



UOHSX0018B08

Č. j.: UOHS-R3/2009/VZ-5157/2009/310/ZČt

V Brně dne 30.dubna 2009

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 7.1.2009 zadavatelem

- **MERO ČR, a. s., IČ 60193468, se sídlem Veltruská 748, 278 01 Kralupy nad Vltavou**, zast. předsedou představenstva Ing. Jaroslavem Pantůčkem a místopředsedou představenstva Ing. Vítem Tůmou,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18.12.2008, č. j. S307/2008/VZ-25693/2008/520/Pr, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – společnosti MERO ČR, a. s., IČ 60193468, se sídlem Veltruská 748, 278 01 Kralupy nad Vltavou, zast. předsedou představenstva Ing. Jaroslavem Pantůčkem a místopředsedou představenstva Ing. Vítem Tůmou – učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Oprava nátěrů nádrže H08**“, formou otevřeného řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jejíž oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 18.2.2008 pod evidenčním číslem 60014809 a v Úředním věstníku Evropské unie pod evidenčním číslem 2008/S 34-047230 dne 19.2.2008, ve kterém je dalším účastníkem správního řízení společnost:

- **PROFICOLOR společnost s ručením omezeným, IČ 25649868, se sídlem Radiová 1, 102 00 Praha 10 – Hostivař**, zast. jednatelem společnosti Jozefem Jakubjakem,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18.12.2008 č. j. S307/2008/VZ-25693/2008/520/Pr

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

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

1. Zadavatel – společnost MERO ČR, a. s., IČ 60193468, se sídlem Veltruská 748, 278 01 Kralupy nad Vltavou, zast. předsedou představenstva Ing. Jaroslavem Pantůčkem a místopředsedou představenstva Ing. Vítem Tůmou, (dále jen „zadavatel“) zadal podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), veřejnou zakázku „Oprava nátěrů nádrže H08“ formou otevřeného řízení, jejíž oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 18.2.2008 pod evidenčním číslem 60014809 a v Úředním věstníku Evropské unie pod evidenčním číslem 2008/S 34-047230 dne 19.2.2008. V zadávací dokumentaci zadavatel stanovil, že základním kritériem hodnocení je ekonomická výhodnost nabídek z hlediska stanovených kritérií.
2. Dne 7.10.2008 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona podnět, na základě kterého si od zadavatele vyžádal dokumentaci o veřejné zakázce. Protože po přezkoumání jejího obsahu, zadávacích podmínek obsažených v oznámení o zakázce a z vyžádané dokumentace získal Úřad pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky, zahájil správní řízení z moci úřední, ve kterém jako účastníky správního řízení označil zadavatele a vybraného uchazeče. Oznámení o zahájení správního řízení obdrželi účastníci řízení dne 12.11.2008 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

Napadené rozhodnutí

3. Dne 18.12.2008 vydal Úřad rozhodnutí č. j. S307/2008/VZ-25693/2008/520/Pr, kterým konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený zákonem a jako důvod k výběru nejvhodnější nabídky neoprávněně postupoval pouze podle ustanovení § 81 odst. 3) zákona a jako nejvhodnější vybral nabídku jiného uchazeče, než jak odpovídá doporučení hodnotící komise a to aniž by před tímto krokem bylo v souladu s § 79 odst. 5 zákona zjištěno, že hodnotící komise porušila zákonem stanovený postup, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a již došlo k uzavření smlouvy. Za tento správní delikt uložil Úřad zadavateli v souladu s § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 40 000,- Kč.
4. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že z předložené dokumentace vyplývá, že zadavatel pro zadání předmětné veřejné zakázky zvolil formu otevřeného řízení s výběrem ekonomicky nejvýhodnější nabídky z hlediska kritérií, která byla uvedena v části 3 zadávací dokumentace „Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny“ a v části 5.1. zadávací dokumentace „Způsob hodnocení nabídek“. Jako základní kritérium hodnocení zadavatel stanovil ekonomickou výhodnost nabídek, kdy dílčím hodnotícím kritériem byla stanovena: 1) úroveň technologického postupu (s vahou 50 %), 2) nabídková cena (s vahou 30 %) a 3) výše sankce za nedodržení termínu dokončení, uvedená v Kč/den (s vahou 20 %).
5. Z protokolu o dokončení posouzení kvalifikace a dokončení posouzení nabídek hodnotící komisí ze dne 25.4.2008 a ze zprávy hodnotící komise o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 7.5.2008 bylo zjištěno, že hodnotící komise vyhodnotila jako

nejvýhodnější nabídku společnosti AVE–servis, spol. s r.o., IČ 60875585, se sídlem Čechova 725/52, 370 01 České Budějovice, zast. jednatelem Romanem Nedvědem (dále jen „AVE-servis, spol. s r.o.“), a v tomto smyslu bylo formulováno i její doporučení předané zadavateli dne 20.5.2008. Nicméně, poté, co zadavatel obdržel doporučení komise, provedl výběr nejvhodnější nabídky uchazeče a vybral uchazeče, který se podle hodnocení komise umístil až na druhém místě – tedy nabídku společnosti PROFICOLOR společnost s ručením omezeným, IČ 25649868, se sídlem Radiová 1, 102 00 Praha 10 – Hostivař, zast. jednatelem společností Jozefem Jakubjakem, dále jen („vybraný uchazeč“). Při tomto svém novém hodnocení se zadavatel mimo jiné opíral o expertní posudek praktické využitelnosti navrhovaných technologických postupů z nabídek na předmětnou zakázku ze dne 25.5.2008, zpracovaný Ing. Alešem Zapletalem, engineering a realizace povrchových úprav, Liblice 220, 282 01 Český Brod.

6. V rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 3.7.2008 zadavatel jako zdůvodnění výběru nabídky jiného uchazeče, než jak odpovídá doporučení hodnotící komise mimo jiné uvedl, že se v novém hodnocení opíral o výše zmíněný expertní posudek, na základě kterého nabídky v dílčím hodnotícím kritériu „úroveň technologického postupu“ vyhodnotil jinak, než hodnotící komise, neboť nabídku společnosti AVE-servis, spol. s r.o. a nabídku vybraného uchazeče v tomto kritériu vyhodnotil v opačném pořadí. Hodnocení údajů z nabídek, které byly zadavatelem hodnoceny jinak než hodnotící komisí je pak podrobně popsán. Zadavatel svůj postup opírá o ustanovení § 81 odst. 3 písm. c) zákona, které mu dle jeho názoru umožňuje vybrat nabídku jiného uchazeče, než jak odpovídá doporučení hodnotící komise, pokud hodnotí údaje z nabídek uchazečů jinak než hodnotící komise a pokud současně výběr nejvhodnější nabídky včetně odůvodnění řádně oznámí podle zákona všem uchazečům, kteří nebyli vyloučeni z účasti v zadávacím řízení. Postup podle tohoto ustanovení, dle kterého podle zadavatele plní hodnotící komise pouze poradní funkci, dle jeho názoru rovněž odpovídá zásadě hospodárnosti a skutečnosti, že je to právě zadavatel, který má ze zákona povinnost a odpovědnost za výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel rovněž dle svých slov postupoval zcela v souladu s postupem, doporučeným zadavateli ze strany Ministerstva pro místní rozvoj obsaženým v metodických pokynech, konkrétně v materiálu „Metodika zadávání veřejných zakázek podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách a metodika zadávání zakázek financovaných ze zdrojů Evropské unie“ (dále jen „metodika MMR“). Tato metodika se nicméně vyjadřuje pouze k nutnosti odůvodnit odlišné hodnocení zadavatele. Bližší podmínky, za kterých zadavatel může rozhodnout odlišně od stanoviska hodnotící komise, však nerozebírá.
7. Zadavatel tedy vybral nabídku jiného uchazeče, než jak bylo doporučeno hodnotící komisí, protože se s jejím doporučením neztotožnil. Přestože se při tomto svém novém výběru opíral o expertní posudek a oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky obsahující nově stanovené pořadí řádně zaslal uchazečům o předmětnou veřejnou zakázku spolu s odůvodněním svého postupu, je jeho postup v rozporu se zákonem. Snaha o zabezpečení maximální míry transparentnosti a objektivity při posuzování a hodnocení nabídek se mimo jiné odráží i v zákonem stanoveném počtu členů hodnotící komise. Vzhledem ke skutečnosti, že odpovědnost za vynakládání veřejných prostředků a tedy i odpovědnost za zadání veřejné zakázky ze zákona nese v plné míře zadavatel, je právě na něm, aby jím stanovení členové hodnotící komise tyto požadavky na ně kladené rovněž objektivně a nezaujatě naplnili. Teprve pokud zadavatel zjistí, že

hodnotící komise porušila postup stanovený zákonem, rozhodne v souladu s § 79 odst. 5 zákona o novém posouzení a hodnocení nabídek.

8. Na základě předložených materiálů Úřad zjistil, že zadavatel vyhodnotil jako nejvhodnější jinou nabídku, než jak znělo doporučení hodnotící komise, aniž by zjistil, že hodnotící komise porušila zákonem stanovený postup. Tímto postupem se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť jako důvod k výběru nejvhodnější nabídky neoprávněně postupoval pouze podle ustanovení § 81 odst. 3 zákona a jako nejvhodnější vybral nabídku jiného uchazeče, než jak odpovídá doporučení hodnotící komise, aniž by před tím bylo v souladu s ustanovením § 79 odst. 5 zákona zjištěno, že hodnotící komise porušila zákonem stanovený postup. Tímto svým jednáním zadavatel podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a došlo již k uzavření smlouvy.
9. Za výše uvedené porušení zákona Úřad zadavateli stanovil pokutu ve výši 40 000,- Kč. Při stanovení výše pokuty Úřad přihlédl ke skutečnosti, že se zadavatel snažil postupovat ve smyslu metodiky MMR a dále k tomu, že se pokusil o podrobné zdůvodnění svého postupu při výběru jiného uchazeče (než doporučila hodnotící komise) a své zdůvodnění rovněž všem ostatním účastníkům zaslal. Současně však Úřad při stanovení výše pokuty zohlednil značný finanční objem veřejné zakázky.

II. Námitky rozkladu

Rozklad zadavatele

10. Proti shora uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 7.1.2009 rozklad, kterým napadá rozhodnutí Úřadu č. j. S307/2008/VZ-25693/2008/520/Pr ze dne 18.12.2008 v celém rozsahu, přičemž své námitky zaměřuje proti právní argumentaci Úřadu, týkající se vztahu § 79 odst. 5 zákona a § 81 odst. 3 zákona a dále proti údajnému skutkovému zjištění Úřadu, že zadavatel v předmětném zadávacím řízení rozhodl o „novém výběru“ a o „novém posouzení a hodnocení nabídek“, aniž by hodnotící komise porušila zákon.
11. Ve vztahu k právní argumentaci Úřadu, dle které může zadavatel rozhodnout odlišně od doporučení hodnotící komise a vybrat jako nejvhodnější nabídku jiného uchazeče pouze v případě, že zjistí, že hodnotící komise porušila zákon, a současně za takové situace před rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky (kterým se odchyluje od doporučení hodnotící komise) nejdříve postupuje podle § 79 odst. 5 zákona, uvádí zadavatel následující.
12. Podle názoru zadavatele § 81 zákona nestanoví zadavateli povinnost za situace, kdy hodnotící komise neporušila zákon, učinit rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky přesně v souladu s hodnocením vypracovaným hodnotící komisí a zachyceným ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek předložené zadavateli, neboť tato zpráva má dle jeho názoru pouze charakter doporučení a není ji tedy v žádném případě možné považovat za závaznou pro rozhodnutí zadavatele o výběru. Podle svého názoru může zadavatel dle § 81 zákona rozhodnout v odůvodněných případech i jinak, než jak zní doporučení hodnotící komise a to aniž by pro vydání takového rozhodnutí bylo nezbytné dřívější zjištění porušení zákona ze strany hodnotící komise. Zadavatel dále zdůrazňuje, že § 81 zákona žádným způsobem neváže či nepodmiňuje zadavatele povinností zjistit porušení zákona ze strany hodnotící komise, ani povinností

rozhodnout o novém hodnocení dle § 79 odst. 5 zákona. Ustanovení § 81 zákona pak zadavatel chápe jako zákonné zmocnění zadavatele a vymezení jeho odpovědnosti ve vztahu k výběru nejvhodnější nabídky. Dle svého názoru má zadavatel právo, nikoliv povinnost, hodnocení hodnotící komise převzít. V ustanovení § 81 zákona je pak dle zadavatele zakotveno jeho oprávnění pro vlastní („vnitřní“) hodnocení nabídek ve fázi rozhodování o výběru nejvhodnější nabídky a jeho porovná(vá)ní se závěry a doporučením hodnotící komise, která svým postupem neporušila zákon, přičemž toto ustanovení stanoví zadavateli dle jeho názoru oprávnění neztotožnit se s doporučením hodnotící komise v případě, že svůj jiný výběr řádně odůvodní a sdělí jej všem uchazečům, jejichž nabídka byla hodnocena.

13. Dle zadavatele ani výše uvedená metodika MMR žádným způsobem nevymezuje v případě odchylného výběru zadavatele od doporučení hodnotící komise povinnost předchozího postupu zadavatele podle § 79 odst. 5 zákona, případně předcházející zjištění, že hodnotící komise porušila zákona. Jedinou povinností je dle zadavatele v případě odlišného výběru nejvhodnější nabídky, než jak zní doporučení hodnotící komise, povinnost případný odlišný výběr řádně odůvodnit.
14. Zadavatel v podaném rozkladu rozlišuje své právo rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky odchylně od doporučení hodnotící komise a povinnost rozhodnout o novém hodnocení nabídek v případě porušení zákona hodnotící komisí jako dva zcela evidentně rozdílné „právní instituty“, které mají jiný cíl a účel a nemají vůči sobě dle zákona žádný přímý vztah ani podmíněnost, ani vztah speciality a subsidiarity.
15. Zadavatel dále napadá údajné skutkové zjištění Úřadu, že v předmětném zadávacím řízení rozhodl o „novém výběru“ a o „novém posouzení a hodnocení nabídek“, aniž by hodnotící komise porušila zákon. V této souvislosti zadavatel uvádí, že tímto, ani žádným jiným způsobem podle § 79 odst. 5 zákona nepostupoval, neboť k tomu neměl žádný důvod, vzhledem k tomu, že hodnotící komise zákon neporušila. Dále zadavatel opětovně uvádí, že pouze zákonné doporučení, které mu hodnotící komise předložila spolu s nabídkami uchazečů, konfrontoval s tím, jak podané nabídky hodnotil on sám, tedy ve smyslu § 81 odst. 3 písm. c) zákona, a jednalo se tedy o jeho rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ve smyslu tohoto ustanovení a ne o rozhodnutí o novém posouzení a hodnocení nabídek dle § 79 odst. 5 zákona.
16. Dále zadavatel namítá, že rozhodnutí č. j. VZ/S109/05-151/3379/05-jl ze dne 29.7.2005 a rozhodnutí č. j. VZ/S189/05-151/5516/05-jl ze dne 30.11.2005 uvedená v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí se dle jeho názoru vztahují ke skutkově odlišným případům. Ve vztahu k rozhodnutí č. j. S196/2008/VZ-15318/2008/530/Ra ze dne 3.9.2008 zadavatel uvádí, že toto bylo vydáno až po jeho rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a tak se o něm nemohl dozvědět, ani se s ním předtím seznámit. Dle jeho názoru se však toto rozhodnutí rovněž vztahuje ke skutkově odlišnému případu a současně se zadavatel neztotožňuje s právním názorem Úřadu obsaženým v tomto rozhodnutí, dle kterého může zadavatel v souladu s § 79 odst. 5 zákona změnit hodnocení provedené hodnotící komisí jen v případě, že zjistí porušení zákona ze strany hodnotící komise. Zadavatel opětovně odkazuje na rozhodnutí č. j. R074/2007/03-10701/2007/310-Šp ze dne 8.6.2007 a odkazuje také na komentář k zákonu z nakladatelství Linde Praha, a.s. z roku 2007.

17. Závěrem zadavatel sumarizuje všechny své námitky a opětovně zdůrazňuje, že dle jeho názoru stanoví § 81 zákona oprávnění zadavatele pro jeho vlastní („vnitřní“) hodnocení nabídek, a že má tedy zadavatel zákonem stanovené právo odchýlit se od doporučení hodnotící komise, které není podmíněno jeho předchozím zjištěním, že došlo k porušení zákona ze strany hodnotící komise. Právní názor Úřadu obsažený v prvostupňovém rozhodnutí chápe jako popření svého práva svobodně rozhodovat o výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel rovněž opětovně uvádí, že nerozhodl o „novém posouzení a hodnocení nabídek“, ani neprovedl „nový výběr“, ale při svém prvním a jediném rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky se ve smyslu § 81 odst. 3 písm. c) zákona na základě vlastního „vnitřního ověřovacího“ hodnocení výhodnosti nabídek odchýlil od doporučení hodnotící komise.
18. Vzhledem k výše uvedenému zadavatel žádá, aby předseda Úřadu rozhodnutí ze dne 18.12.2008 č. j. S307/2008/VZ-25693/2008/520/Pr v souladu s § 152 odst. 5 zákona písm. a) správního řádu změnil a rozhodl ve smyslu ustanovení § 112 odst. 2 písm. b) zákona o tom, že při zadávání veřejné zakázky zadavatel postupoval v souladu se zákonem.

III. Řízení o rozkladu

19. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
20. 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 napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k níže uvedenému závěru.
21. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 18.12.2008 č. j. S307/2008/VZ-25693/2008/520/Pr konstatoval správní delikt zadavatele podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za což zadavatelé uložil pokutu ve výši 40 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

K pravomoci zadavatele rozhodnout o výběru jiné nabídky, než jak zní doporučení hodnotící komise

22. K podanému rozkladu předně uvádím, že Úřad žádným způsobem nepopírá skutečnost, že odpovědnost za vynakládání veřejných prostředků a tedy i odpovědnost za zadání veřejné zakázky v souladu se zákonem nese v plné míře zadavatel. Primární problematikou šetřeného případu je tedy oprávnění zadavatele ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a šíře tohoto oprávnění.
23. V podaném rozkladu zadavatel namítá, že pokud by neměl možnost vyhodnotit jako nejvhodnější jinou nabídku, než jak stanoví doporučení hodnotící komise, aniž by před tímto výběrem musel konstatovat porušení zákona ze strany hodnotící komise, došlo by

- k popření jeho oprávnění, které mu dle jeho názoru přiznává § 81 odst. 3 písm. c) zákona. Současně zadavatel popírá jakýkoli vztah mezi ustanovením § 79 odst. 5 zákona a § 81 odst. 3 písm. c) zákona. K tomuto uvádím následující.
24. V souladu s § 79 odst. 5 zákona rozhodne zadavatel o novém posouzení a hodnocení nabídek, pokud zjistí, že hodnotící komise porušila postup stanovený tímto zákonem. Pro nové posouzení a hodnocení nabídek pak zadavatel ustanoví jinou hodnotící komisi, případně provede nové posouzení a hodnocení nabídek sám. V souladu s § 81 odst. 3 písm. c) zákona zadavatel v oznámení o výběru nejvhodnější nabídky uvede odůvodnění výběru nejvhodnější nabídky, pokud vybral jako nejvhodnější nabídku jiného uchazeče, než jak odpovídá doporučení hodnotící komise. V takovém případě zadavatel rovněž uvede, jaké údaje z nabídky byly veřejným zadavatelem hodnoceny jinak než hodnotící komisí a jak byly nabídky zadavatelem hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritérií.
 25. Přestože by se na první pohled mohlo skutečně zdát, že výše uvedená ustanovení k sobě nemají žádný vztah, není možné je takto svévolně „vytáhnout“ ze zákona a interpretovat samostatně. Podmínky pro zadávání veřejných zakázek jsou vymezeny v zákoně, který funguje jako celistvá právní úprava a jednotlivá jeho ustanovení je tedy potřeba interpretovat a aplikovat ve vzájemné souvislosti. Výše uvedená ustanovení spadají každé do jiné hlavy zákona a v rámci procesu zadávání veřejné zakázky upravují jinou fázi zadání veřejné zakázky, kdy ustanovení § 79 zákona upravuje hodnocení nabídek, které společně se zprávou o posouzení a hodnocení nabídek uzavírá fázi posouzení a hodnocení nabídek. Průběh zadání veřejné zakázky dále pokračuje fází výběru nejvhodnější nabídky. Jedná se tedy již o fázi výběru nabídky, které předchází hodnocení nabídek. Z logiky věci tedy není možné v této fázi opětovně hodnotit nabídky jako takové.
 26. S touto problematikou úzce souvisí i funkce a činnost hodnotící komise, která je odborným orgánem zadavatele plnícím zákonem vymezené funkce. Zákon stanoví minimální počet členů hodnotící komise, z nichž musí mít v případě potřeby jedna třetina příslušnou odbornost. V souladu s § 74 odst. 1 zákona je právě na zadavateli, aby jednotlivé členy hodnotící komise jmenoval, přičemž se předpokládá, že při tomto výběru zohlední všechny své požadavky související s konkrétní veřejnou zakázkou. Zadavatel tedy vždy musí uvážit, zda složitost předmětu veřejné zakázky, jakož i komplikovanost hodnocení nabídek, vyžaduje případnou odbornou způsobilost příslušného počtu členů hodnotící komise, neboť její role v zadávacím řízení je zcela zásadní a na její nestranné, nezaujaté a profesionální činnosti je často závislý úspěch celého zadávacího řízení. I skutečnost, že jakékoli pochybení hodnotící komise zakládá právní odpovědnost zadavatele, který se jí nemůže zprostit, svědčí o úzkém provázání hodnotící komise a zadavatele a o významu kvalitního výběru členů hodnotící komise ze strany zadavatele.
 27. V souladu s § 75 odst. 4 zákona se jednání hodnotící komise mohou účastnit též jiné osoby, které určí veřejný zadavatel nebo hodnotící komise. Pokud tedy zadavatel uváží, že složitost předmětu veřejné zakázky si ve fázi posouzení a hodnocení žádá i přítomnost dalších osob, které mají příslušné odborné znalosti či zkušenosti, které jsou významné pro posouzení a hodnocení nabídek, může jim povolit účast na jednání hodnotící komise, stejně jako případným dalším osobám, aby dodatečně kontrolovaly a ověřovaly regulérnost průběhu posuzování a hodnocení nabídek. Stejně tak si v souladu

s § 76 odst. 2 zákona může pro posouzení nabídek hodnotící komise přizvat jednoho nebo více poradců. Výstupem z jednání hodnotící komise je vedle zprávy o posouzení a hodnocení nabídek také protokol o jejím jednání, který je podepsán všemi hodnotícími členy a případné nesouhlasné stanovisko člena hodnotící komise s jejím rozhodnutím či postupem musí být vždy řádně odůvodněno.

28. Klíčovou fází zadávacího řízení a de facto vrcholem činnosti hodnotící komise je právě hodnocení nabídek, jehož výsledkem je výběr nabídky, která poskytuje nejlepší poměr míry naplnění jednotlivých dílčích kritérií, jinými slovy nabídky, která je nejvhodnější ve vztahu k požadavkům zadavatele na plnění veřejné zakázky. Popis hodnocení nabídek s odůvodněním výsledku hodnocení (tedy pořadí nabídek tak, jak vzešlo z jejich hodnocení podle § 79 zákona) obsahuje zpráva o posouzení a hodnocení nabídek, kterou v souladu s § 80 odst. 2 zákona podepisují všichni členové hodnotící komise, kteří se účastnili jednání hodnotící komise, na kterém bylo hodnocení nabídek provedeno. Do uzavření smlouvy je pak zadavatel povinen umožnit všem uchazečům na jejich žádost do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek nahlédnout a pořídit si z ní výpis nebo opis.
29. Z výše uvedeného je zřejmé, že hodnotící komise představuje v otevřeném zadávacím řízení nezastupitelný prvek transparentnosti, který je opětovně posilován celou škálou různých opatření. Hodnotící komise je kolektivním orgánem, jehož činnost nelze nahradit rozhodováním jediného subjektu, který je veden „vnitřními pohnutkami“. Ustanovení § 81 odst. 3 písm. c) zákona tedy v žádném případě nelze interpretovat jako právo zadavatele rozhodnout „samostatně a svobodně“ o výběru nejvhodnější nabídky, na základě vlastního „vnitřního“ uvážení, neboť by tímto bylo zásadním způsobem zasaženo do postupu zadávání veřejné zakázky, ve kterém má hodnotící komise nezastupitelnou roli. Jediná situace, kdy zadavatel může rozhodnout odlišně od doporučení hodnotící komise je tedy ta, kdy v souladu s § 79 odst. 5 zákona zjistí, že hodnotící komise porušila zákonem stanovený postup a pro nové posouzení a hodnocení nabídek ustanoví jinou hodnotící komisi, případně provede nové posouzení a hodnocení nabídek sám.
30. V šetřeném případě zadavatel vyhodnotil jako nejvhodnější jinou nabídku, než jak znělo doporučení hodnotící komise, a to aniž by zjistil, že hodnotící komise porušila zákonem stanovený postup. Nabídka vybraného uchazeče tak byla vybrána pouze na základě vlastního „vnitřního“ hodnocení zadavatele (jak zadavatel sám uvádí) a to ve fázi rozhodování o výběru nejvhodnější nabídky. Tímto postupem se zadavatel prakticky „vrátil“ do fáze posuzování a hodnocení nabídek, která však byla v tomto okamžiku již zakončena zprávou o posouzení a hodnocení nabídek ze strany hodnotící komise. Současně tímto zadavatel de facto popřel celou činnost hodnotící komise ve fázi hodnocení nabídek, neboť bez ohledu na výstup z její činnosti vybral vítěznou nabídku sám na základě své volní úvahy, čímž naprosto popřel její funkci v zadávacím řízení a zásadním způsobem ovlivnil transparentnost zadávacího řízení.
31. Uzavírám tedy, že zadavatel nemůže samostatně na základě své vlastní volní úvahy rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky jiné, než jak stanoví doporučení hodnotící komise (pokud nezjistí, že tato porušila zákonem stanovený postup), neboť by tak zcela zásadním způsobem zasáhl do role, kterou má hodnotící komise v zadávacím řízení. „Svoboda“ statutárního orgánu zadavatele vybrat si nabídku, kterou on považuje za nejvhodnější, je tímto formalizovaným postupem omezena právě v zájmu zachování

maximálně transparentního a nediskriminačního prostředí zadávání veřejných zakázek. Možnost zadavatele ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky tedy spočívá především v kvalitním a zodpovědném výběru jednotlivých členů hodnotící komise, případně dalších osob, jejichž odborné znalosti či zkušenosti zadavatel považuje za významné pro posouzení a hodnocení nabídek. Rozhodnutím jediného subjektu však v tomto případě není možné nahradit komplexní činnost kolektivního orgánu, vytvořeného právě pro účel posouzení a hodnocení nabídek, jehož výstupem je výběr nabídky, která poskytuje nejlepší poměr míry naplnění jednotlivých dílčích kritérií, a který je současně jednou ze zásadních záruk transparentnosti zadávacího řízení.

K ostatním námitkám rozkladu

32. Zadavatel v podaném rozkladu namítá, že se při svém postupu opíral o metodiku MMR, která žádným způsobem nevymezuje povinnost zadavatele (v případě výběru nabídky odlišné od doporučení hodnotící komise) postupovat nejprve podle § 79 odst. 5 zákona. K tomuto uvádím následující.
33. Výše uvedená metodika MMR, která upravuje postup doporučený zadavatelům ze strany MMR (v části KROK 11: Jak zadavatel postupuje v jednotlivých řízeních, podkapitola Otevřené řízení, Dílčí krok 4: Jak postupuje zadavatel po ukončeném posouzení a hodnocení nabídek?), skutečně obsahuje text, podle kterého se zadavatel může odchýlit od doporučení hodnotící komise, je však povinen provedené odchylky řádně odůvodnit. Povinnost zdůvodnění odchýlení se zadavatele od doporučení hodnotící komise nicméně obdobně uvádí zákon, napadené rozhodnutí i sám zadavatel. Metodika MMR se tedy vyjadřuje pouze k povinnosti zadavatele odůvodnit své odlišné hodnocení, nerozebírá však blíže podmínky, za kterých zadavatel může rozhodnout odlišně od stanoviska hodnotící komise. Je však třeba zdůraznit, že částí upravující Dílčí krok 4, neboli postup zadavatele po ukončeném posouzení a hodnocení nabídek, předchází Dílčí krok 3: Jaké úkony činí zadavatel po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Tento dílčí krok je zakončen pasáží Náprava vadného postupu hodnotící komise – nové posouzení a hodnocení nabídek. Tato pasáž tak naprosto bezprostředně předchází text, na který zadavatel ve svém odvolání na metodiku MMR poukazuje a ve kterém je v souladu s platným zněním zákona uvedena povinnost zadavatele rozhodnout o novém posouzení a hodnocení nabídek, pokud zjistí, že hodnotící komise porušila zákonem stanovený postup. Opětovně zdůrazňuji, že proces zadávání veřejné zakázky představuje komplexní soubor činností, které spolu vzájemně souvisí a navazují na sebe. I skutečnost, že pasáž o nápravě vadného postupu hodnotící komise bezprostředně předchází pasáží o postupu zadavatele po ukončeném posouzení a hodnocení nabídek, vypovídá o tom, že postupu zadavatele při výběru nejvhodnější nabídky jiného uchazeče, než jak odpovídá doporučení hodnotící komise, musí předcházet zjištění zadavatele, že hodnotící komise porušila zákonem stanovený postup. Právo zadavatele rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky odchýlně od doporučení hodnotící komise tedy přímo souvisí s předchozím zjištěním zadavatele, že hodnotící komise porušila zákon, na což navazuje povinnost zadavatele rozhodnout o novém hodnocení nabídek.
34. K námitce zadavatele, že rozhodnutí č. j. VZ/S109/05-151/3379/05-jl ze dne 29.7.2005 a rozhodnutí č. j. VZ/S189/05-151/5516/05-jl ze dne 30.11.2005, která Úřad uvedl v odůvodnění napadeného rozhodnutí, se dle jeho názoru vztahují ke skutkově odlišným případům, a že rozhodnutí č. j. S196/2008/VZ-15318/2008/530/Ra ze dne 3.9.2008 bylo

vydáno až po jeho rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a tak se o něm nemohl dozvědět, ani se s ním předtím seznámit, uvádím následující.

35. Předně uvádím, že výše uvedená rozhodnutí, která Úřad zmínil v odůvodnění napadeného rozhodnutí mají pro argumentaci rozhodnutí Úřadu pouze podpůrný charakter a jako taková tedy nemají vliv na samotný výrok rozhodnutí. Uvedená rozhodnutí se zabývají obdobnou problematikou, jakou Úřad řeší v předmětném případě, a stanoví nutnost řádného zdůvodnění rozhodnutí zadavatele o výběru jiné nejvhodnější nabídky, než jak zní doporučení hodnotící komise. Splnění této podmínky, čili povinnosti zadavatele odůvodnit svůj odlišný výběr, se jeví v kontextu uvedených pravomocných rozhodnutí Úřadu jako splnění podmínky nutné, nikoli však dostačující, k naplnění všech souvisejících zákonných ustanovení, která směřují k rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Skutečnost, zda po zjištění pochybení hodnotící komise zadavatel pro další postup při zadávání veřejné zakázky vytvoří novou hodnotící komisi, či zda provede nové posouzení a hodnocení nabídek sám, není ve vztahu k šetřenému případu rozhodující. Z výše uvedených důvodů považuji námitku zadavatele za bezpředmětnou. Současně poukazuji na skutečnost, že zadavatel sám k rozhodnutí č. j. S196/2008/VZ-15318/2008/530/Ra ze dne 3.9.2008 uvádí, že nesouhlasí s právním názorem Úřadu, dle kterého může zadavatel v souladu s § 79 odst. 5 zákona změnit hodnocení provedené hodnotící komisí jen v případě, že zjistí porušení zákona ze strany hodnotící komise, což svědčí o ustálené výkladové praxi Úřadu ve vztahu k této problematice.
36. Zadavatel dále ve své argumentaci odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. R074/2007/03-10701/2007/310-Šp ze dne 8.6.2007 a odkazuje také na komentář k zákonu z nakladatelství Linde Praha, a.s. z roku 2007. K tomuto uvádím následující.
37. Jak již bylo uvedeno v prvostupňovém rozhodnutí, rozhodnutí č. j. R074/2007/03-10701/2007/310-Šp ze dne 8.6.2007 se vyjadřuje pouze k nutnosti odůvodnění odlišného hodnocení zadavatele, nerozebírá však blíže podmínky, za kterých zadavatel může rozhodnout odlišně od stanoviska hodnotící komise. Ke komentáři k zákonu uvádím, že tento není pro Úřad, na rozdíl od znění samotného zákona závazný. Komentář pouze poskytuje jakési „vodítko“ k interpretaci jednotlivých ustanovení zákona, které nicméně není vždy totožné s výkladovou praxí Úřadu. Často se i jednotlivé komentáře neshodují v právních názorech na upravenou problematiku. I z tohoto důvodu tedy nelze brát komentář za závazný a určující s konečnou platností postup zadavatele v souladu se zákonem. Současně však zdůrazňuji, že skutečnost, že zadavatel při svém postupu podle zákona vycházel také z dalších materiálů, které se věnují problematice zadávání veřejných zakázek, byla zohledněna jako polehčující okolnost při stanovení výše pokuty.
38. K námitce zadavatele, že v předmětném zadávacím řízení nerozhodl o „novém výběru“ a o „novém posouzení a hodnocení nabídek“, aniž by hodnotící komise porušila zákonem stanovený postup, ani žádným jiným způsobem nepostupoval podle § 79 odst. 5 zákona, protože k tomu neměl žádný důvod (neboť hodnotící komise zákon neporušila), uvádím následující.
39. Zadavatel sám uvádí, že se v daném případě jednalo o jeho „hodnocení“ ve smyslu § 81 odst. 3 písm. c) zákona a jeho rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky dle § 81 zákona ve smyslu tohoto ustanovení. Vzhledem k systematickému zákonu je však

v okamžiku výběru nejvhodnější nabídky zadavatelem dle § 81 zákona fáze hodnocení a posuzování nabídek již ukončena a zadavatel tedy nemůže nabídky nově hodnotit, jak bylo podrobněji rozvedeno výše. V souvislostech šetřeného případu je však v rámci objektivitě potřeba připustit určitou nepřesnost termínů použitých v napadeném rozhodnutí, které nicméně nemění jeho význam ani smysl. Jako alternativa pojmů „posouzení a hodnocení nabídek“ je v napadeném rozhodnutí užíván také pojem „výběr“, což sice není přesný termín plynoucí ze zákona, nicméně tato skutečnost nemá vliv na srozumitelnost rozhodnutí. Slovní spojení „nový výběr“ či „nové posouzení“ pak v napadeném rozhodnutí označuje kroky, které zadavatel učinil po provedení posouzení a hodnocení nabídek hodnotící komisí dne 7.5.2008.

V. Závěr

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

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. MERO ČR, a. s., Veltruská 748, 278 01 Kralupy nad Vltavou
2. PROFICOLOR společnost s ručením omezeným, Radiová 1, 102 00 Praha 10 – Hostivař
3. spis

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce