</b>
<b>První KEY - STAV</b>	91,46	54,88	63,08	25,23	64,18	25,67	<b>80,11</b>	<b>80,55</b>

13. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 82 odst. 2 zákona tím, že neuzavřel smlouvu s vybraným uchazečem v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, a proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. rozhodnutí. Tento postup zadavatele přitom mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť v případě hodnocení nabídky vybraného uchazeče na základě údajů obsažených ve smlouvě by nabídka nebyla vybrána jako nejvhodnější.

#### **Závěry Úřadu ke stanovení dílčího kritéria „Výhodnost předloženého návrhu smlouvy“**

14. Zadavatel je podle ust. § 6 zákona povinen v zadávacím řízení dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
15. Podle ust. § 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.
16. Podle ust. § 44 odst. 3 písm. f) zákona musí zadávací dokumentace obsahovat způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií.
17. Podle ust. § 78 odst. 4, 5 a 7 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. Je-li základním hodnotícím kritériem ekonomická výhodnost nabídky, musí zadavatel jednotlivým dílčím hodnotícím kritériím stanovit váhu, kterou vyjádří v procentech. Stanovená váha může být u jednotlivých dílčích hodnotících kritérií shodná. Jestliže zadavatel není objektivně schopen stanovit váhu dílčích

hodnotících kritérií, uvede dílčí hodnotící kritéria v sestupném pořadí podle významu, který jim zadavatel přisuzuje.

18. Podle ust. § 79 odst. 1 zákona provede hodnotící komise hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií uvedených v dokumentech podle ust. § 78 odst. 6 zákona. Je-li základním hodnotícím kritériem ekonomická výhodnost nabídky, je hodnotící komise povinna hodnotit nabídky a stanovit jejich pořadí podle jednotlivých dílčích hodnotících kritérií a jejich vah.
19. Zásada transparentnosti vymezená v § 6 zákona v sobě zahrnuje i požadavek jednoznačnosti, konkrétnosti a přesnosti zadávací dokumentace. Společně se zásadou rovného zacházení a zákazem diskriminace musí být zadavatelem dodržována v průběhu celého zadávacího řízení. Úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení. Tak tomu může být např. i tehdy, pokud zadávací dokumentace neobsahuje jednoznačně a srozumitelně formulovaná pravidla pro hodnocení nabídek. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že zadavatel by měl zadávací dokumentaci zpracovat dostatečně kvalitně a s náležitou pečlivostí tak, aby na jejím základě bylo možné podat odpovídající a vzájemně porovnatelné nabídky.
20. Vzhledem k tomu, že dílčí hodnotící kritérium či subkritérium nemusí být dostatečně určitým vodítkem pro uchazeče při zpracování nabídek, je nutné s ohledem na dodržení zásad zadávacího řízení uvedených v § 6 zákona stanovit, jakým způsobem bude hodnocení provedeno. Údaje uvedené zadavatelem v zadávací dokumentaci musí být dostatečně konkrétní, jednoznačné a přesné, aby se každému z dodavatelů dostalo informací téhož materiálního obsahu a na straně uchazečů tak nevznikla jakákoliv interpretační nejistota. Tento požadavek lze nepochybně vztáhnout i na vymezení jednotlivých dílčích hodnotících kritérií a subkritérií a vymezení samotného způsobu hodnocení. Každý z uchazečů musí být předem informován o preferencích zadavatele a o skutečnosti, jaké aspekty jeho nabídky a jakým způsobem budou zadavatelem hodnoceny. Pro dodržení zásad rovného zacházení a transparentnosti je důležité, aby veškeré skutečnosti, k nimž přihlíží zadavatel při určení ekonomicky nejvýhodnější nabídky a jejich význam, byly potenciálním uchazečům známy již v okamžiku přípravy jejich nabídek. Řádné vymezení hodnotících kritérií a způsobu hodnocení je rovněž základním předpokladem pro následnou přezkoumatelnost provedeného hodnocení ze strany správního orgánu. Nedílnou součástí přezkumu postupu zadavatele, resp. hodnotící komise, tak musí být rovněž otázka, zda zadavatel již v zadávacích podmínkách náležitým způsobem vyznačil jednotlivá dílčí hodnotící kritéria a zda je stanovil tak, aby bylo všem uchazečům dostatečně zřejmé, jakým způsobem mají zpracovat svoji nabídku, aby co nejlépe vyhověla požadavkům zadavatele a při hodnocení dosáhla maximálně možného počtu bodů.
21. Zadavatel v článku 14 zadávací dokumentace stanovil základní kritérium hodnocení nabídek jako ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž současně určil dvě dílčí kritéria:  
kritérium č. 1: Celková výše nabídkové ceny bez DPH – váha 60%  
kritérium č. 2: Výhodnost předloženého návrhu smlouvy – váha 40%

V rámci kritéria č. 2 zadavatel stanovil pro hodnocení subkritéria:

2.1 Termín plnění celého díla

2.2 Způsob vyřízení reklamace zhotovitelem

2.3 Výše smluvních pokut dle čl. XVII Obchodních podmínek zadavatele

2.4 Odpovědnost za škodu

Ke způsobu hodnocení subkritérií zadavatel v zadávací dokumentaci uvedl, že „každé subkritérium bude vyhodnoceno samostatně. Každému jednotlivému subkritériu bude přiřazena bodová hodnota, která bude odrážet úspěšnost tohoto subkritéria dle principů uvedených v bodě 4 tohoto článku. Výsledná hodnota kritéria bude stanovena jako průměrná hodnota všech subkritérií násobená vahou kritéria, tj. 40%.

Hodnocení nabídek se provede bodovací metodou. Při hodnocení nabídek se použijí dílčí kritéria uvedená výše. Pro hodnocení nabídek použije hodnotící komise bodovací stupnici v rozsahu od 0 do 100. Každé jednotlivé hodnocené nabídce bude podle dílčího kritéria přiřazena bodová hodnota, která bude odrážet úspěšnost předmětné nabídky v rámci dílčího kritéria. Pro číselně vyjádřitelná kritéria, pro která má nejvhodnější nabídka maximální hodnotu kritéria, získá hodnocená nabídka bodovou hodnotu, která vznikne násobkem 100 a poměru hodnoty nabídky k hodnotě nejvhodnější nabídky. Pro číselně vyjádřitelná kritéria, pro která má nejvhodnější nabídka minimální hodnotu kritéria, získá hodnocená nabídka bodovou hodnotu, která vznikne násobkem 100 a poměru hodnoty nejvhodnější nabídky k hodnocené nabídce. Pro kritéria, která nelze vyjádřit číselně, sestaví hodnotící komise pořadí nabídek od nejvhodnější k nejméně vhodné a přiřadí nejvhodnější nabídce 100 bodů a každé následující nabídce přiřadí nižší bodové hodnocení, a to o podíl 100 a počtu účastníků. Hodnocení podle bodovací metody provede hodnotící komise tak, že jednotlivá bodová ohodnocení nabídek dle dílčích kritérií vynásobí vahou příslušného kritéria. Na základě součtu výsledných hodnot u jednotlivých hodnocených nabídek hodnotící komise stanoví pořadí úspěšnosti jednotlivých nabídek tak, že jako nejúspěšnější (nejvhodnější) je stanovena taková nabídka, která dosáhne nejvyšší hodnoty.

Bude-li hodnota jiného kritéria než je nabídková cena považována za zjevně nepřiměřenou, bude takové nabídce v rámci daného kritéria přiřazeno 0 bodů. Tento postup je však komise pro posouzení a hodnocení nabídek povinna odůvodnit ve Zprávě o posouzení a hodnocení nabídek“.

22. Ze zadávací dokumentace a jejích příloh (zejména přílohy č. 6 – Obchodní podmínky zadavatele stanovené formou požadavku na obsah smlouvy) je zřejmé, že v rámci kritéria č. 2 měla být hodnocena následující subkritéria tak, že do návrhu smlouvy o dílo měli uchazeči vyplnit do článku VI smlouvy o dílo týdnů pro jednotlivé stavební části (subkritérium termín plnění celého díla), do článku XVII pak uchazeči měli doplnit jen finanční částky (subkritérium výše smluvních pokut) a sami měli v rámci subkritériím „*způsob vyřízení reklamace zhotovitelem*“ a „*odpovědnost za škodu*“ koncipovat a formulovat články XV a XVI.
23. Na základě výše uvedených údajů zjištěných ze zadávací dokumentace Úřad konstatuje, že zadavatel sice formálně splnil zákonnou povinnost uvedení způsobu hodnocení jednotlivých nabídek, současně však nevymezil obsah dílčích hodnotících subkritérií určitě a jednoznačně, čímž nesplnil požadavek na transparentnost zadávacího řízení. Zejména v případě subkritérií

„Způsob vyřízení reklamace zhotovitelem“ a „Odpovědnost za škodu“ nelze z jejich označení a ze stanoveného způsobu hodnocení nijak dovodit preference zadavatele. Zadavatel v zadávací dokumentaci např. žádným způsobem nspecifikoval své preference při způsobu vyřízení reklamace zhotovitelem a v otázce odpovědnosti za škodu tak, aby byla pro dodavatele konkretizována představa o nejhodnější nabídce ve vztahu k předmětu uvedené veřejné zakázky. Dodavatelé sice mohli ze zadávací dokumentace získat informace o subkritériích „Způsob vyřízení reklamace zhotovitelem“ a „Odpovědnost za škodu“, ale již neměli konkrétní představu o tom, podle čeho a jak bude jejich nabídka hodnocena, což mohlo potenciální dodavatele vést k rozhodnutí nepodat nabídku do předmětného zadávacího řízení, resp. dodavatelé, kteří nabídku podali, mohli v případě znalostí o preferencích zadavatele předložit nabídku výhodnější, než byla nabídka vybraného uchazeče, a tudíž ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.

24. Úřad konstatuje, že ačkoli výše citované ust. § 78 odst. 4 zákona obecně umožňuje hodnotit nabídky podle subjektivních neměřitelných kritérií (tj. např. podle kvality, technické úrovně nabízeného plnění či záručního a pozáručního servisu), nelze připustit, aby tato kritéria byla stanovena netransparentním způsobem. Netransparentní je zejména takový postup, kdy dodavatelé z obsahu zadávací dokumentace nezískají představu, jak by měla vypadat nabídka, aby co nejlépe vyhověla požadavkům zadavatele při hodnocení nabídek podle daných kritérií hodnocení.
25. Uchazeči se tedy z oznámení o zakázce ani ze zadávací dokumentace nedozvěděli údaje, které budou pro hodnocení nabídek rozhodující. Jedná se o obecně vymezené kritérium č. 2, které bylo nutno jednoznačně specifikovat. Dostatečná určitost je dána tehdy, jestliže po prostudování oznámení o zakázce, resp. zadávací dokumentace si jakýkoli potenciální dodavatel dokáže udělat jasnou představu o tom, jakým způsobem má nabídku zpracovat, chce-li uspět při hodnocení nabídek zadavatelem. V oznámení o zakázce a v zadávací dokumentaci nebyl popsán obsah subkritérií a uchazeči tak neměli potřebné informace o tom, co bude předmětem hodnocení v rámci daného dílčího hodnotícího kritéria.
26. I kdyby Úřad přes absenci jasného a podrobného vymezení skutečností, které budou pro zadavatele při hodnocení nabídek rozhodné (jinými slovy co považuje zadavatel za maximální splnění jeho podmínek a co již nikoli) přijal argumentaci zhotovitele, že v případě subkritérií termín plnění celého díla (2.1) a výše smluvních pokut (2.3) bylo možné ze strany potenciálních dodavatelů vyvodit, že čím kratší termín plnění celého díla stanovený v týdnech, resp. vyšší částky smluvních pokut, potenciální dodavatelé do návrhu smlouvy o dílo vyplní, tím lépe bude jejich nabídka hodnocena, tak rozhodně nelze přisvědčit tomuto závěru v případě zbývajících subkritérií „*způsob vyřízení reklamace zhotovitelem*“ a „*odpovědnost za škodu*“. Dodavatelé měli sami navrhnout a formulovat obsah ujednání týkajících se způsobu vyřízení reklamace a odpovědnosti za škodu v rámci článků XV a XVI návrhu smlouvy o dílo, aniž by ovšem byli v zadávací dokumentaci potenciální dodavatelé konkrétně obeznámená s tím, které skutečnosti budou pro zadavatele při hodnocení nabídek v rámci těchto subkritérií rozhodné. Nebylo tedy již na počátku (rozuměj před podáváním nabídek) dle vymezení v zadávací dokumentaci zřejmé, jaké nabídky v rámci těchto subkritérií bude považovat zadavatel za nejlepší, zda to bude délka (co nejkratší) lhůty pro vyřízení reklamace, specifický postup u reklamačního řízení (neformální postup oznámení reklamace, např. emailem), rozsah škod, které budou zhotovitelem hrazeny, a to i nad rámec



pojistného plnění apod. Úřad v tomto nedostatku spatřuje nedodržení zásady transparentnosti zadávacího řízení, neboť uchazeči neměli dostatek informací k tomu, aby mohli nabídky zpracovat tak, aby co nejvíce odpovídaly požadavkům zadavatele, což mohlo potenciální dodavatele odradit od účasti v zadávacím řízení.

27. Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 44 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že zadavatelem stanovená subkritéria „Způsob vyřízení reklamace zhotovitelem“ a „Odpovědnost za škodu“ v rámci druhého kritéria nebyla stanovena transparentně tak, aby mohli uchazeči o veřejnou zakázku podat nabídky, jež by byly hodnoceny jasně a transparentně. Ze stanoveného způsobu hodnocení subkritéria „Způsob vyřízení reklamace zhotovitelem“ a „Odpovědnost za škodu“, nemohlo být uchazečům patrné, co zadavatel upřednostňuje, na co klade důraz, co považuje zadavatel za optimální, co by ještě bylo přiměřené a co už ne. Zadavatel u těchto subkritérií nevymezil žádné hranice a uchazeči o veřejnou zakázku tak neznali preference zadavatele, mohli pouze odhadovat, jaké jsou zadavatelovy představy o těchto subkritériích, a nemohli tak své nabídky přizpůsobit potřebám zadavatele vyjádřeným v hodnotících kritériích, což mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
28. Z výše uvedeného vyplývá, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel ustanovení stanovené v § 44 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že nestanovil přesně a určitě způsob hodnocení nabídek v dílčím hodnotícím kritériu „Výhodnost předloženého návrhu smlouvy“, čímž současně nedodržel zásadu transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a následně došlo k uzavření smlouvy, a proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. rozhodnutí.

#### **K uložení sankce**

29. Z výše uvedeného vyplývá, že se zadavatel dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel
- a) postup stanovený v § 82 odst. 2 zákona tím, že smlouvu s vybraným uchazečem neuzavřel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 5. 5. 2009 smlouvu na plnění veřejné zakázky „Zateplení a výměna otvorů ZŠ Školní 862 v Orlové Lutyni“;
- b) ustanovení stanovené v § 44 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že nestanovil přesně a určitě způsob hodnocení nabídek v dílčím hodnotícím kritériu „Výhodnost předloženého návrhu smlouvy“, čímž současně nedodržel zásadu transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 5. 5. 2009 smlouvu na plnění veřejné zakázky „Zateplení a výměna otvorů ZŠ Školní 862 v Orlové Lutyni“.
30. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že 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.

31. Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, a tím tak naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
32. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (poena maior absorbet minore – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti několikrát dovedil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008), při trestání správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomoci analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008 – 67 ze dne 16. 4. 2008 a č. j. 8 As 17/2007 – 135 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.
33. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu. V daném případě zadavatel naplnil skutkové podstaty dvou správních deliktů.
34. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že pro stanovení konkrétní výše uložené pokuty je nutné posuzovat jednotlivé výše uvedené správní delikty samostatně.
35. V souladu s výše citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, jaký delikt je v šetřeném případě závažnější, tj. za který z nich je možno uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).
36. Pro uložení pokuty je třeba určit, který ze dvou správních deliktů uvedených ve výroku I. tohoto rozhodnutí je deliktem závažnějším, a z něj vyjít při určení sankce v rámci tohoto správního řízení. Horní hranice sankce je ve vztahu k oběma posuzovaným deliktům totožná, neboť v obou případech se jedná o stejnou skutkovou podstatu vymezenou v § 120 odst. 1 písm. a) zákona a pro účely určení výše se sankce se tedy shodně aplikuje § 120 odst. 2 písm. a) zákona. V případě, že je u sbíhajících se správních deliktů stanovena sankce shodná (jako v tomto případě), pak platí, že správní orgán uloží jedinou sankci ve výměře podle některého

z nich (při aplikaci zásady absorpce přitom Úřad zohlední, že účastník řízení se dopustil dalšího deliktu).

37. Za situace, kdy z pouhého porovnání skutkových podstat vymezených zákonem nelze určit, který delikt je v posuzovaném případě závažnější, Úřad pokládá za závažnější ten delikt, za nějž by byla při samostatném posouzení uložena nejvyšší sankce. Při určení její předpokládané výše přitom Úřad vychází zejména ze závažnosti deliktu.
38. V šetřeném případě zadavatel porušil zákon za prvé nedodržením ustanovení stanoveného v § 44 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že nestanovil přesně a určitě způsob hodnocení nabídek v dílčím hodnotícím kritériu „Výhodnost předloženého návrhu smlouvy“. K tomuto správnímu deliktu došlo již na samém počátku zadávacího řízení, což mohlo vést potenciální dodavatele k rozhodnutí nepodat v této veřejné zakázce nabídku, čímž mohlo dojít ke snížení počtu uchazečů o veřejnou zakázku a k omezení hospodářské soutěže, případně dodavatelé, kteří nabídku podali, mohli v případě přesně a určitě stanoveného způsobu hodnocení předložit nabídku výhodnější, než byla nabídka vybraného uchazeče.
39. Druhý správní delikt zadavatele spočíval v neuzavření smlouvy v souladu s nabídkou vybraného uchazeče.
40. Vzhledem k výše uvedenému Úřad za závažnější správní delikt považuje porušení zákona spočívající v nedodržení ustanovení stanoveného v § 44 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že nestanovil přesně a určitě způsob hodnocení nabídek v dílčím hodnotícím kritériu „Výhodnost předloženého návrhu smlouvy“. Tento správní delikt je závažnější, neboť k němu došlo již na samém počátku zadávacího řízení a netransparentní stanovení hodnotícího kritéria mohlo odradit potenciální dodavatele od podání nabídky, v důsledku čehož mohlo dojít k omezení hospodářské soutěže, případně k nepředložení výhodnějších nabídek, které mohly být předloženy v případě přesně a určitě stanoveného způsobu hodnocení. Oproti tomu správní delikt spočívající v neuzavření smlouvy v souladu s nabídkou vybraného uchazeče takto široké dopady neměl.
41. Úřad tedy ukládá pokutu za spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona spáchaného tím, že zadavatel nedodržel ustanovení stanovené v § 44 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že nestanovil přesně a určitě způsob hodnocení nabídek v dílčím hodnotícím kritériu „Výhodnost předloženého návrhu smlouvy“.
42. Podle § 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.
43. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správních deliktů dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 23. 11. 2011. K uzavření smlouvy s vybraným uchazečem VOKD, a. s., IČ 47675853, se sídlem Nákladní 1/3179, 702 80 Ostrava – Moravská Ostrava – došlo dne 5. 5. 2009. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

44. Podle § 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) tohoto zákona.
45. Cena veřejné zakázky „Zateplení a výměna otvorů ZŠ Školní 862 v Orlové Lutyni“ činí dle smlouvy o dílo ze dne 5. 5. 2009 celkem 30 820 244,70 Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 1 541 012,235 Kč vč. DPH.
46. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
47. Hlavním kritériem, které je dle citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán).
48. Pokud jde o způsob spáchání správního deliktu a jeho následky, Úřad jako přitěžující hodnotil zejména tu skutečnost, že zadavatel svým porušením povinnosti stanovené v § 44 odst. 3 písm. f) zákona nedodržel zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 zákona. Tento postup zadavatele se mohl projevit na rozhodnutí potenciálních dodavatelů nepodat v předmětném zadávacím řízení nabídku, neboť si nedokázali udělat jasnou představu o tom, jak nabídku zpracovat, což mohlo vést k omezení hospodářské soutěže, přičemž nelze vyloučit, že by v případě přesně a určitě stanoveného způsobu hodnocení nabídek zadavatel obdržel výhodnější nabídky.
49. Při ukládání sankce za správní delikt vymezený v bodu 41 tohoto rozhodnutí Úřad zohlednil jako přitěžující i tu skutečnost, že se zadavatel v rámci zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil i jiného správního deliktu, a to tím, že neuzavřel smlouvu v souladu s návrhem smlouvy vybraného uchazeče, jak ukládá ustanovení § 82 odst. 2 zákona, přičemž pokuta je ukládána v souladu se zásadou absorpce za oba správní delikty. Úřad nemohl opomenout ani skutečnost, že problematika stanovení způsobu hodnocení nabídek byla v rozhodovací praxi Úřadu již řešena (např. S286/2007/VZ-23379/2007/520-AB ze dne 2. 1. 2008, S221/2007-19683/2007/540-AS ze dne 20. 11. 2007).
50. Úřad při stanovení výše pokuty zohlednil jako polehčující okolnost skutečnost, že zadavatel následky svého nezákonného postupu zmírnil tím, že při hodnocení nabídek dal všem uchazečům za jejich nabídky v předmětných subkritériích maximální počet bodů, čímž se vyvaroval porušení zásady rovného zacházení a nediskriminace. Nicméně veškeré následky svého nezákonného postupu se mu odstranit nepodařilo, neboť netransparentně vymezené subkritéria mohla odradit potenciální dodavatele od podání nabídky na plnění veřejné zakázky.
51. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.

52. Při určení výše pokuty Úřad musel vzít v úvahu i ekonomickou situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“ (viz nálezn Ústavního soudu Pl. ÚS 3/02 ze dne 13. 8. 2002, podle kterého jsou nepřípustné takové pokuty, jež mají pro daný subjekt likvidační charakter). Z rozpočtu města Orlová na rok 2012 zveřejněného na internetových stránkách zadavatele vyplývá, že zadavatel podle schváleného rozpočtu předpokládá v roce 2013 příjmy ve výši 394 693 000 Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje považovat za likvidační.
53. V této souvislosti Úřad poznamenává, že pokuta uložená zadavateli za zjištěné porušení zákona má splnit zejména dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je v souladu se zákonem. Po zvážení všech okolností případu Úřad dospěl k závěru, že výše uložené pokuty (30 000,- Kč) v šetřeném případě naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.
54. Úřad posoudil postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky a na základě zhodnocení všech důkazů, a to jak jednotlivě, tak i v jejich vzájemné souvislosti, a uložil mu pokutu tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí, neboť veřejná zakázka již byla realizována a nápravy tedy nelze dosáhnout jinak. Uložená pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO 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, tř. Kpt. Jaroše 7, 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. Město Orlová, Osvobození 796, 735 14 Orlová – Lutyně

### Vypraveno dne

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