



UOHSX005IKR8

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R197/2013/VZ-7683/2014/310/LPa

Brno 10. dubna 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 4. 7. 2013, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 8. 7. 2013, jenž podal zadavatel –

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

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S661/2012/VZ-11729/2013/521/JHn ze dne 24. 6. 2013 ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výše uvedeným zadavatelem, 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 veřejné 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 veřejné zakázky bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 31. 5. 2012 pod ev. č. 219104,

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

I.

Výrok I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S661/2012/VZ-11729/2013/521/JHn ze dne 24. 6. 2013 podle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) ve smyslu § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

m ě n í m

takto:

„Zadavatel – Integrovaná střední škola technická a ekonomická Sokolov, IČ 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, **kdy nebylo patrné, jakým způsobem bude zadavatel v tomto dílčím hodnotícím kritériu nabídky hodnotit**, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější 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.

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S661/2012/VZ-11729/2013/521/JHn ze dne 24. 6. 2013 podle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) ve smyslu § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

m ě n í m

takto:

„Zadavatel – Integrovaná střední škola technická a ekonomická Sokolov, IČ 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 **při stanovení podmínek a požadavků na zpracování nabídky se dopustil porušení ustanovení § 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.

Ve výroku III. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S661/2012/VZ-11729/2013/521/JHn ze dne 24. 6. 2013

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný k vykonávání dohledu nad zadáváním veřejných zakázek podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele – Integrovaná střední škola technická a ekonomická Sokolov, IČ 49766929, se sídlem Jednoty 1620, 356 11 Sokolov, (dále jen „**zadavatel**“) učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „Projekt revitalizace centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby “ (dále jen „**veřejná zakázka**“). Na základě uvedeného podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele veškerou spisovou dokumentaci související s veřejnou zakázkou.
2. Úřad při přezkoumávání materiálů a zjišťování skutečností týkajících se předmětné veřejné zakázky zjistil, že v návaznosti na uzavření smlouvy na veřejnou zakázku dne 30. 11. 2009 došlo následně k postupnému zadání dalších veřejných zakázek, které s předmětnou veřejnou zakázkou úzce souvisí - „Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné stavební práce – část 1“, „Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné práce 2. etapy stavby“ a „Projekt revitalizace Centra vzdělávání ISŠTE Sokolov – provádění stavby: dodatečné stavební práce dle ZL 45-86“ (dále jen „**související veřejné zakázky**“).
3. Úřad po té, co po přezkoumání obsahu dokumentace o veřejné zakázce, získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, a zahájil proto správní řízení z moci úřední, rozšířil předmět správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S661/2012/VZ taktéž o přezkoumání úkonů učiněných zadavatelem v rámci zadávacích řízení souvisejících veřejných zakázek. Úřad především zkoumal otázky, zda byl v předmětné veřejné zakázce

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

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, 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, a 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 ustanovením § 21 zákona v případě, že došlo k pochybení zadavatele u předmětné veřejné zakázky. Úřad dále prověřoval, zda zadavatel související veřejné zakázky neměl zadat v otevřeném či užším řízení podle zákona.

4. Své stanovisko k zahájenému správnímu řízení zadavatel vyjádřil v dopisech ze dne 10. 12. 2012 a 9. 1. 2013, kde předně namítl, že jeho zmocněnci bylo umožněno nahlédnout do správního spisu, nikoliv však do podnětu a není mu tak jasné, kdy měl mít možnost se vyjádřit ke skutečnostem uvedeným v podnětu, když jej neměl k dispozici. Odkázal v tomto přitom na ustanovení § 36 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“).
5. Co se týče vymezení dílčích hodnotících kritérií, zadavatel, dle svého vyjádření, požadoval provedení stavby za provozu školy, kdy stavba probíhala přímo v jejím areálu. Za situace, kdy zadavatel neměl, vzhledem k absenci realizace obdobných projektů, možnost čerpat z předchozích zkušeností, nechal návrh opatření plně na uchazečích, aniž by jej předem nějak omezoval či předjímal, jaká opatření mají být navržena, aby dosáhl co nejlepšího výsledku a měl možnost hodnotit co nejširší spektrum návrhů. Zadavatel přitom vyslovil přesvědčení, že jasně stanovil způsob hodnocení podle dílčího hodnotícího kritéria „Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy“, když všechna navržená opatření ze všech nabídek rozdělil 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 pak uvedl, jak se uchazeč vypořádal s typem opatření v každé z pěti skupin.
6. Ke svému požadavku na předložení bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem zadavatel uvedl, že pokud má možnost žádat po uchazeči 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 zachovánu 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, která v případě potřeby může být požádána o poskytnutí záruky. I když zadavatel připustil, že především pro zahraniční dodavatele může být splnění uvedené podmínky problematické, vyslovil zároveň přesvědčení, 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 pokud by zadávací podmínka byla odůvodněna objektivními potřebami zadavatele, není diskriminační, i kdyby někteří dodavatelé nebyli schopni ji splnit.

II. Napadené rozhodnutí

7. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností a po zhodnocení všech předložených dokladů, včetně zadávací dokumentace, vyjádření zadavatele a na základě vlastních zjištění vydal Úřad dne 24. 6. 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S661/2012/VZ-11729/2013/521/JHn (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výrokové části I. konstatoval, 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 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. Ve výrokové části II. pak Úřad konstatoval, 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 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. Ve výrokové části III. pak Úřad zadavateli za spáchání správních deliktů uvedených ve výrokové části I. a II. napadeného rozhodnutí uložil pokutu ve výši 150.000,- Kč.
8. Ve svém odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad předně připomněl důležitost jednoznačného vymezení dílčích hodnotících kritérií a způsobu hodnocení nabídek podle těchto kritérií tak, aby hodnotící kritéria byla přehledná a umožňovala jednoznačné hodnocení nabídek. Smysl tohoto požadavku pak Úřad spatřuje v tom, aby uchazeči, kteří se rozhodnou pro účast v soutěži o veřejnou zakázku, byli reálně schopni předložit nabídky, které nejlépe splní představy zadavatele a zároveň měli možnost si předem vytvořit jasnou představu o tom, jak budou jejich nabídky hodnoceny, co bude považováno za vhodnější a co bude pro uchazeče výhodnější z hlediska získání vyššího počtu bodů v rámci hodnocení nabídek.
9. Úřad na základě svých úvah dospěl k závěru, že z dokumentace o veřejné zakázce není patrné, jakým způsobem bude zadavatel v dílčím hodnotícím kritériu „Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy“ 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. Předložené

nabídky tak nemohou být porovnatelné, neboť uchazeči nemohou mít jasnou představu o způsobu hodnocení a preferencích zadavatele. Sám zadavatel k tomuto uvedl, že předmětem hodnocení byly oblasti, jež byly definovány zpětně až na základě nabídek uchazečů. Zadavatel tak de facto přenesl vymezení specifikace toho, co bude hodnoceno na uchazeče. Vymezení toho, co považuje za nejefektivnější řešení, by měl přitom uchazečům zadavatel sdělit v zadávací dokumentaci předem a nikoliv toto zjišťovat až ex post. Podle Úřadu však 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“, zvláště pak, když měl zadavatel 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 podle názoru Úřadu patrné, že způsob hodnocení nabídek bylo možno v příslušném dílčím hodnotícím kritériu v zadávací dokumentaci lépe specifikovat.

10. Pro závěr, že předložené nabídky uchazečů nemohou být porovnatelné s ohledem na netransparentně stanovené dílčí hodnotící kritérium, podle názoru Úřadu jednoznačně svědčí i „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 na základě tohoto vyjádření hodnotící komise Úřad dospěl k závěru, že nabídky uchazečů reálně porovnatelné nebyly a hodnotící komise, resp. zadavatel, si toho byli plně vědomi.
11. V odůvodnění výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel v zadávacím řízení požadoval finanční záruku jako prostředek zajištění řádného plnění závazků zhotovitele po dobu plnění díla, kterou měla představovat bankovní záruka vystavená tuzemským peněžním ústavem. V uvedené skutečnosti Úřad spatřuje porušení zásady zákazu diskriminace, 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. Jako důkaz uvedeného tvrzení pak Úřad vyhodnotil vyloučení uchazeče Semifota a.s. mimo jiné právě z důvodu nesplnění požadavku na předložení bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem. Přitom podle Úřadu nelze generalizovat, že peněžní ústav se sídlem mimo tuzemsko, nebude schopen reálně dostát svým závazkům vyplývajícím z jeho prohlášení uvedeného na záruční listině. K uvedenému dále Úřad podotknul, že existuje široká škála druhů a forem bankovních záruk a tedy i nepřeborné množství podmínek pro jejich výplatu, 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. Zadavatel byl rovněž oprávněn využít jiných

vhodnějších zajišťovacích prostředků, kterým by diskriminačně neomezil finální okruh uchazečů.

12. Úřad se dále v odůvodnění napadeného rozhodnutí vyjádřil ke skutečnosti, že zadavatel v návaznosti na uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky ze dne 30. 11. 2009 následně uzavřel dodatky k této smlouvě č. 5. 6. a 7., jejichž obsahem bylo plnění souvisejících veřejných zakázek. Úřad zde vycházel z povahy dodatků jako nedílné součásti uzavřené smlouvy, kdy dospěl k závěru, 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 dodatečné stavební práce, které by byly v souladu se zákonem. Nezákonný postup zadavatele v případě předmětné veřejné zakázky je tedy 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.
13. Co se týče odůvodnění výroku III. napadeného rozhodnutí, kterým byla zadavateli za spáchání správních deliktů podle výroku I. a II. napadeného rozhodnutí uložena pokuta, Úřad se předně v souladu se zásadou absorpce, kdy se ve správním řízení uloží pokuta podle přísněji trestaného správního deliktu, zabýval otázkou, který ze správních deliktů je v šetřeném případě možno považovat za závažnější, tzn. za který by bylo možno uložit přísnější sankci. Na základě vlastních zjištění a propočtů podrobně popsanych v napadeném rozhodnutí pak dospěl k závěru, že oba spáchané správní delikty jsou stejně pokutovány, a z tohoto pohledu proto nelze určit přísněji trestný správní delikt. Vzhledem k tomu, že tedy v konkrétním případě v souladu se zásadou absorpce našlo uložit sankci za závažnější z obou deliktů, uložil Úřad pokutu pouze za jeden ze spáchaných správních deliktů a ke druhému přihlédnout v rámci přitěžujících okolností. V souladu s ustanovením § 121 odst. 2 zákona přitom při určení výměry pokuty zadavateli přihlédl k aspektům závažnosti správního deliktu, zejména pak ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Dále pak k polehčujícím okolnostem a ke skutečnosti, že se v posuzovaném případě nejednalo o správní delikt, který by byl svým charakterem nejzávažnější. Konečně pak přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele přičemž konstatoval, že výše pokuty tak, jak ji stanovil nelze pro zadavatele považovat za likvidační.

III. Námitky rozkladu

14. Dne 8. 7. 2013 obdržel Úřad v zákonné lhůtě rozklad zadavatele ze dne 4. 7. 2013, kterým zadavatel napadl rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S661/2013/VZ-11729/2013/521/JHn ze dne 24. 6. 2013 v celém rozsahu.
15. Zadavatel úvodem vyslovil přesvědčení, že Úřad při svém rozhodování porušil zásadu zákonnosti a zásadu součinnosti správního orgánu s účastníky řízení tím, že v rozporu s právními předpisy nezařadil podnět, na základě kterého bylo správní řízení zahájeno, do spisu, odepřel zmocněnci zadavatele nahlédnout do tohoto podnětu a nevydal o tom

usnesení. Přitom z dokumentu zveřejněného na webových stránkách Úřadu - Informací k nahlížení do spisu, Úřad zavazuje pověřenou úřední osobu při nahlížení do spisu zajistit znepřístupnění osobních údajů fyzických osob, zejména údajů o autorovi podnětu, na základě kterého bylo zahájeno šetření Úřadu. Z uvedeného zadavatel dovodil, že i dle názoru Úřadu je podnět součástí spisu a účastník má právo do něj nahlédnout.

16. Zadavatel dále k uvedenému namítá, že v jemu doručeném Oznámení o zahájení správního řízení ze dne 23. 11. 2012 (dále jen „**Oznámení**“) se výslovně uvádí, že si Úřad na základě podnětu vyžádal od zadavatele příslušnou dokumentaci o veřejné zakázce a stanovisko ke skutečnostem uvedeným v podnětu. Zadavatel přitom v rozkladu vyslovuje pochybnost, kdy měl možnost se k podnětu vyjádřit, když tento neměl k dispozici. Pokud by měl dle svých slov zadavatel možnost předmětný podnět prozkoumat, zřejmě by jinak koncipoval svou obranu.
17. Porušení zásady součinnosti správního orgánu s účastníky zadavatel dále vidí ve skutečnosti, že Úřad neuvedl, v čem konkrétně spatřuje možná pochybení zadavatele. V Oznámení Úřad podle zadavatele pouze citoval ustanovení zákona, aniž by uvedl, v čem konkrétně pochyboval, zda byl způsob hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy a požadavek na zajištění plnění závazků zhotovitele formou bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem v souladu se zákonem. Podle zadavateli taktéž nebylo z Oznámení seznatelné, jakou konkrétní zásadu § 6 mohl porušit.
18. Co se týče problematiky vymezení dílčích hodnotících kritérií, zadavatel částečně zopakoval své dřívější argumenty a dále uvedl, že vzhledem k jeho požadavku na realizaci stavby za plného provozu školy a absenci jeho předchozích zkušeností s obdobnými projekty, požadoval po uchazečích vypracování komplexního řešení, které by zahrnovalo co nejvíce účinných opatření k zamezení kolizí při průběhu výstavby. Zadavatel dle svých slov nechtěl žádným způsobem tato opatření oklešťovat například tím, že by sám předem určil konkrétní subkritéria a přitom by některá možná opatření, která předem neznal, opomenul. Zadavatel dále nesouhlasí s názorem Úřadu vysloveným v odůvodnění napadeného rozhodnutí, že způsob hodnocení nabídek bylo možno v příslušném dílčím hodnotícím kritériu v zadávací dokumentaci lépe specifikovat, když ve svém rozkladu tvrdí, že takovouto specifikaci bylo možno provést až po přečtení nabídek uchazečů, ze kterých byla zkompletována všechna možná opatření, která uchazeči navrhli.
19. V další části rozkladu zadavatel upozornil na skutečnost, že umožnil potenciálním uchazečům prohlídku místa plnění, na které bylo názorně vysvětleno, jak bude probíhat stavba a provoz školy v průběhu stavby a dále byly zodpovězeny veškeré dotazy zájemců, týkající se místa plnění a provozu školy. Všichni zájemci si tak podle zadavatele mohli vytvořit jasnou představu o jeho požadavcích v rámci vypracování Návrhu postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy.
20. Zadavatel se dále ve svém rozkladu ohradil proti Úřadem kritizovanému použití pojmu nejefektivnější opatření, když připustil, že jde o pojem neurčitý, zároveň ale podotkl,

že v praxi běžně používaný například zákonem č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. (dále jen „**zákon o finanční kontrole**“) Při respektování názoru, že pojem nejefektivnější je natolik neurčitý, že se jím vůbec nedá řídit, by pak podle zadavatele bylo nutné taktéž připustit, že ani zadavatel ani Úřad se nedokáží řídit zásadou efektivnosti při vynakládání veřejných prostředků.

21. Zadavatel následně vytýká napadenému rozhodnutí, že z něj není patrné, jakým jiným způsobem by bylo možné správně popsat hodnocení subjektivního kritéria u návrhu komplexního řešení, jehož rozsah není zadavateli předem znám. K tomuto dodává, že jestliže zákon umožňuje zadavateli hodnocení nabídek dle subjektivních kritérií, pak jejich hodnocení nemůže probíhat exaktně podle předem daných číselných parametrů, a proto se při popisu způsobu jejich hodnocení nelze v zadávací dokumentaci vyhnout neurčitým pojmům.
22. K požadavku na předložení bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem zadavatel znovu zopakoval své dřívější argumenty, zejména pak tvrzení, že pokud by se zadavatel domáhal svého práva plynoucího z bankovní záruky v jiném státě podle právních předpisů a v jazyce tohoto státu, pak by jeho postavení vzhledem k neznalosti prostředí bylo mnohem horší oproti totožné situaci v České republice. Zadavatel navíc dle svých slov nedisponuje potřebnými odborníky, aby byl schopen sledovat, které zahraniční banky mají bonitu na stejné nebo vyšší úrovni jako banky v České republice a dále jestli netuzemský bankovní ústav disponuje všemi povoleními k podnikání a zda může poskytnout bankovní záruky dle práva svého sídelního státu a v souladu s právními předpisy České republiky. Podle zadavatele se navíc Úřad nijak nezabýval otázkou, za jakých okolností může jiný než tuzemský bankovní ústav vystavovat na území České republiky bankovní garance dle českého právního řádu či zda vůbec existuje netuzemský bankovní ústav, který není zapsán ve veřejném seznamu České národní banky a může poskytovat bankovní služby na území České republiky.
23. Zadavatel dále uvedl, že ve svém postupu, kdy požadoval bankovní záruku vystavenou tuzemským bankovním ústavem, nespátňuje diskriminaci některých potenciálních uchazečů, přičemž podle něj Úřad ničím nepodložil, že by pro některou takovou skupinu bylo skutečně těžší záruku tuzemského bankovního subjektu získat, naopak je toho názoru, že všichni potenciální uchazeči měli možnosti v tomto směru stejné. Nesouhlasí ani s názorem Úřadu předestřeným v odůvodnění napadeného rozhodnutí, že je pro zahraniční dodavatele jednodušší získat bankovní záruku u zahraničního bankovního ústavu než u tuzemského. Naopak je přesvědčen, že je pro každého žadatele jednodušší požádat o zajištění tuzemský bankovní ústav, který je znalý českého právního řádu, má zde vybudováno dostatečné zázemí a takovéto služby jsou běžnou součástí jeho nabídky. K tomu pak dodává, že žádný zahraniční dodavatel si zadávací dokumentaci nevyzvedl, nezúčastnil se prohlídky místa plnění ani se jinak o veřejnou zakázku nezajímal.
24. Závěrem k argumentaci Úřadu, podle které je nutno na související veřejné zakázky nahlížet jako na zadané v rozporu se zákonem, zadavatel podotýká, že tento závěr jej neodůvodněně poškozují, přičemž nemá žádnou oporu v zákoně. Dodatečné stavební práce byly podle něj

zadány na základě jednacím řízení bez uveřejnění jako samostatné veřejné zakázky na základě platné smlouvy na předmětnou „hlavní“ veřejnou zakázku, a ne jako rozšíření nebo pokračování zadávacím řízení k „hlavní“ veřejné zakázce. Připomíná, že smlouva na předmětnou veřejnou zakázku je platná bez ohledu na možná zjištěná pochybení zadavatele v zadávacím řízení. V souvislosti s tímto pak podotýká, že cena za veřejnou zakázku byla smluvně dohodnuta na základě předmětné veřejné zakázky a Úřad ji nesprávně určil navýšením o cenu veřejných zakázek souvisejících.

Závěr rozkladu

25. Na základě v rozkladu uvedených skutečností zadavatel navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

26. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

27. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
28. Úřad tím, že ve výrokové části I. napadeného rozhodnutí konstatoval, 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 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, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Vzhledem k nedostatečně precizní formulaci tohoto výroku jsem nicméně shledal nezbytným přistoupit v rámci správního řízení o rozkladu k jeho upřesnění formou změny tohoto výroku rozhodnutí.
29. Úřad dále tím, že ve výrokové části II. napadeného rozhodnutí konstatoval, 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 požadoval zajištění plnění závazků zhotovitele formou bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem, taktéž rozhodl správně a v souladu se zákonem. I při koncipování této výrokové části napadeného rozhodnutí se však orgán dohledu dopustil nepřesnosti, v rámci jejíž nápravy jsem přistoupil ke změně uvedené výrokové části napadeného rozhodnutí.
30. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke změně uvedených výroků napadeného rozhodnutí. Předně je ovšem nutno předestřít, že ač jsem ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí shledal jisté formální

nepřesnosti, o kterých bude pojednáno v následujících pasážích odůvodnění tohoto rozhodnutí, plně jsem se ztotožnil se závěry napadeného rozhodnutí a jeho odůvodněním, ve kterém Úřad srozumitelně a přezkoumatelně odůvodnil závěr, že se zadavatel dopustil výše uvedených správních deliktů, přičemž je z něj plně seznatelné, jakými skutečnostmi a úvahami se správní orgán při svém rozhodování řídil. V tomto rozhodnutí jsem tedy přistoupil ke změně výroků I. a II. napadeného rozhodnutí, přičemž jsem provedl přezkum všech jeho částí ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu a zabýval se všemi námitkami podaného rozkladu. Změna rozhodnutí pak tedy představuje i ten výsledek řízení o rozkladu, jímž fakticky podaný rozklad z níže uvedených důvodů ve smyslu ustanovení § 152 odst. 5 písm. b) správního řádu zamítám.

31. Pro úplnost je pak třeba konstatovat, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, když ve výroku III. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí pokutu.

V. K námitkám rozkladu

Ke změně výroku I. napadeného rozhodnutí

32. Jak bylo již uvedeno výše, Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí konstatoval, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil správního deliktu, když nedodržel postup stanovený zákonem, 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 uzavřel na veřejnou zakázku smlouvu.
33. V odůvodnění tohoto výroku napadeného rozhodnutí pak Úřad konstatoval, že zadavatel v šetřeném případě přiřadil předmětnému dílčímu hodnotícímu kritériu 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. Z bodu 5.4. zadávací dokumentace pouze vyplývá, 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 konkretizoval, že při hodnocení zvýhodní „nejefektivnější“ opatření. Ani v dalších částech zadávací dokumentace však nejsou uvedeny žádné konkrétnější informace, na základě nichž by si uchazeči mohli vytvořit jasnou představu o způsobu hodnocení nabídek. Na základě těchto zjištěných skutečností Úřad ve svém odůvodnění zhodnotil, že 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. Způsob stanovení hodnotících kritérií bez bližšího upřesnění obsahu subjektivního hodnotícího kritéria posoudil Úřad jako nedostatečný a netransparentní.
34. Obecně lze k tomuto uvést, že obsahové náležitosti výroku správního rozhodnutí jsou zakotveny v ustanovení § 68 odst. 2 správního řádu, podle něhož ve výrokové části rozhodnutí správní orgán mimo jiné uvede řešení otázky, která je předmětem řízení, právní ustanovení, podle nichž bylo rozhodováno a označení účastníků podle § 27 odst. 1 správního

řádu. Z uvedeného vyplývá, že aby byly dodrženy požadavky na obsah výrokové části správního rozhodnutí, musí být jeho text dostatečně určitý, zejména co se týče řešení otázky, která je předmětem správního řízení, jinými slovy, že z něj musí být jednoznačně seznatelná vůle správního orgánu, který jej vydává. Jde tak nejen o jednoznačné explicitní vyjádření právních účinků, které má správní rozhodnutí prostřednictvím svých výroků vyvolat, ale i o jednoznačnou identifikaci skutkových či právních okolností, o kterých správní orgán rozhodnutí vydává. Takovýto závěr je možno podepřít i prostřednictvím soudní judikatury, kdy se k této otázce vyjádřil např. Krajský soud v Plzni ve svém rozhodnutí sp. zn. 30 Ca 394/99 ze dne 8. 11. 2001, kde uvedl, že: „...výrok je *náležitostí rozhodnutí, ve kterém správní orgán vyjadřuje, jakým způsobem v projednávané věci, jež byla předmětem řízení rozhodl. Z uvedeného důvodu musí být výrok jasný, srozumitelný, přesný a určitý, neboť pouze tato část rozhodnutí je závazná, schopná právní moci a vykonatelnosti.*“ K uvedenému lze podotknout, že nároky kladené na určitost, jednoznačnost a srozumitelnost správního rozhodnutí musí být o to přísnější, že s ohledem na ustanovení § 76 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**soudní řád správní**“) soud zruší rozhodnutí správního orgánu, které bylo napadeno správní žalobou pro nepřezkoumatelnost spočívající v jeho nesrozumitelnosti.

35. Judikatura Nejvyššího správního soudu, zejména rozhodnutí sp. zn. 3 Ads 21/2004 ze dne 23. 2. 2005 a rozhodnutí rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 As 34/2006 ze dne 15. 1. 2008 pak k této problematice uvádí, že: „*výrok rozhodnutí o jiném správním deliktu musí obsahovat popis skutku s uvedením místa, času a způsobu spáchání, popřípadě i uvedením jiných skutečností, jichž je třeba k tomu, aby nemohl být zaměněn s jiným.*“ Náležitosti výroku rozhodnutí, kterým správní orgán konstatuje, že byl spáchán správní delikt a požadavek na dostatečný popis skutku, kterým zadavatel nesplnil povinnost nebo porušil zákaz stanovený zákonem, je odůvodněn skutečností, že pouze výroková část správního rozhodnutí je schopna zasáhnout práva a povinnosti účastníků řízení a pouze výroková část rozhodnutí může nabýt právní moci. Pouze z výroku rozhodnutí lze zjistit, zda a jaká povinnost byla uložena. Výrok má význam při vyloučení překážky litispendence a posouzení existence překážky věci rozhodnuté a pouze výrok může být vynucen správní exekucí. Z tohoto důvodu je nezbytné, aby výrok rozhodnutí obsahoval popis skutku, za který je sankce ukládána, způsobem vylučujícím jeho záměnu s jiným jednáním.
36. V rámci úvah o správnosti a zákonnosti výroku I. napadeného rozhodnutí a jeho odůvodnění jsem dospěl k závěru, že jakkoliv není pochyb o odpovědnosti zadavatele za spáchání výše uvedeného správního deliktu, tj. správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, který zadavatel spáchal tím, že v zadávací dokumentaci veřejné zakázky stanovil způsob hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria č. 2 bez toho, aby dostatečně konkretizoval, jakým způsobem bude nabídky podle tohoto kritéria hodnotit, což ostatně Úřad jednoznačně prokázal v odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí a v rámci vypořádání s rozkladovými námitkami zadavatele bude toto potvrzeno i níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí, přistoupil jsem ke změně výroku I. napadeného rozhodnutí, protože jsem přesvědčen, že se Úřad při koncipování jeho textu dopustil nepřesné formulace, již bylo

třeba doplnit tak, aby plně vyhovovala požadavkům určitosti, jednoznačnosti a srozumitelnosti výrokové části správního rozhodnutí.

37. Ve formulaci výroku I. napadeného rozhodnutí je sice správně poukázáno na právní ustanovení, podle kterých bylo ve věci rozhodováno, resp., jejichž porušení se zadavatel dopustil, tyto však samy o sobě nepředstavují dostatečnou konkretizaci jednání zadavatele, kterým zadavatel ve výroku uvedená ustanovení zákona porušil. V této souvislosti pak není možné za dostatečné vyjádření řešené otázky, která je předmětem správního řízení, považovat formulaci, že se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že v zadávací dokumentaci stanovil způsob hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria v rozporu se zásadou transparentnosti, aniž by bylo konkrétně specifikováno jednání, kterým se zadavatel tohoto správního deliktu dopustil. Z dikce ustanovení § 44 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na ustanovení § 78 odst. 4 zákona a v návaznosti na ustanovení § 6 zákona totiž jednoznačně vyplývá, že porušit tato ustanovení lze více než pouze jedním jediným způsobem a přesná konkretizace jednání, kterým se zadavatel tohoto porušení dopustil, se v takovémto případě jeví jako nezbytná.
38. V kontextu výše uvedeného lze tedy uzavřít, že Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí nedostatečně specifikoval způsob, jakým došlo k porušení relevantních ustanovení zákona a z uvedeného výroku není tedy jasně patrné, jakým konkrétním jednáním se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. K uvedenému je třeba doplnit, že nepřesnost, která se projevila již ve výroku I. napadeného rozhodnutí, nelze bez dalšího zhojit ani precizním odůvodněním takového rozhodnutí, byť z něj protiprávní jednání zadavatele výslovně vyplývá a Úřad na tomto místě provádí dostatečný výklad svých úvah, které jej k vydání výroku vedly. Nakolik je však odůvodnění napadeného rozhodnutí vyčerpávající a lze se s ním jednoznačně ztotožnit, konstatuji, že i přes to, že napadené rozhodnutí ve výroku I. trpí formálním nedostatkem, nemá tento vliv na zákonnost a přezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, přičemž jsem shledal podmínky pro to, aby bylo možno tuto nepřesnost napravit přímo v řízení o rozkladu postupem podle ustanovení § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, a přistoupil jsem tedy ke změně výroku I. napadeného rozhodnutí Úřadu, jak je uvedeno výše, kdy vložení věty: „...kdy nebylo patrné, jakým způsobem bude zadavatel nabídky v tomto dílčím kritériu hodnotit...“ do textu výroku I. napadeného rozhodnutí, představuje dostatečnou identifikaci protiprávního jednání, kterého se zadavatel dopustil, a které Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí zamýšlel postihnout.

Ke změně výroku II. napadeného rozhodnutí

39. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil správního deliktu, když nedodržel postup stanovený § 44 odst. 3 písm. g) zákona v návaznosti na § 6 zákona, neboť v zadávací dokumentaci požadoval zajištění plnění závazků formou bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem.
40. Uvedený výrok II. napadeného rozhodnutí a jeho odůvodnění jsem podrobil totožným teoretickým závěrům, kterým byl podroben i výrok I. napadeného rozhodnutí, přičemž jsem

dospěl k závěru, že formulace obsažená ve výroku II. napadeného rozhodnutí, tedy že zadavatel nedodržel při zadávání předmětné veřejné zakázky postup stanovený v § 44 odst. 3 písm. g) zákona v návaznosti s § 6 zákona, kteréžto jednání je dále specifikováno, nepředstavuje dostatečně jednoznačnou a srozumitelnou formulaci tohoto výroku, která by vylučovala pochybnosti o jeho jednoznačnosti. Z dikce ustanovení § 6 odst. 1 vyplývá pro zadavatele veřejných zakázek, při postupu podle zákona, obecná povinnost dodržovat základní zásady zadávání veřejných zakázek, tedy zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Povinností k dodržování základních zásad zde uvedených jsou ovšem zavázáni pouze zadavatelé veřejných zakázek tehdy, pokud postupují podle zákona (až na výjimky vyplývající z § 18 zákona). Výrok II. napadeného rozhodnutí porušení základních zásad spojuje s nedodržením ustanovení § 44 zákona. Toto ustanovení ukládá zadavateli povinnost splnit určité obsahové náležitosti kladené zákonem na zadávací dokumentaci, přičemž § 44 odst. 3 písm. g) zákona stanoví, že zadávací dokumentace musí obsahovat alespoň podmínky a požadavky na zpracování nabídky. Z uvedeného vyplývá, že ač výrok II. napadeného rozhodnutí uvádí, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 3 písm. g) zákona v návaznosti na § 6 zákona, z dikce ustanovení § 44 odst. 3 písm. g) zákona, nemusí jednoznačně vyplývat postup, na který výrok II. napadeného rozhodnutí odkazuje. U samotného výroku II. napadeného rozhodnutí lze tak shledat znaky nejednoznačnosti, když i za situace, kdy je konkrétní jednání zadavatele, kterého se dopustil v rozporu se zákonem, ve výroku dále specifikováno (zadavatel se správního deliktu dopustil tím, že v zadávací dokumentaci požadoval zajištění plnění závazků zhotovitele formou bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem), obsahuje pouze obecný odkaz na postup, který z ustanovení § 44 odst. 3 písm. g) zákona nemusí být obecně rozpoznatelný. Lze tedy konstatovat, že výrok II. napadeného rozhodnutí tak, jak byl Úřadem formulován, zakládá pochybnosti o jednoznačnosti identifikace skutkových okolností, o kterých Úřad ve výroku rozhoduje.

41. I přes to, že Úřad v odůvodnění výroku II. napadeného rozhodnutí jednoznačně popsal jednání, kterým zadavatel naplnil skutkovou podstatu správního deliktu stanoveného výrokem II. napadeného rozhodnutí, tato skutečnost sama o sobě není způsobila nejednoznačnost výroku zhojit. Nakolik je však odůvodnění napadeného rozhodnutí vyčerpávající a lze se s ním jednoznačně ztotožnit, konstatuji, že i přes to, že napadené rozhodnutí ve výroku II. trpí formálním nedostatkem, nemá tento vliv na zákonnost a přezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, přičemž jsem shledal podmínky pro to, aby bylo možno tuto nejednoznačnost napravit přímo v řízení o rozkladu postupem podle ustanovení § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, a přistoupil jsem ke změně výroku II. napadeného rozhodnutí Úřadu, jak je uvedeno výše, kdy úprava jeho znění a vložení věty: *„...tím, že při stanovení podmínek a požadavků na zpracování nabídky podle ustanovení § 44 odst. 3 písm. g) citovaného zákona porušil ustanovení § 6 zákona, neboť v zadávací dokumentaci...“* do textu výroku II. napadeného rozhodnutí dojde k odstranění pouze obecného odkazu na postup zadavatele, který zakládá v šetřeném případě pochybnosti o jeho jednoznačné identifikovatelnosti z dikce ustanovení § 44 odst. 3 písm. g) zákona.
42. K uvedenému dodávám, že závěr učiněný ohledně výroku II. napadeného rozhodnutí, že pouze obecný termín „postup“ podle zákona bez jeho konkrétní specifikace není pro

identifikaci skutku dostatečný, není závěrem všeobecně platným, když je vždy třeba přihlížet ke konkrétním okolnostem případu a znění jednotlivých ustanovení zákona. Jako příklad lze uvést výrok I. napadeného rozhodnutí, kde text: „...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...“, s tím, že je konkrétní jednání zadavatele dále specifikováno, pro identifikaci skutku dostačující. Postup, na který Úřad v tomto případě odkazuje je z dikce použitých ustanovení jednoznačně patrný a obecně seznatelný, když je nepochybné, že se zadavatel dopustil nezákonnosti při stanovení dílčích hodnotících kritérií. Tento proces stanovení dílčích hodnotících kritérií lze jednoznačně označit za postup a je z dikce § 78 odst. 4 jasně patrný. Naopak z ustanovení § 44 odst. 3 písm. g) zákona, které stanoví, že zadávací dokumentace musí obsahovat alespoň podmínky a požadavky na zpracování nabídky, mohou vyplývat pochybnosti o jednoznačnosti postupu, na který odkazuje text výroku II. napadeného rozhodnutí. Z uvedeného důvodu jsem v tomto případě přistoupil k jeho konkretizaci.

K námitkám rozkladu

43. Na základě výše uvedených závěrů jsem, s ohledem na povinnost vyplývající z ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu, aniž by zadavatel tyto skutečnosti ve svém rozkladu namítal, dospěl k závěru, že výroky I. a II. napadeného rozhodnutí, ač věcně správné, obsahují formální nedostatky, které samy o sobě zavadaly důvod ke změně napadeného rozhodnutí. Nad rámec změny uvedených výroků jsem se nicméně zabýval všemi námitkami podaného rozkladu, jejichž vypořádání je uvedeno v následující části odůvodnění tohoto rozhodnutí.

K porušení zásad zákonnosti a součinnosti správního orgánu s účastníky

44. Zadavatel ve svém rozkladu úvodem obecně konstatoval, že Úřad porušil zásadu zákonnosti a součinnosti správního orgánu s účastníky, když jednak nezařadil podnět do spisu, odepřel jeho zmocněnci do tohoto podnětu nahlédnout a nevydal o tom usnesení. Tyto své námitky pak dále rozvedl. K tvrzení zadavatele, že podle § 37 odst. 1 správního řádu je podnět podáním a v souladu s § 17 odst. 1 správního řádu je pak podání součástí spisu a účastník řízení i jeho zástupce mají právo do spisu nahlédnout, uvádím, že podáním upraveným v § 37 správního řádu, jako obecnou formou úkonu účastníka řízení vůči správnímu orgánu může být jakýkoliv úkon účastníka řízení, který směřuje vůči správnímu orgánu, jímž účastník správního řízení uplatňuje svá procesní práva či se uplatnění svých procesních práv domáhá. Takovéto podání ovšem nelze zaměňovat či ztotožňovat tak, jak to učinil zadavatel ve svém rozkladu, s podněty, které na rozdíl od podání představují neformální úkon, který může být vůči správnímu orgánu učiněn kýmkoliv, ne tedy pouze účastníkem správního řízení, nýbrž i osobou, o jehož právech a povinnostech by nebylo v řízení jednáno a jehož práv a povinností by se následné rozhodnutí správního orgánu nijak netýkalo. Správní řád na ně také neklade požadavky jako na podání ve formě obsahových či formálních náležitostí. Podnět nakonec není úkonem, kterým by se osoba, která jej uplatní, domáhala vůči správnímu orgánu nějakých svých subjektivních práv, s čímž souvisí i skutečnost, kterou potvrzuje i rozsáhlá judikatura, např. usnesení Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 586/02 ze dne 2. 8. 2002, že neexistuje žádné ústavně zaručené subjektivní právo na to, aby bylo v určité

věci zahájeno řízení z moci úřední. Rozdílnost s podáním je zde zcela zjevná, když v případě žádosti či návrhu na zahájení řízení je v tomto případě správní orgán povinen o takovémto podání rozhodnout, zatímco v případě podnětu je správní orgán pouze povinen podnět v zákonné lhůtě vyřídit, nelze zde však dovodit právo na vyhovění podnětu a tomu odpovídající povinnost správního orgánu správní řízení zahájit. Správní orgán má tak povinnost podnětem se zabývat a skutečnosti v něm uvedené náležitě prověřit.

45. V šetřeném případě využil zmocněnec zadavatele práva nahlédnout do správního spisu, přičemž výkon tohoto práva byl zadavateli, resp. jeho zmocněnci beze zbytku Úřadem umožněn a zadavatel tuto skutečnost v rámci správního řízení nijak nerozporuje. Nahlédnout do podnětu, vedeného Úřadem pod sp. zn. P837/2011/VZ (dále jen „**podnět**“) zadavateli v rámci správního řízení umožněno nebylo, jelikož byl tento prošetřován mimo vedené správní řízení a nebyl takto ani zařazen do správního spisu k šetřenému případu. Prošetřování podnětů a skutečností v nich uvedených je součástí postupu správního orgánu, který je realizován ve fázi před zahájením správního řízení, tedy ve fázi, kdy Úřad teprve shromažďuje podklady potřebné pro posouzení otázky, zda jsou dány důvody pro zahájení správního řízení či nikoliv. Je běžnou praxí Úřadu v takovýchto případech zasílat anonymizovaný podnět zadavateli právě z důvodu, aby mu byla poskytnuta možnost se ke skutečnostem uvedeným v podnětu vyjádřit. V případě uvedeného podnětu byl zadavatel dopisem č. j. ÚOHS-P837/2011/VZ-18626/2011/940/PZa ze dne 21. 11. 2011 vyzván k zaslání zadávací dokumentace o veřejné zakázce a současně s touto žádostí byl vyzván taktéž, aby se vyjádřil k podnětu, jehož podstatná část mu byla v tomto dopisu taktéž zaslána. Není tedy pravdivé tvrzení zadavatele, že mu nebyla poskytnuta možnost se s obsahem předmětného podnětu seznámit a k němu se vyjádřit. Svého práva se k podnětu vyjádřit pak zadavatel využil. Z uvedeného lze tedy učinit závěr, že zadavatel v žádném případě na svých právech zkrácen nebyl, jak tvrdí v rozkladu.
46. K výše uvedenému je pak potřeba doplnit, že skutečnosti uvedené v podnětu, jakož i podnět samotný, slouží Úřadu pouze jako jakési vodítko, na základě kterého Úřad může rozhodnout o nezbytnosti zahájení správního řízení. Do doby, než je zahájeno samotné správní řízení (pokud tak správní orgán rozhodne), jsou jakékoli podklady, které správní orgán obdrží, pouze podklady, na základě kterých se rozhoduje, zda zahájí správní řízení z moci úřední, či nikoliv. Teprve okamžikem zahájení správního řízení je správní orgán povinen vést správní spis a uvádět v něm všechny skutkové okolnosti, kdy stěžejními podklady pro rozhodnutí jsou vždy příslušné listiny a dokumentace o veřejné zakázce. Tento závěr se opírá o rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 Afs 74/2007-149 ze dne 31. 8. 2009. Právě pak na základě skutečnosti, že šetření podnětu probíhá mimo správní řízení a podnět tedy není zařazen do správního spisu, není možné ani v rámci tohoto správního řízení vydat usnesení, kterým by byla zadavateli odepřena možnost nahlédnutí do podnětu, tak, jak se dožadoval zadavatel.
47. K zadatelově argumentaci, týkající se povinnosti úředních osob znepřístupnit při nahlížení do spisu osobní údaje fyzických osob, zejména pak údaje o autorovi podnětu, vyplývající ze směrnice Úřadu č. OS 6/2012 o závazném postupu nahlížení do správního spisu vedeného Úřadem, včetně způsobu zpřístupnění spisu a poskytování informací orgánům činným

v trestním řízení, zejména Policii České republiky (dále jen „**směrnice**“), uvádím následující. Je nutné konstatovat, že se jedná o interní směrnici Úřadu, která postrádá obecné závaznosti ve vztahu k třetím osobám, přičemž je v kontextu šetřeného případu bezpředmětná zejména pak z toho důvodu, že zadavatelem uváděná část směrnice, tedy bod 5.1.7. písm. d), je použitelná pouze v teoretické rovině při existenci zcela výjimečných okolností, kdy by bylo nezbytné podnět v nezbytně nutných případech zařadit do správního spisu. Z uvedeného důvodu by tedy bylo taktéž nutné v rámci ochrany práv a oprávněných zájmů autorů podnětů, při nahlížení do správního spisu účastníky správního řízení či jiných osob, kterým to povoluje zákon, zachovávat anonymitu pisatelů. Na šetřený případ tedy zadavatelovy úvahy dopadat nemohou, když, jak již bylo uvedeno výše, spis vedený o podnětu nebyl v souladu s praxí Úřadu zařazen do správního spisu vedeného ve správním řízení a zadavateli tedy nemohlo být umožněno v rámci tohoto správního řízení do podnětu nahlédnout.

48. Na základě výše uvedených skutečností konstatuji, že zadavatelovu námitku, že pokud by měl možnost přezkoumat podnět, zřejmě by jinak koncipoval svou zákonnou obranu, což by mělo nepochybně vliv na rozhodnutí Úřadu ve věci, nelze přijmout, když ze spisového materiálu jednoznačně vyplývá, že možnost seznámit se s podstatnou částí podnětu a k němu se vyjádřit, byla zadavateli poskytnuta a zadavatel tak nebyl zkrácen na svých právech. Zároveň konstatuji, že Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, pokud ve správním řízení neumožnil nahlédnout zadavateli do podnětu a nevydal o tomto usnesení, za situace, kdy podnět nebyl součástí správního spisu.
49. Další zadavatelova rozkladová námitka směřuje proti Oznámení Úřadu o zahájení správního řízení, ze kterého podle názoru zadavatele není zřejmé, v čem konkrétně Úřad spatřoval pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem a které jej vedly k zahájení správního řízení z moci úřední. K tomuto uvádím, že důvodem k zahájení správního řízení z moci úřední, který vyplývá z Oznámení, byly pochybnosti Úřadu o souladu postupu zadavatele 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 zajištění plnění závazků zhotovitele formou bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem.
50. Ustanovení § 46 odst. 1 správního řádu klade požadavky na obsahové náležitosti oznámení, jehož doručením účastníkovi uvedenému v § 27 odst. 1 správního řádu, nebo jiným zákonným způsobem, dochází k zahájení správního řízení z moci úřední. Těmito jsou označení správního orgánu, který správní řízení zahajuje, předmět řízení, jméno, příjmení, funkce nebo služební číslo a podpis oprávněné úřední osoby. Přestože tedy správní řád vyžaduje, aby již oznámení o zahájení správního řízení obsahovalo vymezení toho, co bude předmětem správního řízení a o čem tedy bude v řízení rozhodováno, z aktuální judikatury vyplývá, že správní orgán může v průběhu řízení zahájeného z moci úřední upřesnit jeho předmět, nedojde-li tímto úkonem k žádné procesní újmě na straně účastníků řízení, upřesněním taktéž nesmí dojít k zásadnímu rozšíření nebo změně předmětu řízení oproti vymezení v oznámení o zahájení správního řízení. V souladu s právě uvedenými teoretickými závěry mám za to, že všechny uvedené podmínky byly splněny a předmět správního řízení

byl po celou dobu správního řízení vymezen zcela jasně a určitě. Ke skutečnosti, že zadavatelovy argumenty v tomto směru jsou pouze účelového charakteru, svědčí i fakt, že z jeho vyjádření ze dne 10. 12. 2012 je zcela zřejmé, že jsou mu důvody, pro které bylo zahájeno správní řízení zcela jistě známy a adekvátním způsobem na ně v tomto vyjádření reagoval. Podobné argumenty pak nadto uplatnil v průběhu celého správního řízení a dokonce i v řízení o rozkladu, kdy mu z napadeného rozhodnutí musela být jednáni, ve kterých Úřad shledal rozpor se zákonem zcela jistě známa. Skutečnost, že v rámci tohoto rozhodnutí došlo ke změně výroků I. a II. nemají na posuzovanou otázku vliv, když v rámci této změny napadeného rozhodnutí došlo pouze k formální úpravě výrokových částí, aniž by byly popírány důvody, pro které Úřad rozhodl tak, jak rozhodl, či odůvodnění jeho rozhodnutí, ve kterém je jednáni zadavatele detailně popsáno. Pokud tedy zadavatel používá obdobnou, nezměněnou argumentaci po celou dobu správního řízení, je zřejmé, že předmět správního řízení mu byl znám již od počátku a jeho argumentaci, že pokud by mu bylo Úřadem sděleno, v čem konkrétně Úřad spatřuje pochybení zadavatele, koncipoval by jinak svou obranu, tedy nelze přijmout.

K vymezení dílčích hodnotících kritérií

51. Co se týče části rozkladu, ve kterém se zadavatel vyjadřuje k vymezení dílčích hodnotících kritérií, předně konstatuji, že drtivá většina jeho argumentů je svým obsahem pouhým opakováním toho, co již uvedl v průběhu správního řízení a s čím se Úřad vyčerpávajícím způsobem vypořádal v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí. Z uvedeného důvodu považuji jakékoliv obšírné pojednávání a zpracovávání argumentace zadavatele za nadbytečné. Nad rámec uvedeného nicméně konstatuji následující.

52. Obecně lze k výkladu uvedenému v odůvodnění napadeného rozhodnutí zopakovat, že podle § 78 odst. 4 zákona, rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria. Tato se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky a zadavatel je při jejich stanovení povinen dodržovat zásady zakotvené v ustanovení § 6 zákona. Koncipování hodnotících kritérií a způsobu jejich hodnocení je jedním z nejdůležitějších kroků ze strany zadavatele, neboť na jejich základě zadavatel rozhoduje, jakým způsobem bude nabídky posuzovat, tedy kterou nebo které z vlastností nabídky považuje za nejvýznamnější. Stanovení hodnotících kritérií, jejich obsahu a způsobu hodnocení je tedy klíčovou fází pro hodnocení nabídek ve smyslu § 79 zákona a jako na takové je na ně kladen požadavek určitosti, jednoznačnosti, schopnosti být předmětem hodnocení a nediskriminační charakter. Z každého dílčího hodnotícího kritéria musí být patrné, co je jím jednoznačně myšleno, resp. co má nabídka obsahovat, aby tomuto kritériu vyhověla a mohla být hodnocena. Nedodržení těchto požadavků může vést k nejednotnému pochopení významu a povahy kritéria a nepochopení priorit zadavatele, které budou hodnoceny a kterých má nabídka dosáhnout a tím i k podání nabídek, které nejsou vzájemně porovnatelné. Kvalita stanovení dílčích hodnotících kritérií a způsobu jejich hodnocení má zpravidla přímý vliv na kvalitu provedení nabídek. Závěrem těchto úvah tedy je, že pokud se zadavatel rozhodne pro způsob hodnocení pomocí dílčích hodnotících kritérií, musí dbát na dostatečné vymezení obsahu těchto kritérií a způsobu jejich hodnocení tak, aby z nich

bylo patrné, co konkrétně zadavatel zamýšlí pod takto stanovenými parametry hodnotit. Povinností zadavatele je tak stanovit, které údaje uvedené v nabídkách bude hodnotit a tím deklarovat, jakou nabídku či její parametry bude považovat za nejhodnější. Tento závěr vychází z faktu, že uchazeči o veřejnou zakázku mají samozřejmě zájem zpracovat svou nabídku tak, aby co nejlépe uspěli v jednotlivých kritériích hodnocení. Tato kritéria proto musejí být zvolena tak, aby uchazeči věděli, jak mají zpracovat své nabídky a na co se při sestavování nabídky zaměřit. Povinností zadavatele je proto stanovit hodnotící kritéria a způsob jejich hodnocení natolik určitě, aby nepotřebovaly následné upřesnění v tom, jaké konkrétní nároky na ně zadavatel klade, a co bude v jejich rámci předmětem hodnocení.

53. Podstatou výše uvedeného je tedy dále i nezbytnost, aby konkrétní vymezení, co přesně a jakým způsobem bude zadavatel hodnotit, bylo uvedeno již v zadávací dokumentaci, když není možné, aby si zadavatel upravoval a dotvářel zadané parametry až v průběhu zadávacího řízení na základě údajů uvedených v nabídkách. Takovýto postup hrubě odporuje základním požadavkům na průběh zadávacího řízení vycházejícím z ustanovení § 6 zákona a nelze jej zhojit ani argumentem, že při určení konkrétních subkritérií v zadávacích podmínkách by mohlo dojít vlivem nedostatku zkušeností s veřejnými zakázkami obdobného charakteru ze strany zadavatele k nežádoucímu opomenutí některého z opatření. Z totožného důvodu nelze přisvědčit ani argumentu zadavatele, že specifikaci opatření, která by minimalizovala rizika spojená s výstavbou a dopad této výstavby na řádný chod školy bylo možno provést až právě po přečtení nabídek uchazečů. Ztotožňuji se v tomto s názorem Úřadu vyjádřeným v odůvodnění napadeného rozhodnutí, že bylo namíste v zadávací dokumentaci k tomuto dílčímu kritériu uvést alespoň příkladný výčet parametrů, které považuje zadavatel za podstatné a jejich splnění či nesplnění bude hodnotit. Obecně lze totiž připustit, aby zadavatel u veřejných zakázek s technicky složitějším předmětem plnění uvedl v zadávací dokumentaci výčet technických parametrů a opatření pouze příkladem a to v situaci, kdy by podrobná specifikace jednotlivých parametrů předmětu plnění byla nejen složitá a obsáhlá, ale zejména, když by zadavatel nemohl předem předvídat veškeré způsoby řešení. V šetřeném případě nicméně zadavatel v zadávací dokumentaci k uvedenému dílčímu hodnotícímu kritériu vůbec žádné, ani příkladmo stanovené opatření, které by měl v úmyslu v rámci dílčího hodnotícího kritéria hodnotit, neuvedl. Je přitom logický předpoklad, že alespoň některé z těchto opatření musely být zadavateli již předem známy nebo přinejmenším byly předem odhadnutelné. Uvedené platí pak zvláště, pokud se jedná například o obecně použitelná kritéria, jako oddělení staveniště od budovy školy a zabezpečení vstupu do školy, koordinace stavebních prací s ředitelem školy, pracovní doba na staveništi či použití technických postupů na omezení hluku a prašnosti, což jsou požadavky, jejichž potřebu mohl zadavatel alespoň předpokládat. Tím spíše, pokud, jak ve svém rozkladu uvádí, v rámci zadávacího řízení došlo k prohlídce místa plnění, na které byla názorně vysvětlena veškerá specifika předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž se této prohlídce zúčastnil i jednatel zmocněnce zadavatele, který má jako ředitel školy zkušenosti s opravami a rekonstrukcemi školy za jejího plného provozu. Z vyjádření zadavatele v rozkladu jasně vyplývá, že pokud v rámci prohlídky místa plnění prezentoval skutečnosti typu – kde bude staveniště a jeho zázemí, kde bude stát jeřáb, kam se bude přesouvat vchod do školy, kudy bude ke stavbě přijíždět těžká technika či kde budou vytvořeny koridory pro přechod žáků přes staveniště, měl jasnou představu o opatřeních, která je v rámci

zabezpečení minimalizace rizik nutno provést. Skutečnost, že v rámci prohlídky zadavatel zodpověděl všechny dotazy přítomných zájemců o veřejnou zakázku a ti si tak, podle zadavatele, mohli učinit jasnou představu o tom, co po nich zadavatel požaduje, nezbavuje zadavatele odpovědnosti za transparentní vypracování způsobu hodnocení hodnotících kritérií.

54. Ke konstatování zadavatele v zadávacích podmínkách, že zvýhodní nejefektivnější opatření, tedy jedno z některým účastníkem navržených opatření, z neurčitého počtu opatření, které budou zadavateli v rámci dílčího hodnotícího kritéria v nabídkách předkládány, uvádím, že se i v tomto ztotožňuji se závěrem Úřadu, že nejde o transparentní vyjádření způsobu hodnocení nabídek, které by splňovalo požadavky určitosti a jednoznačnosti toho, jak a v jakých parametrech budou jednotlivé nabídky vzájemně posuzovány a porovnávány. Zadavatelem předkládaný význam pojmu „nejefektivnější“, který vychází z dikce zákona o finanční kontrole nijak nepřisvědčuje skutečnosti, že by uchazečům byl jasný význam tohoto pojmu a byl jimi pojímán a chápán jednotně. Bez konkretizace parametrů, které zadavatel považuje za nejefektivnější je navíc výběr preferencí zadavatele, který je takto ponechán výhradně na uchazečích pouhým odhadem, který odporuje smyslu a účelu relevantních ustanovení zákona.
55. K výše uvedenému sděluji, že jsem se ztotožnil se závěrem Úřadu, že se zadavatel v šetřeném případě dopustil porušení zákona tím, že v zadávací dokumentaci neuvedl dostatečné informace o způsobu hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria č. 2 Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy. I když zadavatelem zvolené dílčí hodnotící kritérium se vztahuje k nabízenému předmětu plnění a jako takové je přípustné, musí být jeho obsah stanoven takovým způsobem, aby uchazeči o veřejnou zakázku měli dostatečné informace pro vypracování svých nabídek a současně, aby předem věděli, jaké parametry budou pro zadavatele důležité a následně rozhodnou o pořadí nabídek v tomto dílčím kritériu hodnocení. Jak však plyne ze zjištěných skutečností, zadavatel v daném případě neposkytl uchazečům o veřejnou zakázku v zadávací dokumentaci dostatek informací o způsobu hodnocení uvedeného dílčího hodnotícího kritéria, což mohlo mít např. za následek, že uchazeči neuvedli ve svých nabídkách parametry, které by jim při hodnocení mohly zajistit výhodnější postavení mezi ostatními uchazeči. Postup zadavatele tak mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, když nelze vyloučit, že by při stanovení způsobu hodnocení uvedeného dílčího hodnotícího kritéria v souladu se zákonem nebyla zadavateli nabídnuta výhodnější nabídka.
56. Pro úplnost uvádím, že zadavatelova argumentace, že požadoval provedení stavby za plného provozu školy a žáci byli v přímém kontaktu se stavenišťem a byl tedy po celou dobu výstavby odpovědný za řádný provoz školy a bezpečnost a zdraví žáků, se v kontextu předmětu projednávaného případu jeví jako bezpředmětná a není obranou proti závěrům napadeného rozhodnutí. Pouze k tomuto podotýkám, že čím více si byl zadavatel vědom komplikovanosti a specifčnosti okolností veřejné zakázky, tím více bylo potřeba, právě pro potřeby zajištění plynulého provozu školy a zajištění bezpečnosti žáků a zaměstnanců školy, co nejprecizněji konkretizovat a specifikovat požadavky na splnění těchto cílů.

K požadavku na předložení bankovní záruky

57. Stejně jako část rozkladu, týkající se vymezení dílčích hodnotících kritérií, i část rozkladu předkládající argumenty obhajující zadavatelův požadavek na předložení bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem, neuvádí v podstatě žádné nové argumenty ani skutečnosti, se kterými by se Úřad nevypořádal již v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí. Zadavatel to nadto i sám v rozkladu potvrzuje, když uvádí, že: *„...vedl důvody, proč požadoval bankovní záruku od tuzemského bankovního ústavu ve vyjádření a opakovaně je shrnuje ještě jednou.“* Takovéto opětovné opakování totožných argumentů, které již, jak bylo uvedeno výše, orgán dohledu bezezbytku vypořádal, považuji za nadbytečné, když shledávám závěry Úřadu v tomto ohledu zcela správné a v souladu se zákonem.
58. V první řadě se ztotožňuji se závěrem Úřadu, že požadavek na předložení bankovní záruky vystavené tuzemskou bankou byl požadavkem nepřiměřeným a diskriminujícím ty dodavatele, kteří spolupracují nebo z nějakého důvodu chtějí spolupracovat se zahraniční bankou. Tato diskriminace nespočívá ve skutečnosti, že by pro takovouto skupinu bylo obecně těžší získat bankovní záruku od tuzemské banky, nicméně ve skutečnosti, že pro stanovení takovéhoto požadavku ze strany zadavatele nebyl prokázán objektivní důvod. Jak správně podotknul v odůvodnění napadeného rozhodnutí již Úřad, zadavatel při koncipování zadávacích podmínek, jakožto i po celou dobu správního řízení opomíjí variabilitu, kterou mu bankovní sektor v otázkách zajištění plnění poskytuje a plně dopadá na jím předestřená rizika. Řešení pak zadavatel navíc sám nalézá v části rozkladu, kde uvádí, že: *„jestliže by některý ze žadatelů měl zájem spolupracovat s bankovním ústavem mimo Českou republiku, pak je běžnou praxí, že tento ústav dožádá bankovní subjekt v České republice o vystavení záruky na základě původní bankovní záruky.“* Z uvedeného textu jasně vyplývá, že si je zadavatel vědom možnosti, že by bankovní záruka byla vystavena zahraniční bankou, kterou si dodavatel vybere či s ní spolupracuje a takováto bankovní záruka by pak byla potvrzena bankou tuzemskou. Zadavateli se pak otevírá možnost uplatnit případné nároky z bankovní záruky u kterékoliv z těchto bank. Za takovýchto podmínek se tedy neuplatní ani zadavatelovy polemiky o náročnosti domožení se splnění právních povinností banky vyplývajících z poskytnuté bankovní záruky v zahraničí, ani o rozdílné bonitě bank v jiných státech a o odlišnosti právních řádů těchto států. Uvedená eventualita je pak jen jednou z možností, kterou zadavatel při koncipování zadávacích podmínek měl, jak je uvedeno již v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Je tedy jen na zadavateli, který z množství různých způsobů zajištění plnění veřejné zakázky, který by nebyl k uchazečům diskriminující, si zvolí. Skutečnost, že zadavatel uvedenou možnost a ani žádnou jinou eventualitu, která by zamezila odlišnému přístupu k jedné skupině zadavatelů oproti skupině jiné, v zadávací dokumentaci neuvedl, ač takovouto možnost měl, a preferoval tak pouze ty uchazeče, kteří předložili bankovní záruku vystavenou tuzemskou bankou oproti uchazečům ostatním, je samo o sobě dostačující pro vyslovení závěru, že zadavatel při stanovení tohoto požadavku postupoval diskriminačně. Jsou dále již nerozhodné argumenty, že všichni uchazeči měli stejnou možnost si nechat vystavit bankovní záruku u tuzemského subjektu, když všichni procházejí stejným procesem, či že pro zahraničního dodavatele je mnohem jednodušší získat bankovní záruku u tuzemského bankovního ústavu. K uvedenému dodávám tolik,

že je s podivem, že co spatřuje zadavatel v případě své osoby za zatěžující okolnost, resp. situaci, která jej ospravedlňuje k zadání uvedeného diskriminačního požadavku, tedy např. zhoršení postavení v případě jednání podle hmotněprávních a procesněprávních předpisů jiného státu, komunikace v cizím jazyce, neznalosti prostředí či eventuálních vyšších nákladů, v případě dodavatelů, příkladem zahraničních společností, které by si podle požadavků zadavatele musely vyjednat bankovní záruku u české banky, považuje zadavatel tyto výše uvedené okolnosti za zcela transparentní a nespátřuje v nich rozdílný přístup k uchazečům zadávacího řízení. Skutečnost, že si žádný zahraniční dodavatel nevyzvedl zadávací dokumentaci s návrhem smlouvy a ani se žádný takovýto dodavatel nezúčastnil prohlídky místa plnění, není v posuzovaném případě rozhodná. Pro uvedené závěry Úřadu svědčí totiž už samotný fakt, že zadavatel ze zadávacího řízení vyřadil nabídku společnosti Sefimota a.s. právě pro nesplnění uvedeného požadavku, když uvedená společnost předložila požadované dokumenty vystavené bankou BANCO ESPRITO SANTO, S. A. sociedade aberta, která není tuzemským bankovním ústavem. Z žádných zjištěných skutečností ani provedených důkazů přitom nevyplývá, že by tento netuzemský bankovní subjekt nebyl schopen poskytnout odpovídající, zadavatelem požadovanou bankovní záruku, která by eventuálně mohla být potvrzena bankou tuzemskou.

59. Co se týče otázky vlivu na výběr nejvhodnější nabídky v kontextu uvedených závěrů, je pro úplnost k tomuto potřeba připomenout, že z pohledu aplikace § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tedy pro naplnění požadavků předmětného ustanovení zákona postačí právě podmínka i jen potenciálního podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Nelze totiž vyloučit, že pokud by zadavatel jako jednu za zadávacích podmínek pro zadání veřejné zakázky zvolil požadavek bankovní záruky, který by nebyl nastaven diskriminačně, obdržel by i jiné nabídky a byla by zde tedy i potenciální možnost výběru vhodnější nabídky jiného uchazeče.
60. V souvislosti s výše uvedeným poukazuji na své předchozí rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12. 2. 2009, ve kterém jsem se k dané problematice vyjádřil následovně: *„Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. ...k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění.“* Na základě výše uvedeného tedy konstatuji, že podmínka možného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky byla splněna a Úřad v této souvislosti postupoval správně a v souladu se zákonem. Své závěry pak Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí dostatečně odůvodnil.

Ke „spojování“ zakázek

61. Zadavatel v této části rozkladu předně brojí proti závěru Úřadu, který pohlíží na související veřejné zakázky jako na zadané v rozporu se zákonem s odkazem na zásadu „ius ex iniuria non oritur“. Podle zadavatele však tento závěr nemá žádnou oporu v zákoně o veřejných

zakázkách. K uvedenému konstatuji, že i když se výše zmíněná obecná právní zásada uplatní zejména v rámci úpravy vztahů vznikajících v právu soukromém, je možné připustit jisté její dopady i na šetřený případ. Její vyjádření v rámci zákona bychom nicméně hledali zbytečně, jelikož, jak již bylo uvedeno, jedná se o obecný právní princip, prolínající se různými právními odvětvími. Jeho podstata vyplývá z požadavku na právní kontinuitu, tedy z předpokladu, že právo vzniká zase jen z práva, a když se právo stane bezprávním, není správné na něj navazovat. V kontextu veřejného práva lze pak na základě těchto indicií učinit totožný závěr, který učinil i Úřad, že pokud byl shledán rozpor se zákonem u hlavní veřejné zakázky, je nutno vztáhnout stejné závěry i na veřejné zakázky související, které vznikly v návaznosti na veřejnou zakázku hlavní, kdy smlouvy na plnění těchto souvisejících veřejných zakázek byly uzavřeny jako dodatky smlouvy hlavní. Skutečnost, že zákon nedává Úřadu možnost postupovat po uzavření smlouvy jiným způsobem, nežli konstatovat spáchání správního deliktu a v souvislosti s jeho spácháním přistoupit k uložení pokuty, tedy, že smlouva na plnění veřejné zakázky, při jejímž zadávání bylo zjištěno pochybení v postupech zadavatele, nadále zůstává v platnosti, nemá na posouzení předmětné otázky vliv. Pokud by naopak byl zákon o veřejných zakázkách koncipován způsobem, že by v případě zjištění závažného pochybení v postupu zadavatele mimo uložení pokuty následovalo ze zákona i zrušení smlouvy, vzhledem k provázanosti smlouvy hlavní se smlouvami na veřejné zakázky souvisejícími, které jsou jako její dodatky její nedílnou součástí, by došlo z logiky věci k zániku i těchto dodatků.

62. Dále nelze přisvědčit ani argumentu zadavatele, že související veřejné zakázky byly zadány jako samostatné a ne jako rozšíření nebo pokračování hlavní veřejné zakázky. I pokud vezmeme v úvahu tuto skutečnost je nesporné, že se pochybení zadavatele vztahovalo i na ně, neboť v jejich případě bylo postupováno v návaznosti na zjištěný netransparentní způsob hodnocení a diskriminačně stanovený požadavek na předložení bankovní záruky. K předmětné otázce uzavírám, že s ohledem na výše uvedené jsem přesvědčen, že Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když pro výpočet pokuty vycházel ze součtu ceny hlavní veřejné zakázky a cen veřejných zakázek souvisejících.

VI. Závěr

63. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad tím, že ve výroku I. napadeného rozhodnutí konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dále ve výroku specifikovaného, dospěl jsem k závěru, že Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem. Vzhledem k tomu ovšem, že při koncipování tohoto výroku napadeného rozhodnutí Úřad nedostatečně specifikoval způsob, jakým došlo k porušení relevantních ustanovení zákona, dospěl jsem k závěru o nutnosti výrok upřesnit, a proto jsem přistoupil ke změně výroku I. napadeného rozhodnutí tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
64. Dále jsem po zjištění, že Úřad tím, že ve výroku II. napadeného rozhodnutí konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dále ve výroku specifikovaného, dospěl jsem k závěru, že Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem. Vzhledem k tomu ovšem, že při koncipování tohoto výroku napadeného rozhodnutí Úřad

nepřesně odkázal na postup, který uvedená ustanovení zákona neobsahují, dospěl jsem k závěru o nutnosti výrok upřesnit, a proto jsem přistoupil ke změně výroku I. napadeného rozhodnutí tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

65. Konečně konstatuji, že Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když za spáchání správních deliktů podle výroku I. a II. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli pokutu ve výši ve výroku III. napadeného rozhodnutí uvedené.
66. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí ve výrocih I. a II. změnit a ve výroku III. potvrdit, rozhodl jsem tak, jak je v těchto výrocih uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. 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