



UOHSX0052RYO

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S661/2012/VZ-11729/2013/521/JHn

Brno 24. června 2013

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 26. 11. 2012 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – **Integrovaná střední škola technická a ekonomická Sokolov**, IČO 49766929, se sídlem Jednoty 1620, 356 11 Sokolov, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 4. 12. 2012 společností AXCODE, s.r.o., IČO 36594172, se sídlem Mirka Nešpora 6, 08001 Prešov, Slovenská republika,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „**PROJEKT REVITALIZACE CENTRA VZDĚLÁVÁNÍ ISŠTE SOKOLOV – PROVÁDĚNÍ STAVBY**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 22. 7. 2009 pod ev. č. 60034116 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 25. 7. 2009 pod ev. č. 2009/S 141-206047, při zadávání veřejné zakázky „**Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné stavební práce – část 1**“ v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení o zadání veřejné zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 6. 10. 2011 pod ev. č. 60066176, při zadávání veřejné zakázky „**Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné práce 2. etapy stavby**“ v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 5. 1. 2012 pod ev. č. 104715 a při zadávání veřejné zakázky „**Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné stavební práce dle ZL 45-86**“ v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 31. 5. 2012 pod ev. č. 219104,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Integrovaná střední škola technická a ekonomická Sokolov, IČO 49766929, se sídlem Jednoty 1620, 356 11 Sokolov – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 44 odst. 3 písm. f) citovaného zákona, v návaznosti na § 78 odst. 4 citovaného zákona a v návaznosti na § 6 citovaného zákona, neboť v zadávací dokumentaci veřejné zakázky „PROJEKT REVITALIZACE CENTRA VZDĚLÁVÁNÍ ISŠTE SOKOLOV – PROVÁDĚNÍ STAVBY“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 22. 7. 2009 pod ev. č. 60034116 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 25. 7. 2009 pod ev. č. 2009/S 141-206047, stanovil způsob hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria č. 2 „Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy“ v rozporu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 30. 11. 2009 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, k níž uzavřel

- dne 31. 8. 2011 dodatek č. 5 smlouvy, a to na základě veřejné zakázky „Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné stavební práce – část 1“ zadané v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 6. 10. 2011 pod ev. č. 60066176,
- dne 1. 9. 2011 dodatek č. 6 smlouvy, a to na základě veřejné zakázky „Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné práce 2. etapy stavby“ zadané v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 5. 1. 2012 pod ev. č. 104715,
- dne 27. 4. 2012 dodatek č. 7 smlouvy, a to na základě veřejné zakázky „Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné stavební práce dle ZL 45-86“ zadané v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 31. 5. 2012 pod ev. č. 219104.

II.

Zadavatel – Integrovaná střední škola technická a ekonomická Sokolov, IČO 49766929, se sídlem Jednoty 1620, 356 11 Sokolov – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 44 odst. 3 písm. g) citovaného zákona v návaznosti na § 6 citovaného zákona, neboť v zadávací dokumentaci veřejné zakázky „PROJEKT REVITALIZACE CENTRA VZDĚLÁVÁNÍ ISŠTE SOKOLOV – PROVÁDĚNÍ STAVBY“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 22. 7. 2009 pod ev. č. 60034116 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 25. 7. 2009 pod ev. č. 2009/S 141-206047, požadoval zajištění plnění závazků zhotovitele formou bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 30. 11. 2009 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, k níž uzavřel

- dne 31. 8. 2011 dodatek č. 5 smlouvy, a to na základě veřejné zakázky „Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné stavební práce – část 1“

zadané v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 6. 10. 2011 pod ev. č. 60066176,

- dne 1. 9. 2011 dodatek č. 6 smlouvy, a to na základě veřejné zakázky „Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné práce 2. etapy stavby“ zadané v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 5. 1. 2012 pod ev. č. 104715,
- dne 27. 4. 2012 dodatek č. 7 smlouvy, a to na základě veřejné zakázky „Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné stavební práce dle ZL 45-86“ zadané v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 31. 5. 2012 pod ev. č. 219104.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Integrovaná střední škola technická a ekonomická Sokolov, IČO 49766929, se sídlem Jednoty 1620, 356 11 Sokolov – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

pokuta ve výši 150 000 Kč (sto padesát tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. Průběh zadávacího řízení

1. Zadavatel – Integrovaná střední škola technická a ekonomická Sokolov, IČO 49766929, se sídlem Jednoty 1620, 356 11 Sokolov, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 4. 12. 2012 společností AXCODE, s.r.o., IČO 36594172, se sídlem Mirka Nešpora 6, 08001 Prešov, Slovenská republika (dále jen „zadavatel“) – odeslal podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) do informačního systému o veřejných zakázkách dne 22. 7. 2009 pod ev. č. 60034116 a uveřejnil v Úředním věstníku Evropské unie dne 25. 7. 2009 pod ev. č. 2009/S 141-206047, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání nadlimitní veřejné zakázky „PROJEKT REVITALIZACE CENTRA VZDĚLÁVÁNÍ ISŠTE SOKOLOV – PROVÁDĚNÍ STAVBY“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Ve věci výše uvedené veřejné zakázky obdržel Úřad podnět, jehož obsahem byla žádost o přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky, a proto si Úřad od zadavatele vyžádal vyjádření a dokumentaci o předmětné veřejné zakázce.
3. Předmětem plnění veřejné zakázky je podle oznámení o zakázce „výstavba nové devítipodlažní (jedno podzemní a osm nadzemních podlaží) budovy vložené přímo do areálu ISŠTE Sokolov mezi stávající budovy č. 1 a č. 2 a pavilon dílen nahrazením budovy č. 3 a vstupního vestibulu s šatnami a chodbami a částečná revitalizace stávající budovy č. 1

a č. 2. *Toto řešení počítá s otočením hlavního vstupu k Lobežskému potoku*". Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla zadavatelem stanovena na 307 800 000 Kč bez DPH.

4. Z úřední činnosti Úřad zjistil, že v návaznosti na uzavření smlouvy na veřejnou zakázku ze dne 30. 11. 2009 došlo dne 31. 8. 2011, 1. 9. 2011 a 27. 4. 2012 k zadání veřejných zakázek, které s předmětnou veřejnou zakázkou úzce souvisí. Tyto skutečnosti jsou patrné
 - z oznámení o zadání zakázky „Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné stavební práce – část 1“ v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 6. 10. 2011 pod ev. č. 60066176,
 - z oznámení o zadání zakázky „Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné práce 2. etapy stavby“ v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 5. 1. 2012 pod ev. č. 104715,
 - z oznámení o zadání zakázky „Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné stavební práce dle ZL 45-86“ v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 31. 5. 2012 pod ev. č. 219104,(dále souhrnně jako „související veřejné zakázky“).
5. V zadávacím řízení se zadavatel při výkonu práv a povinností podle zákona, souvisejících se zadávacím řízením, nechal zastoupit společností AXCODE, s.r.o., IČO 36594172, se sídlem Mirka Nešpora 6, 08001 Prešov, Slovenská republika.
6. Po přezkoumání obsahu dokumentace o veřejné zakázce, získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, a proto zahájil správní řízení z moci úřední.

II. Řízení před Úřadem

7. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
8. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S661/2012/VZ-22082/2012/521/JHn ze dne 23. 11. 2012. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S661/2012/VZ-22085/2012/521/JHn z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Usnesením č. j. ÚOHS-S661/2012/VZ-23486/2012/521/JHn ze dne 13. 12. 2012 byly uvedené lhůty na žádost zadavatele prodlouženy.
9. Související veřejné zakázky byly zadány ve spojitosti s předmětnou veřejnou zakázkou, a proto Úřad z moci úřední dopisem č. j. ÚOHS-S661/2012/VZ-4385/2013/521/JHn ze dne 22. 4. 2013 rozšířil předmět správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S661/2012/VZ o zadávací řízení na související veřejné zakázky. Úřad v dopise vyjádřil pochybnost o tom, zda byl v předmětné veřejné zakázce způsob hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ stanoven v souladu s ust. § 44 odst. 3 písm. f) zákona, § 78 odst. 4 zákona a § 6 zákona a zda byl požadavek na zajištění plnění závazků zhotovitele formou bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem stanoven v souladu s ust. § 44 odst. 3 písm. g) zákona

a § 6 zákona. Současně Úřad vyslovil pochybnost, zda s ohledem na uzavření smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku a v kontextu souvisejících veřejných zakázek zadavatel postupoval při zadávání souvisejících veřejných zakázek v souladu s ust. § 21 zákona v případě, že došlo k pochybení zadavatele u předmětné veřejné zakázky. Úřad rovněž uvedl, že vyvstává pochybnost, zda zadavatel související veřejné zakázky neměl zadat v otevřeném či užším řízení podle zákona.

10. Usnesením č. j. ÚOHS-S661/2012/VZ-5282/2013/521/JHn ze dne 22. 4. 2013 stanovil Úřad zadavateli lhůtu, v níž mohl navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Současně byla zadavateli stanovena lhůta k provedení úkonu – předložení dokumentací o souvisejících veřejných zakázkách, které Úřad neměl k dispozici. Zadavatel podáním ze dne 24. 4. 2013 požádal o prodloužení lhůty k předložení dokumentací k souvisejícím veřejným zakázkám. Úřad zadavateli lhůtu prodloužil usnesením č. j. ÚOHS-S661/2012/VZ-7759/2013/521/JHn ze dne 29. 4. 2013. Zadávací dokumentace k souvisejícím veřejným zakázkám Úřad obdržel dne 7. 5. 2013. V průvodním sdělení zadavatel konstatuje, že je přesvědčen, že zadávací řízení na dodatečné práce proběhly plně v souladu se zákonem. Zadavatel dále uvedl, že je připraven spolupracovat s Úřadem při přezkumu těchto zadávacích řízení a poskytnout jakoukoliv další součinnost a vysvětlení a předpokládá, že k tomu bude případně vyzván.

III. Stanovisko zadavatele

11. Zadavatel vyjádřil v řízení své stanovisko dne 10. 12. 2012 a následně dne 9. 1. 2013. Zadavatel uvádí, že jeho zmocněnci bylo umožněno nahlédnout do správního spisu, nikoli však do podnětu, z důvodu ochrany identity osoby, která podnět podala. Zadavatel uvádí, že mu není jasné, kdy měl možnost vyjádřit se ke skutečnostem uvedeným v podnětu, když jej neměl k dispozici. Zadavatel upozorňuje na ust. § 36 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), podle něhož musí být účastníku správního řízení před vydáním rozhodnutí dána možnost se vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel uvádí, že mu mělo být umožněno vyjádřit se k podkladům rozhodnutí přímo, jak jsou uvedeny v podnětu, což se však ve správním řízení nestalo. Zadavatel konstatuje, že v oznámení o zahájení správního řízení jsou toliko citována ustanovení zákona, přičemž absentují konkrétní pochybení týkající se způsobu hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“. Zadavateli rovněž není zřejmé, v čem konkrétně měl pochybit, pakliže požadoval zajistit plnění závazků zhotovitele formou bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem. Dovojuje, že by se mohlo jednat o omezení na „tuzemský peněžní ústav“. Zadavatel tvrdí, že z oznámení o zahájení správního řízení není patrné, jakou základní zásadu podle ust. § 6 zákona porušil.
12. K vymezení dílčích hodnotících kritérií zadavatel konstatuje, že požadoval provedení stavby za provozu školy a stavba probíhala přímo v areálu školy. Uvádí, že považoval za důležité co nejlépe sladit provoz školy a stavební činnost. Podle zadavatele se jednalo o první podobnou stavbu za plného provozu školy v ČR, proto neměl možnost převzít zkušenosti z jiných obdobných projektů. Z toho důvodu nechal návrh opatření plně na stavebních společnostech jako účastnících zadávacího řízení, u nichž jakožto u profesionálů předpokládal dostatek know-how taková opatření navrhnout a realizovat. Proto stanovil

zadavatel jako základní hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky. Vzhledem k tomu, že je zadavateli patrné, že uchazeči navržená opatření ovlivní průběh výstavby a mají vliv na nabídkovou cenu, stanovil váhu u dílčího hodnotícího kritéria „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ na 30% a u dílčího hodnotícího kritéria „*Nabídková cena*“ dvojnásobnou váhu 60%. Zadavatel nijak předem neomezoval návrh opatření a ani nepředjímal, jaká opatření mají být navržena, aby dosáhl co nejlepšího výsledku a měl možnost hodnotit co nejširší spektrum návrhů opatření. Proto také nechal „volnou ruku“ při návrzích opatření souvisejících se stavebními pracemi účastníkům zadávacího řízení, a proto ani v zadávací dokumentaci nejsou uvedena žádná omezení.

13. Zadavatel je přesvědčen, že předem jasně stanovil způsob hodnocení podle dílčího hodnotícího kritéria „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“. Za pomoci organizátora zadávacího řízení – společnosti AXCODE, s.r.o., připravil „*Podklad pro hodnocení nabídek uchazečů*“, který je součástí dokumentace veřejné zakázky. Zadavatel uvádí, že při přípravě dílčího hodnotícího kritéria „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ byla všechna navržená opatření ze všech nabídek rozdělena do pěti skupin, přičemž v každé skupině bylo maximálně jedno opatření od každého uchazeče, opatření v rámci jedné skupiny se týkala jedné oblasti a byla porovnatelná. V podkladu pro hodnocení nabídek bylo uvedeno, jak se uchazeč vypořádal s typem opatření v každé z pěti skupin. Zadavatel upozorňuje, že se nejednalo o subkritéria, která by byla předem známa a tyto oblasti byly definovány až na základě nabídek uchazečů, přičemž žádné opatření nebylo opomenuto a pokud jej nebylo možno zařadit, byla pro něj vytvořena nová skupina.
14. Zadavatel konstatuje, že hodnotící komise byla seznámena s částí podkladu pro dílčí hodnotící kritérium „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ a rozhodla se k ní nepřihlížet a provést vlastní volné hodnocení.
15. K požadavku na předložení bankovní záruky zadavatel konstatuje, že se jedná o zajišťovací institut podle ust. § 313 až 332 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“). Podle zadavatele může bankovní záruku vystavit pouze subjekt, kterému to umožňuje zákon č. 21/1992 Sb., o bankách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o bankách“). V souladu se zákonem o bankách mohou bankovní záruku vystavit finanční instituce, které jsou založeny v ČR a pobočky zahraničních bank v ČR (tedy tuzemské peněžní ústavy). Zadavatel uvádí, že kromě tuzemských peněžních ústavů může bankovní záruku vystavit i zahraniční banka anebo finanční instituce z jiného členského státu EU, pokud provozování její činnosti nemá charakter trvalé hospodářské činnosti v ČR. V případě, že banka nebo oprávněná finanční instituce hodlá na území ČR provozovat činnosti podle § 5d zákona o bankách bez založení pobočky, oznámí zamýšlené činnosti před prvním poskytnutím služby domovskému orgánu dohledu, který toto oznámení do jednoho měsíce zašle České národní bance. Takový peněžní ústav je podle zadavatele registrován u České národní banky.
16. Dále se zadavatel zamýšlí nad dostatečností zajištění plnění bankovní zárukou a uvádí, že pro věřitele je důležitá výše peněžní částky, na kterou je bankovní záruka vystavena, způsob, jakým se může věřitel domoci svého práva plynoucího z bankovní záruky, jestliže jej banka odmítá uspokojit a bonita banky. Zadavatel je přesvědčen, že pokud má možnost žádat po

uchazečích bankovní záruku, má též možnost nastavit její parametry. Zadavatel tedy omezil možnost vystavení bankovní záruky na subjekty, kterým to umožňuje zákon o bankách, neboť u nich lze efektivně uplatnit bankovní záruku přímo v jejich sídle nebo pobočce v ČR a je u nich předpoklad, že budou mít větší zájem na uspokojení zadavatele, aby měly zachovanou dobrou reputaci na trhu v ČR. Tyto subjekty pak lze v případě sporu žalovat u soudu v ČR a podle českého právního řádu, přičemž v případě úspěchu lze realizovat výkon rozhodnutí podle českého právního řádu z jejich finančních prostředků a majetku v ČR. Podle zadavatele v Evropské unii peněžní ústavy spolupracují a každá ze zahraničních institucí má partnerskou finanční instituci v ČR. Z toho důvodu zadavatel předpokládal, že uchazeč, který má dobré vztahy s „netuzemským“ peněžním ústavem Evropské unie, může jeho prostřednictvím požádat o vystavení bankovní záruky partnerský peněžní ústav v ČR.

17. Zadavatel vzhledem k uvedenému nepovažuje „*takové omezení*“ vystavení bankovní záruky tuzemským peněžním ústavem za skrytou diskriminaci uchazečů.
18. Ve stanovisku ze dne 9. 1. 2013 zadavatel uvádí, že si není vědom žádných pochybení při zadávání veřejné zakázky. Ke stanovení dílčího hodnotícího kritéria „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ zadavatel cituje z čl. 53 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby a z ust. § 78 odst. 4 zákona. Zadavatel dovozuje, že předmětem soutěže mezi dodavateli může být nejen cena předmětu veřejné zakázky, ale též další kritéria vztahující se k plnění veřejné zakázky. Zadavatel uvádí, že veřejné zakázky na stavební práce vykazují specifické časové nebo organizační nároky, a proto bývá zpracován projekt organizace výstavby. Kvalita postupů při plnění veřejné zakázky na stavební práce je podle zadavatele všeobecně akceptované dílčí hodnotící kritérium. V této souvislosti zadavatel odkazuje také na návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o zadávání veřejných zakázek, který v čl. 66 odst. 2 předpokládá kritéria spojená s předmětem veřejné zakázky, mezi něž patří mj. konkrétní postupy výroby či poskytnutí požadovaných stavebních prací.
19. V případě předmětné veřejné zakázky bylo podle zadavatele nezbytné vyloučit omezení provozu ve stávajících objektech zadavatele (vyloučit kolizi s konáním výuky). Tento požadavek zcela odůvodňuje volbu posuzovaného dílčího hodnotícího kritéria. Z hlediska váhy tohoto dílčího kritéria je zadavatel přesvědčen, že byl jeho postup v souladu se zákonem i rozhodovací praxí Úřadu. K použití dílčího hodnotícího kritéria plán organizace výstavby zadavatel cituje z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S407/2010/VZ-3700/2011/520/DŘÍ ze dne 20. 5. 2011. Zadavatel s odkazem na shora uvedené rozhodnutí uvádí, že dílčí hodnotící kritérium „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ (bod 5.4 zadávací dokumentace) mělo obsahovat seznam opatření, které minimalizují rizika spojená s výstavbou a dopad výstavby na chod výuky a provoz školy. Zadavatel konstatuje, že stanovil, co bude hodnotit jako výhodnější a cituje z části 5.4 zadávací dokumentace. Podle zadavatele je kritérium dostatečně konkrétní a dává uchazečům jasnou představu, které návrhy budou hodnoceny lépe, na rozdíl od citovaného rozhodnutí, v němž Úřad považoval za dostatečnou specifikaci pomocí čtyř subkritérií. Jedním z nich bylo subkritérium „dopad realizace stavby na okolí“, které je podle zadavatele méně konkrétní než posuzované hodnotící kritérium.

20. K ust. § 44 odst. 3 písm. f) zákona zadavatel uvádí, že v zadávací dokumentaci určil, že pro kritérium „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ sestaví hodnotící komise pořadí nabídek od nejvhodnější k nejméně vhodné a přiřadí nejvhodnější nabídce 100 bodů a každé následující nabídce ohodnocení vyjadřující míru splnění dílčího kritéria ve vztahu k nejvhodnější nabídce. Podle zadavatele byl obdobný postup několikrát předmětem přezkumu ze strany Úřadu a porušení shledáno nebylo. Zadavatel upozorňuje na zásadu legitimního očekávání, podle které by měl Úřad rozhodovat o shodných otázkách stejným způsobem.
21. V další části vyjádření se zadavatel vyjadřuje k požadavku na zajištění plnění závazků zhotovitele formou bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem. Zadavatel připouští, že především pro zahraniční dodavatele může být tato podmínka problematická, ale domnívá se, že zásadu zákazu diskriminace nelze interpretovat tak, že všechny podmínky mají mít pro všechny dodavatele stejný dopad a že by zadávací podmínky musely být vždy stanoveny tak, aby je mohl splnit každý. Naopak podle zadavatele je smyslem některých zadávacích podmínek nepřipustit do zadávacího řízení určité subjekty, které nejsou schopny splnit jistá objektivní kritéria (typicky u kvalifikačních předpokladů). Pokud je zadávací podmínka odůvodněna objektivními potřebami zadavatele, není podle názoru zadavatele diskriminační, i když někteří dodavatelé nebyli schopni ji splnit.
22. Požadavek na bankovní záruku je odůvodněn objektivní potřebou zadavatele, neboť akceptovat jakoukoli bankovní záruku by pro zadavatele představovalo riziko, zda závazek dodavatele je zajištěn vymahatelným instrumentem, a proces uplatnění by mohl být podle zadavatele komplikovanější a nákladnější než v případě čerpání záruky vystavené tuzemskou bankou. Je přesvědčen, že tuzemský finanční trh je pro něj čitelný a s případným čerpáním záruky nevzniknou neadekvátní náklady. Uchazeči, kteří spolupracují s dostatečně solidní bankou v zahraničí, budou schopni podle zadavatele zajistit vystavení bankovní záruky v tuzemsku „*bez větších problémů*“. Zadavatel je přesvědčen, že neporušil žádné ustanovení zákona a navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil.

IV. Závěry Úřadu

23. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K vymezení dílčích hodnotících kritérií

24. Podle ust. § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
25. Podle ust. § 44 odst. 3 písm. f) zákona musí zadávací dokumentace obsahovat alespoň způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií.
26. Podle ust. § 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.

27. Je-li základním hodnotícím kritériem ekonomická výhodnost nabídky, musí zadavatel v souladu s ust. § 78 odst. 5 zákona jednotlivým dílčím hodnotícím kritériím stanovit váhu, kterou vyjádří v procentech. Stanovená váha může být u jednotlivých dílčích hodnotících kritérií shodná.
28. Podle ust. § 78 odst. 6 zákona uvede zadavatel dílčí hodnotící kritéria a jejich váhu v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení nebo v zadávací dokumentaci, popřípadě ve výzvě k podání nabídky v užším řízení či v jednacím řízení s uveřejněním nebo ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, popřípadě ve výzvě k potvrzení zájmu o účast nebo v dokumentaci soutěžního dialogu.
29. Zadavatel v bodu 7. zadávací dokumentace stanovil jako základní hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky a dílčí hodnotící kritéria a jejich váhy v % vymezi takto:
- | | |
|--|------|
| 1. Nabídková cena vč. DPH | 60 % |
| 2. Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy | 30 % |
| 3. Poskytnuté záruky za jakost díla | 10 % |
30. K hodnotícímu kritériu „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ zadavatel v bodu 7. zadávací dokumentace dále stanovil: „*Pro toto kritérium sestaví hodnotící komise pořadí nabídek od nejvhodnější k nejméně vhodné a přiřadí nejvhodnější nabídce 100 bodů a každé následující nabídce přiřadí takové bodové ohodnocení, které vyjadřuje míru splnění dílčího kritéria ve vztahu k nejvhodnější nabídce.*“
31. V rámci obchodních podmínek stanovil zadavatel v bodu 5.4. zadávací dokumentace nazvaném „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ následující: „*Uchazeč uvede postup a seznam opatření, které minimalizují rizika spojená s výstavbou s ohledem na prostředí školy a také minimalizují dopad výstavby na řádný chod výuky a provoz školy. Zadavatel při hodnocení daného kritéria zvýhodní nejefektivnější opatření, které minimalizují rizika spojená s výstavbou a také minimalizují dopad výstavby na řádný chod výuky a provoz školy. Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy bude jako součást nabídky přílohou Smlouvy o dílo a tedy bude pro uchazeče závazný.*“
32. Úřad k vymezení hodnotících kritérií uvádí, že způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií musí zadávací dokumentace obsahovat obligatorně (viz § 44 odst. 3 písm. f zákona), přičemž zadávací dokumentace je stěžejním pramenem pro zpracování nabídek uchazečů. Lze tedy konstatovat, že se jedná o jeden z klíčových prvků zadávacího řízení, neboť na základě stanovených hodnotících kritérií probíhá samotný proces hodnocení nabídek, jehož výsledkem je výběr nejvhodnější nabídky. Z toho důvodu je nutno na určení hodnotících kritérií klást značný důraz. Jestliže se zadavatel rozhodne pro způsob hodnocení nabídek podle ekonomické výhodnosti nabídky, jak tomu je v šetřeném případě, měl by především dbát na vymezení dílčích hodnotících kritérií a způsobu hodnocení nabídek podle těchto kritérií tak, aby hodnotící kritéria byla přehledná a umožňovala jednoznačné hodnocení

nabídek. Zadavatel je tedy povinen stanovit dílčí kritéria hodnocení a vymezit způsob hodnocení podle stanovených dílčích kritérií v souladu se zásadou transparentnosti tak, aby uchazeči, kteří se rozhodnou pro účast v soutěži o veřejnou zakázku, byli reálně schopni předložit nabídky, které nejlépe splní představy zadavatele. Rovněž je třeba zdůraznit, že prostřednictvím hodnotících kritérií musí mít potenciální uchazeči možnost vytvořit si předem jasnou představu o tom, jak budou jejich nabídky hodnoceny, co bude zadavatelem považováno za vhodnější a co bude pro uchazeče o veřejnou zakázku výhodnější z hlediska získání vyššího počtu bodů v rámci hodnocení nabídek. Jinými slovy řečeno z výzvy či zadávací dokumentace musí být vždy zřejmé, které parametry („co“) a jak budou zadavatelem následně hodnoceny. Je třeba rovněž zdůraznit, že správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel (ust. § 44 odst. 1 věta in fine zákona).

33. Zadavatel v šetřeném případě stanovil jako jedno z dílčích hodnotících kritérií kritérium *„Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy“*, kterému přiřadil z hlediska celkového hodnocení váhu 30 %. Z dokumentace o veřejné zakázce však není patrné, jakým způsobem bude zadavatel v tomto dílčím hodnotícím kritériu nabídky hodnotit, neboť v bodu 5.4. zadávací dokumentace pouze konstatuje, že uchazeči uvedou postup a seznam opatření pro minimalizaci rizik spojených s výstavbou a minimalizaci dopadů výstavby na chod výuky a provoz školy. Následně zadavatel přibližuje, že při hodnocení zvýhodní *„nejefektivnější“* opatření. Rovněž v bodu 7. zadávací dokumentace, který se ke způsobu hodnocení nabídek přímo vztahuje, nejsou uvedeny žádné konkrétnější informace, na základě nichž by si uchazeči mohli vytvořit jasnou představu o způsobu hodnocení nabídek. Pod pojmem typu *„nejefektivnější“* si může každý z uchazečů představit něco jiného, a nelze proto hovořit o transparentním stanovení způsobu hodnocení nabídek. Stejně tak je třeba zdůraznit, že paleta způsobů a opatření, jimiž lze uvedená rizika minimalizovat, je značně rozsáhlá. K požadavku na transparentnost a jednoznačnost zadávací dokumentace se vyslovil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 25. 3. 2009, č. j. 2 Afs 86/2008 – 222, v němž mj. konstatoval, že *„...zadávací dokumentace musí být transparentní, dostatečně konkrétní a srozumitelná tak, aby na jejím základě mohla proběhnout všestranně korektní veřejná soutěž, v jejímž rámci bude vybrána vskutku ta nejlepší nabídka“*. Na jiném místě citovaného rozsudku je dále uvedeno, že *„zadávací dokumentace musí být jednoznačná, jelikož musí být zcela patrné, v jakých otázkách a jak konkrétně spolu budou jednotlivé nabídky „soutěžit“*. Úřad v souvislosti s citovaným rozsudkem doplňuje, že každý uchazeč musí mít možnost učinit si dostatečně jasnou představu o tom, jakým způsobem bude zadavatel podle toho kterého dílčího hodnotícího kritéria nabídky hodnotit, a stejně tak mu musí být patrné, v jakých parametrech budou jednotlivé nabídky vzájemně posuzovány a srovnávány (*„...jak konkrétně spolu budou jednotlivé nabídky „soutěžit“*). Úřad s ohledem na výše uvedené konstatuje, že v případě dílčího hodnotícího kritéria *„Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy“* není jednoznačné, jakým způsobem budou nabídky uchazečů hodnoceny, z čehož nelze než vyvodit, že předložené nabídky nemohou být porovnatelné, neboť uchazeči nemohou mít jasnou představu o způsobu hodnocení a preferencích zadavatele. Uvedené dílčí hodnotící kritérium dostatečným způsobem nevymezuje otázky, jak spolu mají předložené nabídky *„soutěžit“*.
34. Zadavateli lze přisvědčit v názoru, že měl právo stanovit v rámci základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky (§ 78 odst. 1 písm. a zákona) jako dílčí hodnotící

kritérium, obecně řečeno, souladnost postupů stavby při zajištění fungování instituce zadavatele, ovšem toto není předmětem polemiky. Stěžejní problematikou v dané věci je zcela nedostatečné (resp. v podstatě absentující) vymezení toho, co a jakým způsobem bude zadavatelem následně hodnoceno. Ostatně sám zadavatel ve svém vyjádření ze dne 10. 12. 2012 trefně přiznává, že předmětem hodnocení byly oblasti, jež „*byly definovány až na základě nabídek uchazečů*“. Podstatou zajištění transparentního a nediskriminačního hodnocení nabídek však je, aby zadavatel již v zadávací dokumentaci jasně vyložil, co a jakým způsobem bude následně hodnotit, a nikoli to, že uvede, že až na základě podaných nabídek dojde k rozřídění nabídnutých návrhů řešení, vytvoření skupin obdobných řešení a ty následně vzájemně bude hodnotit. Uchazeči totiž před podáním nabídek na základě zadávací dokumentace nemohou objektivně seznat, co bude považováno za „nejvhodnější nabídku“ (bod 7. zadávací dokumentace), resp. za situace, kdy nejvhodnější nabídkou má být dle bodu 5.4 „*nejefektivnější opatření*“, pak co má být nejefektivnějším opatřením z pohledu zadavatele, který tato opatření bude následně hodnotit (k tomuto neurčitému pojmu použitému zadavatelem v rámci hodnotícího kritéria viz výše). Z uvedeného je zřejmé, že hodnotící kritérium bylo netransparentní, respektive vyhodnotitelné pouze subjektivně. Nebylo tak možné určit, jakým objektivním způsobem bude zadavatel hodnotit toto hodnotící kritérium. Zadavatel, ač – jak shora uvedeno – je odpovědný za správnost a úplnost zadávacích podmínek, přenáší v takovém případě vymezení specifikace toho, co bude hodnoceno, na uchazeče. Jinými slovy řečeno to, co považuje zadavatel za nejefektivnější řešení (tj. to, co bude hodnotit dle bodu 7. zadávací dokumentace přidělením nejvyššího počtu bodů) by měl mimo jiné uchazečům sdělit v zadávací dokumentaci předem a nikoli toto zjišťovat až ex post, tzn. až na základě vyhodnocení nabídek vycházet z hodnot a popisu uvedených uchazeči v nabídkách a z toho vytvářet stupnici hodnocení a skupiny pro vzájemnou porovnatelnost.

35. Z uvedeného je rovněž zřejmé, že odkazy zadavatele na shora uvedená rozhodnutí Úřadu jsou nepřiléhavá, poněvadž jejich obsah řeší problematiku odchylnou od posuzovaného případu, založenou jinými skutkovými okolnostmi (viz též dále).
36. Úřad k netransparentnímu způsobu hodnocení nabídek uvádí, že zadavateli nic nebránilo v tom, aby alespoň příkladným výčtem několika svých preferencí ozřejmil způsob hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“. Ani uchazeči o veřejnou zakázku, ani Úřad nemohou z uvedeného dovozovat, jakým způsobem pravděpodobně bude zadavatel nabídky hodnotit, neboť, jak již bylo uvedeno výše, zadávací dokumentace musí obsahovat jednoznačný způsob hodnocení podle hodnotících kritérií. Tyto charakteristiky, znaky či preference zadavatele měl zadavatel popsat v zadávací dokumentaci v souladu se zákonem. K této skutečnosti Úřad zdůrazňuje, že zadavatel měl k dispozici „*podklad – hodnocení nabídek*“ ze dne 22. 9. 2009, který pro něj připravil „*tým nezávislých odborníků pod vedením společnosti Axcodes, s. r. o.*“. Přestože byl tento dokument vytvořen až v průběhu hodnocení nabídek, je z něj patrné, že způsob hodnocení nabídek bylo možno v příslušném dílčím hodnotícím kritériu v zadávací dokumentaci lépe specifikovat. V části tohoto podkladu nazvaném „*Hodnocení dle hodnotících kritérií zadávací dokumentace*“ jsou blíže vymezeny požadavky mj. na dílčí hodnotící kritérium č. 2 „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“, u něhož při hodnocení jednotlivých nabídek byl kladen důraz na „*Oddělení staveniště od budovy školy a zabezpečení vstupu do školy, Koordinace stavebních*

prací s ředitelem školy, Pracovní doba na staveništi, Použití technických postupů na omezení hluku a prašnosti, Zkrácení termínu výstavby". K těmto bodům jsou navíc konkrétně uvedeny důvody jejich zvolení (důvody jsou zřejmé např. v případě pracovní doby na staveništi, kdy je preferováno, aby obzvláště rušivé stavební práce byly prováděny v čase mimo hlavní výuku nebo u zkrácení termínu výstavby).

37. Z výše uvedeného je patrné, že bylo nutné blíže vymezit způsob hodnocení podle dílčího hodnotícího kritéria „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ již v zadávací dokumentaci a nikoli až v průběhu hodnocení nabídek.
38. Pro závěr Úřadu o tom, že předložené nabídky uchazečů nemohou být porovnatelné s ohledem na netransparentně stanovené dílčí hodnotící kritérium, jednoznačně svědčí „*Zápis z jednání Hodnotící komise VZ 60034116*“ ze dne 23. 9. 2009. V části tohoto zápisu týkající se hodnocení nabídek je k předmětnému dílčímu hodnotícímu kritériu uvedeno: „*HK konstatovala, že v podstatě všechny návrhy postupu uchazečů jsou zpracovány odlišným způsobem.*“ Mimo jiné i právě z tohoto vyjádření hodnotící komise nesporně vyplývá, že nabídky uchazečů reálně porovnatelné nebyly a hodnotící komise, resp. zadavatel, si toho byli plně vědomi. S ohledem na to, že uchazečům nebylo dostatečně patrné, jakým způsobem bude zadavatel jejich nabídky hodnotit, a vzhledem k vědomosti zadavatele o neporovnatelnosti předložených nabídek má Úřad za prokázané, že dílčí hodnotící kritérium „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ bylo stanoveno netransparentním způsobem v rozporu s ust. § 6 zákona.
39. Zadavatel ve vyjádření k zahájení správního řízení ze dne 10. 12. 2012 uvádí, že ponechal návrh opatření pro zamezení kolizí na uchazečích a nepředjímal, jaká opatření mohou být nabídnuta, neboť chtěl mít možnost hodnotit co nejširší spektrum návrhů opatření. Jak je již v odůvodnění tohoto rozhodnutí konstatováno výše, tento způsob stanovení hodnotících kritérií bez bližšího upřesnění obsahu subjektivního hodnotícího kritéria je nedostatečný a netransparentní. Zadavatel to nepřímou potvrzuje i tím, že předpokládá, že bude hodnotit co nejširší spektrum opatření, přičemž je zřejmé, že se nabízená opatření mohou i diametrálně odlišovat. Rovněž konstatování zadavatele, že navržená opatření byla rozdělena do pěti skupin a v každé z nich bylo maximálně jedno opatření od každého uchazeče, nesvědčí o transparentně stanoveném způsobu hodnocení, neboť zadavatel sám potvrzuje, že se nejednalo o subkritéria, která by byla uchazečům předem známa a oblasti byly definovány až na základě podaných nabídek. Tato vyjádření, která by podle zadavatele měla svědčit v jeho prospěch, pouze potvrzují závěry učiněné Úřadem.
40. Ve vyjádření ze dne 9. 1. 2013 zadavatel s odkazem na legislativu Evropské unie konstatuje, že uchazeči mezi sebou soutěží nejen cenou předmětu veřejné zakázky, ale i dalšími kritérii vztahujícími se k plnění veřejné zakázky. V tom nelze než se zadavatelem souhlasit, neboť i ust. § 78 odst. 4 zákona předvídá použití dílčích hodnotících kritérií vztahujících se k nabízenému plnění veřejné zakázky a demonstrativně uvádí kvalitu, technickou úroveň, estetické a funkční vlastnosti a jiné. K odkazu zadavatele na citaci z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S407/2010/VZ-3700/2011/520/DŘI ze dne 20. 5. 2011 Úřad uvádí, že souhlasí se zadavatelem v tom, že lze stanovit dílčí kritéria související s plánem organizace výstavby. Nelze se však ztotožnit s názorem zadavatele, že by předmětné kritérium bylo dostatečně konkrétní a dávalo by uchazečům představu o tom, které návrhy budou hodnoceny lépe. Záměr zadavatele je z jeho vyjádření a rovněž i z textu samotného dílčího hodnotícího

kritéria „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ zřejmý. Způsob provedení tohoto záměru zadavatele, resp. jeho stanovení v podobě transparentního vymezení dílčího hodnotícího kritéria, je však nedostatečný. K citaci zadavatele z výše uvedeného rozhodnutí Úřadu, je třeba upozornit, že nelze argumentovat odkazem na jiné zadávací řízení, neboť každé správní řízení vykazuje jistá specifika a postup zadavatele v zadávacím řízení je vždy posuzován ad hoc. V nyní posuzovaném případě nebylo prokázáno, že by zadavatel stanovil parametry, které budou předmětem hodnocení a jejich bližší upřesnění v zadávací dokumentaci, což ve správním řízení, na něž zadavatel odkazuje, prokázáno bylo. V tomto směru nemohla být zásada legitimního očekávání ze strany Úřadu porušena.

41. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel stanovil způsob hodnocení nabídek transparentním způsobem, mohl obdržet nabídky s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele či nabídky od dalších dodavatelů. Následně zadavatel mohl provést posouzení a hodnocení těchto nabídek, přičemž nelze vyloučit, že jiná nabídka mohla rovněž obsahovat výhodnější podmínky pro zadavatele. Nelze též vyloučit, že dodavatelé neměli představu o tom, jakým způsobem bude hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ probíhat a rovněž z tohoto důvodu nepřistoupili k podání nabídek. O této skutečnosti může svědčit i fakt, že zadavatel obdržel nabídky s různými parametry, a proto obdržené nabídky nebyly porovnatelné, což sám zadavatel potvrdil v zápisu z jednání hodnotící komise ze dne 23. 9. 2009.
42. Úřad k vymezení dílčích hodnotících kritérií shrnuje, že zadavatel postupoval v rozporu s ust. § 44 odst. 3 písm. f) zákona, v návaznosti na § 78 odst. 4 zákona a v návaznosti na § 6 zákona, neboť v zadávací dokumentaci stanovil způsob hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria č. 2 „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ v rozporu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

K požadavku na předložení bankovní záruky

43. Podle § 44 odst. 3 písm. g) zákona musí zadávací dokumentace obsahovat alespoň jiné požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky.
44. V bodu 21.3. návrhu Smlouvy o dílo na realizaci stavby zadavatel stanovil, že finanční zajištění může být realizováno také bankovní zárukou, přičemž „*Bankovní záruka musí být vystavena tuzemským peněžním ústavem...*“.
45. Zadavatel v zadávacím řízení požadoval finanční záruku, která měla sloužit jako zajištění řádného plnění veškerých závazků zhotovitele po dobu plnění díla vyplývající ze smlouvy na veřejnou zakázku.
46. Z dokumentu „*Protokol o jednání hodnotící komise a zpráva o posouzení a hodnocení nabídek*“ ze dne 23. 9. 2009 vyplývá, že zadavatel ze zadávacího řízení vyřadil nabídku uchazeče Sefimota, a. s. Důvodem pro vyloučení bylo mj. nesplnění požadavku na předložení bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem, neboť hodnotící komise

v protokolu o jednání ze dne 23. 9. 2009 uvedla: „*Současně Sefimota a.s. nespĺňuje obchodní podmínky požadované zadavatelem. Jedná se o Smlouvy o dílo, článek 21.3 písm. a): „bankovní záruka musí být vystavena tuzemským peněžním ústavem...“ Dle seznamu bank působících v České republice, evidovaných Českou národní bankou, banka BANCO ESPRITO SANTO, S. A. sociedade aberta není tuzemským peněžním ústavem k datu 1. 9. 2009, kdy byl závazný příslib vystaven, a ani k datu 21. 9. 2009 kdy byla provedena kontrola nabídky uchazeče.“*

47. Zadavatel je povinen v zadávacím řízení postupovat takovým způsobem, aby jeho jednáním nemohlo dojít k diskriminaci žádného z dodavatelů. V tomto smyslu nesmí dojít ke zvýhodnění či znevýhodnění jednoho dodavatele vůči jinému, a to jakýmkoliv způsobem. Zadavatel svým postupem, ať už vědomě či nevědomě, nesmí znemožnit nebo ztížit možnost ucházet se o veřejnou zakázku za podmínek, za kterých mají možnost se o ni ucházet ostatní dodavatelé. Jinými slovy, postup zadavatele objektivně nesmí vykazovat známky rozdílného zacházení s uchazeči o veřejnou zakázku.
48. V posuzovaném případě nebyla zásada zákazu diskriminace zachována, neboť zadavatel stanovil požadavek na předložení bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem, ačkoli k takovému požadavku nevedly žádné objektivní důvody. Pokud by se zadávacího řízení chtěl zúčastnit uchazeč, který spolupracuje s peněžním ústavem mimo tuzemsko, mohlo by mu být v důsledku takto stanoveného požadavku zadavatele znemožněno či významně ztíženo postavení v zadávacím řízení. Zadavatel tímto způsobem zajistil lepší postavení a zvýhodnil tak některé dodavatele oproti jiným, přestože by se měli všichni dodavatelé nacházet ve stejném postavení.
49. K požadavku zadavatele na předložení bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem Úřad konstatuje, že z titulu zajištění závazku řádně plnit předmět smlouvy nemůže zadavatel omezit soutěžní prostředí tím, že bude požadovat bankovní záruku od relativně omezeného okruhu peněžních ústavů. Nelze generalizovat, že peněžní ústav se sídlem mimo tuzemsko, nebude schopen reálně dostát svým závazkům vyplývajícím z jeho prohlášení uvedeného na záruční listině. K takovému závěru nelze dospět, neboť o něm nesvědčí žádné relevantní skutečnosti. Diskriminaci uchazeče spočívající v rozdílném zacházení se zajišťovacím institutem pouze na základě sídla, kde se zavazující banka nalézá, je nutno odmítnout.
50. Je zřejmé, že možnosti, které mohou podle zadavatelem stanoveného hlediska „*dostatečnosti zajištění*“ (viz odst. 30 jeho vyjádření ze dne 10. 12. 2012) nastat, nelze paušalizovat, nýbrž je nutné hodnotit každý konkrétní případ zvláště. Vyloučení „*netuzemských peněžních ústavů*“ se jeví dle uvedeného hlediska jako diskriminující, neboť zadavatel nemůže spekulovat a vyloučit zahraniční peněžní ústavy z důvodu, že eventuálně nebude mít někdy některý z „*netuzemských*“ peněžních ústavů v budoucnu dostatek finančních prostředků. K zajištění předmětných povinností mohl tedy využít jiný zajišťovací institut, popř. bankovní záruku, ale při respektování zásad transparentnosti a zákazu diskriminace. Zadavatel totiž přehlíží, že existuje řada typů bankovních záruk, jež mu umožňují zvýšení jistoty jeho uspokojení. Bankovní záruku např. právě oné namítané „*netuzemské*“ banky může potvrdit jiná banka, a tak by zadavatel mohl uplatnit nároky z bankovní záruky vůči kterékoliv z těchto bank. Díky široké škále druhů a forem bankovních záruk je nepřeborné množství podmínek pro výplatu bankovní záruky, přičemž je jen na

zadavateli, aby zvolil takový způsob, který mu umožní řádně zajistit plnění zhotovitele po dobu plnění díla vyplývající ze smlouvy na předmět veřejné zakázky, a to nediskriminujícím způsobem. Zadavatelem uvedená argumentace spekulací o bonitě banky v budoucnu a způsobu, jak by se mohl v případě, že banka svůj závazek nesplní, domoci svého plnění (výplaty peněz z bankovní záruky) co nejrychleji (třetí argument - výše peněžní částky - je za této situace nerozhodný, neboť vyloučený uchazeč nebyl vyloučen z důvodu, že peněžní ústav neposkytl bankovní záruku na zadavatelem požadovanou částku 50 000 000 Kč, tzn. že by zahraniční banka nebyla schopna poskytnout bankovní záruku na shora uvedenou částku, ale že ji předložil od „netuzemské“ banky) je tak zcela nepřijatelná a týká se toliko omezeného okruhu bankovních záruk. Existuje však i řada dalších typů bankovních záruk (shora uvedené či např. tzv. super guarantee, kdy bankovní záruka poskytnutá méně známou bankou je zajišťována vůči věřiteli zárukou poskytovanou jemu známější bankou s tím, že po jiné bance než té, u které byla dlužníkem původně sjednána záruka, může požadovat věřitel plnění až tehdy, když taková banka není schopna svůj závazek splnit, o čemž vyjadřoval své obavy i zadavatel) a záleží na zadavateli, jak se s dlužníkem dohodne, aby došlo k posílení jistoty věřitele (zadavatele) ohledně splnění pohledávky, avšak to vždy v rámci řízení o veřejné zakázce za situace nediskriminujícího a rovného zacházení a nikoli za situace vyloučení možnosti předložení bankovní záruky od velkého okruhu finančních institucí, jež by mohly legitimně řádně zajistit splnění povinností zhotovitele, a to ze zcela spekulativních důvodů. Zadavatel rovněž mohl, jak shora uvedeno, využít jiných vhodnějších zajišťovacích institucí, avšak nemohl jeden z nich (bankovní záruku) diskriminačně omezit tak, že to mělo vliv na finální okruh uchazečů, jenž byl v důsledku uvedeného řešení objektivně zúžen, poněvadž mj. vyloučený uchazeč by byl dle předložených podkladů objektivně schopen veřejnou zakázku realizovat.

51. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že postup zadavatele mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť v důsledku porušení zásady zákazu diskriminace mohlo dojít k omezení počtu potenciálních dodavatelů o veřejnou zakázku. Takový závěr lze učinit s nepoměrně vyšším důrazem ve vztahu k zahraničním společnostem, které se samozřejmě mohou účastnit zadávacích řízení v České republice, neboť lze předpokládat, že zahraniční právnická osoba bude spolupracovat s peněžními ústavy na území „svého“ státu. Diskriminačně stanovený požadavek zadavatele může způsobit znemožnění účasti některého dodavatele v zadávacím řízení, přestože by jinak takový dodavatel byl schopen ostatní požadavky zadavatele splnit a předmět plnění veřejné zakázky realizovat. Konečně k podstatnému vlivu na výběr nejvhodnější nabídky Úřad uvádí, že sám zadavatel podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky potvrdil, když i s přihlédnutím k nesplnění požadavku na předložení bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem vyloučil uchazeče Sefimota, a. s. z účasti v zadávacím řízení.
52. K zásadě zákazu diskriminace výslovně zakotvené v ust. § 6 zákona se vyjádřil i Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, v němž konstatoval, že *„Pojem „diskriminace“ podle § 6 zákona ... v první řadě implikuje „rozdílný, jiný přístup k jednotlivci než k celku“, tedy odlišné zacházení s jednotlivcem ve srovnání s ostatními členy srovnávané skupiny, jak to vyplývá již ze samotného pojmu „diskriminace“...“*. V šetřeném případě bylo prokázáno, že zadavatel přistupoval diskriminačním způsobem ke skupině dodavatelů, kteří nepředložili bankovní záruku vystavenou „tuzemským“ peněžním ústavem.

53. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 44 odst. 3 písm. g) zákona v návaznosti na § 6 zákona, neboť v zadávací dokumentaci předmětné veřejné zakázky požadoval zajištění plnění závazků zhotovitele formou bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem. Postup zadavatele mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel nestanovil požadavek na předložení bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem a postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky od dalších dodavatelů, kteří mohli nabídnout výhodnější podmínky pro zadavatele.

K uzavření dodatků ke smlouvě na realizaci veřejné zakázky

54. Úřad z úřední činnosti zjistil, že v návaznosti na uzavření smlouvy na veřejnou zakázku ze dne 30. 11. 2009 došlo dne 31. 8. 2011, 1. 9. 2011 a 27. 4. 2012 k uzavření dodatků č. 5, 6 a 7, jejichž obsahem je plnění souvisejících veřejných zakázek. Dodatky ke smlouvě jsou nedílnou součástí uzavřené smlouvy a pokud by nedošlo k uzavření smlouvy, nebyly by uzavřeny ani tyto dodatky. Tyto skutečnosti jsou zřejmé i z textu jednotlivých dodatků, které na smlouvu ze dne 30. 11. 2009 výslovně odkazují, a smlouva samotná předvídá možnost změny textu prostřednictvím uzavírání písemných dodatků. Vzhledem k tomu, že obsahem uzavřených dodatků jsou dodatečné stavební práce, lze bez dalších pochybností konstatovat, že nutnost těchto výkonů vznikla v přímé závislosti na předmětu plnění „hlavní“ veřejné zakázky, na kterou byla dne 30. 11. 2009 uzavřena smlouva. Z těchto důvodů přistoupil Úřad z moci úřední k rozšíření předmětu správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S661/2012/VZ o zadávací řízení na související veřejné zakázky.
55. K rozšíření předmětu správního řízení Úřad dále uvádí, že v případě, kdy bylo shledáno pochybení v postupu zadavatele u předmětné „hlavní“ veřejné zakázky, je třeba automaticky nahlížet na související veřejné zakázky jako zadané v rozporu se zákonem, neboť shledáme-li pochybení v samotném základu veřejné zakázky, nemohou na veřejnou zakázku, u níž zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, navazovat „zákonné“ dodatečné stavební práce. Tato skutečnost plyne mj. též ze všeobecně uznávané právní zásady „ius ex iniuria non oritur“, tedy z bezprávní právo nevzniká. Úřad ke svým závěrům doplňuje, že v posuzovaném konkrétním případě by bylo možno na veřejnou zakázku a s ní neoddělitelně spjaté související veřejné zakázky (jejichž potřeba vznikla právě a jen v závislosti na předmětu plnění veřejné zakázky) nahlížet jako na jeden celek.
56. Úřad k této otázce uzavírá, že nezákonný postup zadavatele v případě předmětné veřejné zakázky je nutno vztáhnout i na veřejné zakázky, jež byly zadány v závislosti na plnění této předmětné veřejné zakázky, a jsou proto z výše uvedených důvodů nezákonným postupem zadavatele rovněž postiženy.
57. Konečně k námitce zadavatele týkající se nemožnosti seznámit se s podnětem třetí osoby Úřad uzavírá, že námitka je nedůvodná. Ze správního řádu (ust. § 42 a § 46 správního řádu) vyplývá, že skutečnost, zda dojde k zahájení řízení z moci úřední, správní orgán zváží na základě nejrůznějších okolností, s nimiž je seznámen; může se tak stát např. v souvislosti s řízením v jiné věci či z podnětu třetí osoby. Dojde-li k závěru, že jsou dány podmínky pro zahájení správního řízení, učiní tak zákonem stanoveným způsobem. Správní řízení takto zahájené pak pokračuje jako proces, jehož výsledkem obvykle je individuální správní akt, a v němž se osoby, jejichž práv a povinností se věc týká, podílejí na řízení a tvorbě obsahu

rozhodnutí, k čemuž jsou vybaveny procesními právy a povinnostmi (viz *Hendrych D. o kol., Správní právo, obecná část*, C. H. Beck, 2006, str. 340). Jak ostatně opakovaně uvedl Nejvyšší správní soud ve své rozhodovací praxi (srov. např. rozsudek ze dne 31. 8. 2009, sp. zn. 8 Afs 74/2007), veškeré úkony před zahájením správního řízení slouží výhradně potřebám správního orgánu k jedinému účelu: vyhodnotit, zda zahájí správní řízení. V něm je pak povinen seznámit účastníka řízení se všemi podklady pro rozhodnutí. Které skutečnosti byly podkladem pro jeho rozhodnutí a jakými úvahami byl veden při hodnocení důkazů, musí uvést v odůvodnění rozhodnutí. V posuzovaném případě spisový materiál i rozhodnutí Úřadu obsahuje podklady a veškeré úvahy, jimiž se Úřad při učiněném závěru řídil a z nichž vycházel.

V. K uložení sankce

58. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona.
59. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí. Ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad uvedl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 44 odst. 3 písm. f) zákona, v návaznosti na § 78 odst. 4 zákona a v návaznosti na § 6 zákona, neboť v zadávací dokumentaci veřejné zakázky „PROJEKT REVITALIZACE CENTRA VZDĚLÁVÁNÍ ISŠTE SOKOLOV – PROVÁDĚNÍ STAVBY“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 22. 7. 2009 pod ev. č. 60034116, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 25. 7. 2009 pod ev. č. 2009/S 141-206047, stanovil způsob hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria č. 2 „Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy“ v rozporu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 30. 11. 2009 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, k níž uzavřel
- dne 31. 8. 2011 dodatek č. 5 smlouvy, a to na základě veřejné zakázky „Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné stavební práce – část 1“ zadané v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 6. 10. 2011 pod ev. č. 60066176,
 - dne 1. 9. 2011 dodatek č. 6 smlouvy, a to na základě veřejné zakázky „Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné práce 2. etapy stavby“ zadané v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 5. 1. 2012 pod ev. č. 104715,
 - dne 27. 4. 2012 dodatek č. 7 smlouvy, a to na základě veřejné zakázky „Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné stavební práce dle ZL 45-86“ zadané v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení

o zadání zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 31. 5. 2012 pod ev. č. 219104.

60. Výrokem II. tohoto rozhodnutí konstatoval Úřad, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 44 odst. 3 písm. g) zákona v návaznosti na § 6 zákona, neboť v zadávací dokumentaci veřejné zakázky „PROJEKT REVITALIZACE CENTRA VZDĚLÁVÁNÍ ISŠTE SOKOLOV – PROVÁDĚNÍ STAVBY“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 22. 7. 2009 pod ev. č. 60034116, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 25. 7. 2009 pod ev. č. 2009/S 141-206047, požadoval zajištění plnění závazků zhotovitele formou bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejuvhodnější nabídky, a zadavatel dne 30. 11. 2009 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, k níž uzavřel
- dne 31. 8. 2011 dodatek č. 5 smlouvy, a to na základě veřejné zakázky „Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné stavební práce – část 1“ zadané v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 6. 10. 2011 pod ev. č. 60066176,
 - dne 1. 9. 2011 dodatek č. 6 smlouvy, a to na základě veřejné zakázky „Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné práce 2. etapy stavby“ zadané v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 5. 1. 2012 pod ev. č. 104715,
 - dne 27. 4. 2012 dodatek č. 7 smlouvy, a to na základě veřejné zakázky „Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné stavební práce dle ZL 45-86“ zadané v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 31. 5. 2012 pod ev. č. 219104.
61. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
62. 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.
63. 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 správního deliktu dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 8. 11. 2011. Ke spáchání správních deliktů došlo dne 30. 11. 2009, kdy zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, přičemž správní řízení bylo zahájeno dne 26. 11. 2012. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
64. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. 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 dovedl 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.

65. 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.
66. V souladu s výše citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, a proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, jaký správní delikt je v šetřeném případě možné považovat za závažnější, tj. za který z nich je možno uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).
67. 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) zákona.
68. V posuzovaném případě se zadavatel dopustil spáchání dvou správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, přičemž za spáchání každého z nich lze podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 5 % ceny zakázky. V daném případě cena veřejné zakázky činila u předmětné veřejné zakázky 380 316 443,- Kč vč. DPH. K této hodnotě je nutno přičíst částku odpovídající rozdílu mezi vícepracemi a méněpracemi v rámci souvisejících veřejných zakázek. Z dodatku č. 5 smlouvy ze dne 30. 11. 2009 vyplývá, že tato částka činí +431 766,- Kč vč. DPH. Z dodatku č. 6 smlouvy ze dne 30. 11. 2009 vyplývá, že částka za dodatečné stavební práce činí +3 575 604,76 Kč vč. DPH. Z dodatku č. 7 smlouvy ze dne 30. 11. 2009 vyplývá, že tato částka činí –713 387,14 Kč vč. DPH. Výsledná hodnota ceny veřejné zakázky a souvisejících veřejných zakázek, z níž je počítána horní hranice možné pokuty činí po zaokrouhlení částku 383 610 427 Kč vč. DPH, přičemž horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) činí po zaokrouhlení částku ve výši 19 180 521 Kč. Úřad k výpočtu horní hranice možné pokuty dodává, že vzal v úvahu také zmenšení rozsahu stavebních prací (méněpráce) a horní hranici možné pokuty počítal z částky, která byla

zadavatelem skutečně vynaložena. Nejedná se tedy o prostý součet předpokládaných hodnot předmětné veřejné zakázky a souvisejících veřejných zakázek. Z uvedeného vyplývá, že oba spáchané správní delikty jsou stejně pokutovány, a z tohoto pohledu proto nelze určit přísněji trestný správní delikt. S ohledem na to, že u obou správních deliktů je stanovena stejná výše pokuty, nelze v konkrétním případě v souladu se zásadou absorpce ukládat sankci za závažnější z obou deliktů. V daném případě je nutné uložit pokutu pouze za jeden ze spáchaných správních deliktů a ke druhému přihlídnout v rámci přitěžujících okolností.

69. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlídnou k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
70. Úřad při stanovení výše pokuty vzal v první řadě v úvahu závažnost správního deliktu, za který ukládá sankci. Stanovení způsobu hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria č. 2 „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ v rozporu se zásadou transparentnosti považuje Úřad za vážné porušení zákona, neboť v důsledku tohoto porušení nebylo uchazečům patrné, jakým způsobem bude zadavatel jejich nabídky v daném dílčím hodnotícím kritériu hodnotit. Současně Úřad přihlédl ke skutečnosti, že zadavatel obdržel nabídky vzájemně neporovnatelné (tuto skutečnost potvrzuje i sám zadavatel – viz „*Zápis z jednání Hodnotící komise VZ 60034116*“ ze dne 23. 9. 2009) a rovněž Úřad z hlediska závažnosti spáchaného správního deliktu přihlédl k tomu, že dílčí hodnotící kritérium č. 2 „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ má z hlediska celkového hodnocení významnou váhu 30 %. S ohledem na absenci transparentního stanovení způsobu hodnocení a vzhledem k významné váze tohoto netransparentně stanoveného dílčího hodnotícího kritéria měl zadavatel poměrně širokou možnost uvážení, jakým způsobem bude tu kterou nabídku hodnotit. Uchazeči proto nemohli ani předvídat, jaké bodové hodnocení obdrží, což mohlo mít podstatný vliv na to, zda vůbec nabídku do zadávacího řízení podají.
71. Co se týče způsobu spáchání správního deliktu, nemá Úřad žádné indicie, že by zadavatel předmětné dílčí hodnotící kritérium stanovil v přímém či nepřímém úmyslu znemožnit některým uchazečům účast v zadávacím řízení. Zadavatel se podle svého vyjádření snažil co nejlépe sladit provoz školy a stavební činnost, a proto ponechal návrh opatření na uchazečích o veřejnou zakázku. Navíc zadavatel uvedl, že obdobná stavba za provozu školy nebyla dosud v České republice realizována, a proto neměl možnost inspirace u obdobných staveb. Způsob spáchání správního deliktu tedy nevykazuje znaky svědčící o tom, že by uložená pokuta měla být adekvátním způsobem zvýšena.
72. Z hlediska následků vzal Úřad při stanovení výše pokuty v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem mohl znemožnit účast dalších dodavatelů v zadávacím řízení a narušit tak soutěžní prostředí, když porušil zásadu transparentnosti při stanovení způsobu hodnocení nabídek. Rovněž je třeba přihlídnout k tomu, že zadavatel obdržel nabídky vzájemně neporovnatelné, a proto nelze s jistotou tvrdit, zda byla ze strany zadavatele vybrána nabídka skutečně nejvhodnější.
73. Při posouzení okolností, za nichž byl správní delikt spáchán, vzal Úřad v úvahu jako přitěžující okolnost to, že zadavatel nedodržel vícero postupů stanovených zákonem a spáchal tak dva správní delikty. Přestože nebyla v souladu se zásadou absorpce jedna trestní sazba

aplikována, nelze odhlédnout od skutečnosti, že skutková podstata druhého správního deliktu byla naplněna. Zadavatel pochybil již na počátku zadávacího řízení, a to při tvorbě zadávacích podmínek, neboť stanovil způsob hodnocení nabídek netransparentním způsobem a požadoval předložení bankovní záruky vystavené toliko tuzemským peněžním ústavem. Tyto postupy zadavatele přitom mohly mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

74. Pochybení zadavatele spočívající v netransparentně stanoveném způsobu hodnocení považuje Úřad za závažné, neboť na stanovení způsobu hodnocení a hodnotících kritérií závisí průběh celého zadávacího řízení a především vyhodnocení výběru nejvhodnější nabídky. Zadávací dokumentace musí způsob hodnocení nabídek obsahovat obligatorně, přičemž stanovení hodnotících kritérií je pro jednotlivé uchazeče důležitým pramenem pro zpracování jejich nabídek. Za další okolnosti svědčící ve prospěch zadavatele, ke kterým Úřad přihlédl, lze označit situaci, kdy zadavatel s ohledem na legitimní očekávání byl přesvědčen o zákonnosti svého postupu, a proto nepředpokládal, že může dojít k porušení zákona při uzavírání dodatků ke smlouvě uzavřené dne 30. 11. 2009, jejichž potřeba vznikla v návaznosti na plnění předmětné veřejné zakázky.
75. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad jako polehčující okolnost v úvahu skutečnost, že zadavatel se v dílčím hodnotícím kritériu č. 2 „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ pokusil alespoň o jeho bližší vymezení ex post a následně se snažil o zajištění transparentního hodnocení podle tohoto subjektivního dílčího hodnotícího kritéria.
76. Úřad přihlédl i k tomu, že zadavatel svým postupem při zadávání veřejné zakázky porušil základní zásady zadávacího řízení, a to zásadu transparentnosti a zásadu zákazu diskriminace, a to při stanovení způsobu hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria č. 2 „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ a při stanovení požadavku na předložení bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem. Zadavatel svým postupem mohl ovlivnit některé uchazeče, kteří v důsledku porušení zásad transparentnosti a nediskriminace nepodalí nabídky, čímž mohlo dojít k situaci, že nebyla vybrána pro zadavatele nabídka nejvhodnější a v té souvislosti mohlo dojít k plýtvání s veřejnými prostředky.
77. K okolnostem, za nichž došlo ke spáchání správních deliktů lze s ohledem na výše uvedené uzavřít, že se nejednalo o ojedinělé pochybení zadavatele, neboť zadavatel nedodržel postup podle ust. § 44 odst. 3 písm. f) zákona, v návaznosti na ust. § 78 odst. 4 zákona a v návaznosti na ust. § 6 zákona, a současně nedodržel postup stanovený v ust. § 44 odst. 3 písm. g) zákona v návaznosti na ust. § 6 zákona, přičemž oba postupy mohly mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
78. Podle výkladové praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť tento postup zcela vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v ust. § 6 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace a transparentnosti. V posuzovaném případě se tedy nejednalo o správní delikt svým charakterem nejzávažnější.

79. Při stanovení výše pokuty Úřad rovněž přihlédl k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nálezy Ústavního soudu č. Pl. ÚS 3/02, podle kterého jsou nepřijatelné takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Při stanovení výše pokuty vzal tedy Úřad v úvahu i finanční možnosti zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Z přehledu rozpočtu finančních ukazatelů Karlovarského kraje jako zřizovatele zadavatele na rok 2013 vyplývá, že neinvestiční příspěvky pro zadavatele se pohybují v řádu milionů 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.
80. 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.
81. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložené sankce, a proto uložil pokutu ve výši 150 000 Kč, která byla stanovena hluboko v dolní polovině zákonné výše.
82. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěným správním deliktům zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel již uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění veřejné zakázky a nápravy již nelze dosáhnout. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
83. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů 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, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správním orgánem a aby každému účastníkovi řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

AXCODE, s.r.o., Mirka Nešpora 6, 08001 Prešov, Slovenská republika

Vypraveno dne:

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