



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a JUDr. Jany Kubenové v právní věci žalobce: **PSK – Průmyslové stavby a konstrukce, a.s.**, se sídlem Zlín, Zarámí 4077, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, za účasti: **Zlínský kraj**, se sídlem Zlín, tř. T. Bati 21, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15.2.2010, č.j. ÚOHS-R188/2009/VZ-2060/2010/310/JSI,

t a k t o :

- I. Žaloba se **zamítá**.
- II. Žalovanému se náhrada nákladů řízení **nepřiznává**.
- III. Osoba zúčastněná na řízení **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce se domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15.2.2010, č.j. ÚOHS-R188/2009/VZ-2060/2010/310/JSI, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno předchozí rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže vydané v prvním stupni správního řízení č.j. ÚOHS-S214/2009/VZ-13401/2009/520/EMa ze dne 8.12.2009.

I. Podstata věci

Žalovaný zastavil řízení o přezkum úkonů zadavatele (Zlínský kraj, nyní osoba zúčastněná na řízení před zdejší soudem) při zadávání veřejné zakázky „Dodávka stavby – Vsetínská nemocnice a.s. – centralizace vybraných provozů“ zadávané v otevřeném řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), neboť neshledal v postupu zadavatele pochybení, které by mělo podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

Spornou byla v uvedeném řízení před žalovaným otázka zveřejnění nabídkové ceny při otvírání obálek; tu žalovaný dospěl k závěru, že při otvírání obálek lze zveřejnit nabídkové ceny, přitom je-li základním hodnotícím kritériem ekonomická výhodnost nabídky, že ZVZ neplyne povinnost zveřejňovat hodnoty dalších dílčích kritérií. Podle žalovaného takovým postupem nebyla porušena zásada transparentnosti; žalobcem namítaná možná manipulace s jednotlivými nabídkami nebyla prokázána.

Další spornou otázkou bylo posouzení nabídkové ceny žalobce a závěr při hodnocení nabídek. Tu žalovaný dospěl k závěru, že zadavatel dospěl ke stanovení pořadí nabídek na základě transparentního hodnocení podle předem stanovených dílčích hodnotících kritérií. Pokud jsou ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek a následně v oznámení o výběru nejvhodnější nabídky formulovány nadbytečné závěry ohledně dílčího hodnotícího kritéria nabídkové ceny, nejde o pochybení vedoucí k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.

Další spornou otázkou bylo hodnocení výše sankcí coby dílčího hodnotícího kritéria z pohledu přiměřenosti. Tu dospěl žalovaný k závěru, že zadavatel neaplikoval nepřiměřenou hodnotu při hodnocení dílčích hodnotících kritérií, a proto nedostatečné vymezení nepřiměřenosti rovněž nemohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Možné obchodněprávní následky spojené s významem takové smluvní pokuty a s jejím vymáháním přezkumu žalovaného nepodléhají.

II. Shrnutí žalobních bodů

Žalobce uvádí, že v řízení před žalovaným nenamítal zveřejnění nabídkové ceny, ale argumentoval tak, že buď měly být při otvírání obálek zveřejněny hodnoty ve všech dílčích hodnotících kritériích nebo v žádném, neboť jediné tak mohla být naplněna zásada transparentnosti.

Dále měl zadavatel žalobce poškodit způsobem hodnocení ekonomické výhodnosti nabídky tím, že konstatoval údajné riziko na straně žalobce z důvodu výrazně nejnížší ceny spojené s potřebou dodatečných prací; to je neregulární a nepřímo diskriminující.

Především však žalobce namítá rozpor se ZVZ v nepřiměřené nabídce smluvní pokuty v případě uchazeče RAPOS, spol. s r.o. a v této souvislosti v samotném vadném stanovení dílčích hodnotících kritérií. Výše smluvní pokuty byla v případě

uvedeného uchazeče nepřiměřená s ohledem na cenu díla, neboť ten nabídl smluvní pokutu za prodlení s předáním díla ve výši 1 500 000,- Kč denně při ceně díla cca 94 000 000,- Kč; z pohledu vymáhání této pokuty zadavatelem jde o ujednání sporné, neplatné, resp. je dána možnost moderace soudem, a tedy taková smluvní pokuta by v praxi nemohla být vymožena. Hodnotící komise měla povinnost přiřadit v tomto dílčím hodnotícím kritériu 0 bodů, neboť v bodu 19.6. zadávací dokumentace bylo uvedeno, že bude-li hodnotící komise považovat některou z hodnot nepřiměřenou povaze závazku, přidělí takové nabídce 0 bodů. Nemůže obstát závěr žalovaného, podle něhož nebyla-li taková kontumace provedena, nemohlo to mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Nejde tu podle žalobce o přezkoumávání rozhodnutí a úvah hodnotící komise zadavatele, ale o přezkoumání zákonnosti postupu hodnotící komise v souladu se zadávacími podmínkami. Touto otázkou se žalovaný nezabýval dostatečně, argumentaci žalobce řádně nevypořádal. Žalobce stejně jako ve svých podáních předcházejících podání žaloby poukazuje na fakt, že zadávací dokumentace neuvedla, jaká hodnota je nepřiměřená, a hodnotící komise se touto otázkou nezabývala.

Ze shora uvedených důvodů, v žalobě podrobně argumentovaných, žalobce navrhuje zrušení napadeného i jemu předcházejícího rozhodnutí žalovaného.

III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný setrvává na závěrech, ke kterým dospěl v napadeném rozhodnutí. Na napadené rozhodnutí odkazuje, ohledně možnosti zveřejnění nabídkových cen při otevírání obálek doplňuje odkaz na vývoj právní úpravy a aktuální výslovně kodifikovanou možnost zveřejnit nabídkové ceny (§ 71 odst. 9 ZVZ ve znění účinném od 1.1.2010), aniž by taková možnost byla dána pro sdělení hodnot ostatních dílčích hodnotících kritérií, a žalobu navrhuje jako nedůvodnou zamítnout.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, dále jen „s.ř.s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.); jde o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Napadené rozhodnutí bylo přezkoumáno v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.). Zdejší soud o žalobě rozhodoval bez jednání za splnění podmínek podle § 51 odst. 1 s.ř.s.

Pokud jde o žalobní argumentaci týkající se zveřejnění nabídkové ceny a nezveřejnění hodnot dalších dílčích hodnotících kritérií při otevírání obálek, v této části žaloba důvodná není.

Podle § 78 odst. 1 ZVZ je základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky a) ekonomická výhodnost nabídky nebo b) nejnížší nabídková cena. Podle § 78 odst. 4 ZVZ rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle

základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria. Dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky a mohou jimi být vedle nabídkové ceny zejména kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení. Podle § 78 odst. 5 ZVZ je-li základním hodnotícím kritériem ekonomická výhodnost nabídky, musí zadavatel jednotlivým dílčím hodnotícím kritériím stanovit váhu, kterou vyjádří v procentech. Stanovená váha může být u jednotlivých dílčích hodnotících kritérií shodná.

Podle § 71 odst. 8 ZVZ komise otevírá obálky postupně podle pořadového čísla a kontroluje úplnost nabídky, tedy zda a) je nabídka zpracována v požadovaném jazyku, b) jsou návrh smlouvy a prohlášení uchazeče podle § 68 odst. 2 ZVZ podepsány osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče a c) nabídka obsahuje všechny součásti požadované zákonem či zadavatelem v zadávacích podmínkách.

Podle § 71 odst. 9 ZVZ v rozhodném znění (do 31.12.2009) po provedení kontroly úplnosti každé nabídky podle § 71 odst. 8 ZVZ sdělí komise přítomným uchazečům identifikační údaje uchazeče a informaci o tom, zda nabídka splňuje požadavky podle § 71 odst. 8 ZVZ.

Podle § 71 odst. 9 ZVZ ve znění účinném od 1.1.2010 po provedení kontroly úplnosti každé nabídky podle § 71 odst. 8 ZVZ sdělí komise přítomným uchazečům identifikační údaje uchazeče a informaci o tom, zda nabídka splňuje požadavky podle § 71 odst. 8 ZVZ; komise může přítomným uchazečům sdělit rovněž informaci o nabídkové ceně.

V právě posuzované věci zadavatel zvolil coby základní hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky. Dílčími hodnotícími kritérii byly celková nabídnutá cena vč. DPH (váha 60%), výše sankcí za nesplnění termínu v Kč/den (váha 25%), lhůta plnění v kalendářních týdnech (10%) a výše bankovní záruky po dobu záruční lhůty (5%).

Podle protokolu o otevírání obálek s nabídkami byly protokolovány identifikační údaje jednotlivých uchazečů a nabídkové ceny a dále pak konstatování komise pro otevírání obálek ohledně požadovaného jazyku nabídky, ohledně podpisu oprávněnou osobou a ohledně obsahu všech součástí nabídek požadovaných ZVZ či zadavatelem. Z toho plyne, že při několika dílčích hodnotících kritériích byla vždy sdělena hodnota jediného z nich, a sice nabídkové ceny.

ZVZ ve znění rozhodném pro právě posuzovanou věc možnost sdělovat některé dílčí údaje z nabídek neupravoval. Ani tuzemská judikatura se dosud k této otázce neměla možnost vyjádřit. Jestliže žalobce namítá, že zadavatel sdělením hodnoty jediného dílčího hodnotícího kritéria jednal v rozporu se zásadou transparentnosti, a tedy porušil § 6 ZVZ, pak je třeba vyjít z dosud traktovaných výkladů uvedené zásady

a zaměřit se na posouzení otázky, co zveřejnění hodnoty jednoho z dílčích hodnotících kritérií z pohledu transparentnosti zadávacího řízení způsobilo.

Výklad zásady transparentnosti se konstantně podává v tom směru, jak ji zdejší soud vyložil ve vztahu k § 25 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, který byl obdobou současného § 6 ZVZ, v rozsudku ve věci sp. zn. 31 Ca 166/2005 ze dne 14.5.2007 či v rozsudku ve věci sp. zn. 62 Ca 12/2006 ze dne 17.10.2007. Tato zásada je porušena tehdy, pokud by v zadavatelově postupu podle ZVZ byly shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.

Přestože zadavatel neměl povinnost sdělovat výši nabídkových cen a přestože není zdejšímu soudu zřejmé, z jakého důvodu ji sděloval, když samotná uchazeči nabídnutá cena měla v celkovém hodnocení ekonomické výhodnosti nabídku váhu pouze 60%, a tedy sdělení této hodnoty celkové transparentnosti zadávacího řízení nikterak významně prospět nemohlo, ze skutkových zjištění nic nenasvědčuje tomu, že by uvedený postup mohl zadávací řízení učinit nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným anebo že by vyvolával pochybnosti v tom směru, že by zveřejnění nabídkových cen mohlo ovlivňovat průběh a výsledky jednotlivých kroků zadavatele, které po otevření obálek následovaly, a že by mohly představovat způsob, kterak z pohledu následného přezkumu postupu zadavatele a koneckonců i z pohledu nepřímé kontroly veřejné by byl tento postup jakkoli zamlžován. Jestliže zadavatel nemá povinnost po otevření obálek sdělovat cokoli z obsahu těchto nabídek (nad rámec splnění podmínek podle § 71 odst. 8 ZVZ), nelze dovozovat, že zveřejněním částí obsahu nabídek by se dostal do rozporu s jednotlivými procedurálními pravidly obsaženými v ZVZ (ta tuto otázku neupravují), se zásadami uvedenými v § 6 ZVZ ani se základním smyslem zadávání veřejných zakázek formalizovanou a zpětně kontrolovatelnou procedurou upravenou ZVZ. Skutečnost, že pozdější právní úprava (ZVZ účinný od 1.1.2010) výslovně v § 71 odst. 9 uvádí, že komise, která otevírá obálky, může přítomným uchazečům sdělit rovněž informaci o nabídkové ceně, neznamená, že podle ZVZ účinného do 31.12.2009 tak činit nemohla, a z pohledu posuzované věci není ani jinak podstatná. Možnost zveřejnění nabídkových cen po 1.1.2010 míří ke zvýšení kontroly postupu zadavatele a zamezení spekulacím ohledně následných manipulací s nabídkami, smysl má však především tam, kde zadavatel zvolí za základní hodnotící kritérium právě (a tedy pouze) nejnižší nabídkovou cenu. Zveřejnění částí obsahu jednotlivých nabídek po otevření obálek v hodnotě nabídkové ceny mohlo sice u přítomných vyvolat zkraslený dojem ohledně výhodnosti jednotlivých nabídek pro zadavatele, tento dojem však z pohledu následných kroků zadavatele uskutečněných v zadávacím řízení nemohl být rozhodný, neboť ten, bez ohledu na to, co bylo po otevření obálek zveřejněno, musel nabídky hodnotit podle kritérií stanovených zadávacími podmínkami.

Žalobci je tedy třeba přisvědčit v tom ohledu, že by se z obecného pohledu zdálo logické a smyslu zveřejňování nabídkových cen (podle právní úpravy účinné od 1.1.2010) lépe odpovídající nezveřejňovat hodnotu v žádném z dílčích kritérií.

Skutečnost, že nabídkové ceny byly zveřejněny, a tím nabídky v tomto dílčím kritériu již navždy odtajněny, neznamená, že tak automaticky vzniká pochybnost v tom směru, že zadavatele k takovému kroku vedlo cokoli „nekalého“ či „záhadného“ (což by se mohlo v porušení zásady transparentnosti projevit), ani v tom směru, že by bylo důvodné pochybovat o tom, že s nabídkami nebylo po otevření obálek manipulováno, konkrétně tedy že by snad měly být hodnoty v ostatních dílčích hodnotících kritériích dodatečně měněny. Žádný konkrétní náznak takového podezření z ničeho neplyne, resp. zcela obdobně by bylo možno spekulovat v situaci, pokud by ani hodnota v dílčím hodnotícím kritériu nabídkové ceny po otevření obálek sdělována nebyla.

Tuto žalobní námitku tedy zdejší soud za důvodnou nepovažuje.

Pokud jde o argumentaci, podle níž měl zadavatel žalobce poškodit způsobem hodnocení ekonomické výhodnosti nabídky tím, že konstatoval údajné riziko na straně žalobce z důvodu výrazně nejnižší ceny spojené s potřebou dodatečných prací, ani v této části není žaloba důvodná. Spekulace v tom směru, že by z důvodu výrazně nejnižší ceny existovalo riziko spojené s potřebou dodatečných prací, logiku mít může, stejně jako nemusí. Pro právě posuzovanou věc by mělo smyslu zabývat se touto spekulací tehdy, pokud by o ni zadavatel, resp. hodnotící komise, opřel svůj závěr v rámci hodnocení nabídek, resp. pokud by se uvedená spekulace při hodnocení nabídek jakkoli projevila. Tak tomu však není.

Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek (od str. 3) plyne, jak hodnotící komise postupovala při hodnocení všech jednotlivých dílčích hodnotících kritérií. Z popisu hodnocení nabídek v kritériu nabídkové ceny je jasně uvedeno, že to byl právě žalobce, jehož nabídková cena byla nejnižší, že nejlépe je hodnocena právě tato nabídka a že této nabídce v tomto dílčím hodnotícím kritériu je přidělováno 100 bodů. Nepochybně tedy právě žalobcová nabídka byla považována v tomto ohledu za „nejúspěšnější“. Pokud komise do zprávy uvedla, že má s ohledem na nabídkovou cenu v porovnání s předpokládanou hodnotou veřejné zakázky k nejnižší nabídkové ceně „určité výhrady“, ale že se ji „rozhodla akceptovat“, nijak to neovlivnilo přidělení 100 bodů žalobcově nabídce. Pokud pak v závěru zprávy o posouzení a hodnocení nabídek je zadavateli doporučeno, aby rozhodl, že nejvhodnější nabídku předložil uchazeč RAPOS spol. s r.o., pak jde o závěr, který odpovídá tabulce celkového vyhodnocení, která je přílohou zprávy, a celkovému vyhodnocení s ohledem na dosažené body v jednotlivých dílčích hodnotících kritériích a jejich váhy. Tato skutečnost je pro konečné pořadí uchazečů (jejich nabídek) určující a vyjádření názoru komise v tom směru, že nabídka uchazeče RAPOS spol. s r.o. „...lépe vyjadřuje hodnotu ekonomických nákladů stavby a představuje pro zadavatele menší riziko výskytu dodatečných stavebních prací...“ na stanoveném pořadí uchazečů nic nemění a pořadí uchazečů (jejich nabídek) ve vztahu k předem stanovenému způsobu hodnocení nabídek fakticky ani nijak neodůvodňuje.

Pokud se tedy nadbytečné úvahy hodnotící komise o lepším vyjádření hodnoty ekonomických nákladů stavby a menším riziku výskytu dodatečných stavebních prací při samotném hodnocení nabídek neprojevíly, nelze dovozovat, že by tyto úvahy

mohly výběr nejvhodnější nabídky ovlivnit. Proto zdejší soud dovozuje nedůvodnost žaloby v této otázce.

Dále je žalobně namítán rozpor se ZVZ v nepřiměřené nabídce smluvní pokuty v případě uchazeče RAPOS, spol. s r.o. a v této souvislosti v samotném vadném stanovení dílčích hodnotících kritérií.

Pokud jde o stanovení dílčích hodnotících kritérií, pak ZVZ stanoví pouze úzký okruh omezení, která zadavatel musí respektovat; tato omezení vyplývají z § 78 odst. 4 ZVZ. Jestliže zadavatel zvolí za základní kritérium ekonomickou výhodnost nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria. Dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky. Zatímco tedy kritérium nejnižší nabídkové ceny předpokládá hodnocení a srovnávání nabídek pouze z pohledu ceny obsažené v nabídce, kritérium ekonomické výhodnosti vyžaduje stanovení více dílčích kritérií, podle nichž je tato ekonomická výhodnost posuzována, přitom volba dílčích kritérií je ponechána na zadavateli - s jedinou výjimkou: jedním z více dílčích kritérií totiž podle § 78 odst. 4 ZVZ musí vždy být i nabídková cena. ZVZ nestanoví množství dílčích kritérií, která by musel zadavatel stanovit a posléze při hodnocení nabídky zohlednit. V každém konkrétním případě musí jít vždy nejméně o dvě dílčí kritéria (přičemž jedním z nich musí být nabídková cena), maximum není stanoveno. ZVZ nepodává a ani nemůže podat vyčerpávající katalog dílčích hodnotících kritérií, které by připadaly v úvahu. Tato nemožnost vyplývá z rozmanitosti potřeb zadavatelů, jakož i z různé složitosti jednotlivých veřejných zakázek, rozdílných charakteristik jejich předmětů apod. I tato otázka je ponechána na rozhodnutí zadavatele. ZVZ totiž zadavateli umožňuje, aby volbou dílčích kritérií, ať již v § 78 odst. 4 ZVZ demonstrativně uvedených nebo jiných, reagoval na své vlastní potřeby a představy o předmětu veřejné zakázky a podmínkách její realizace. Z pohledu právě uvedených pravidel zadavatel ZVZ neporušil, neboť stanovení dílčího hodnotícího kritéria výše sankcí za nesplnění termínů tato pravidla respektuje.

Aby bylo hodnocení na základě více dílčích kritérií vůbec možným a aby bylo zpětně přezkoumatelným, musí zadavatel jednotlivým dílčím kritériím přiřadit rovněž jejich váhu. Váhou dílčího kritéria je třeba rozumět její relativní význam ve vztahu k ostatním dílčím kritériím. Váhy jednotlivých dílčích kritérií musí být vyjádřeny v procentních bodech, přičemž součet vah jednotlivých kritérií vyjádřený v procentech pak činí 100 %. Rovněž prisouzení váhy dílčím kritériím je ponecháno na zadavateli, který tímto způsobem předem a napevno určuje, kterým složkám nabídky bude přiřazovat při jejich hodnocení větší význam, a kterým naopak přiřadí význam menší. Ani v tomto ohledu stanovením dílčího hodnotícího kritéria výše sankcí za nesplnění termínů zadavatel ZVZ neporušil.

Je sice pravdou, že důsledkem nevhodné volby dílčích kritérií může být rozhodnutí zadavatele o zadání veřejné zakázky, které nebude vycházet ze zásady optimálního vynakládání veřejných prostředků, resp. získání co největší užitné hodnoty za vynaložené peněžité prostředky. Totéž může nastat v případě, kdy

zadavatel zvolí sice odpovídající dílčí kritéria, přiřadí jim však váhy, které neodpovídají jeho skutečným potřebám.

Problematickým se může jevit i stanovení takových dílčích hodnotících kritérií, která jsou buď zavádějící s ohledem na jejich matematicky sice dobře spočitatelnou hodnotu, avšak reálně nezaručitelnou, popř. takových dílčích hodnotících kritérií, která ve skutečnosti žádnými hodnotícími kritérii nejsou. Právě tímto případem problematických dílčích kritérií je nepochybně to, které zvolil zadavatel v právě posuzované věci - výše sankcí za nesplnění termínů. Jestliže zadavatel hodlal hodnotit nabídnutou výši sankcí, pak mohl postupovat buď tak, že by „maximálně přijatelnou hodnotu“ uvedl do zadávacích podmínek, anebo tak, že by ji ponechal výlučně na úvaze dodavatelů (uchazečů). Pokud by zvolil první z obou popsání postupů, pak by takové dílčí hodnotící kritérium zřejmě fakticky nebylo předmětem soutěžení uchazečů o získání veřejné zakázky, neboť lze logicky předpokládat, že všichni dodavatelé (uchazeči) by se v této hodnotě drželi zadavatelem uvedené „maximálně přijatelné hodnoty“, což by nutně muselo vést k tomu, že v tomto dílčím hodnotícím kritériu by se nesoutěžilo. Nebo by zadavatel zvolil druhý z obou postupů, což ostatně učinil v právě posuzované věci; dodavatelé (uchazeči) nebyli nikterak omezeni a po podání nabídek nastala složitá otázka, jaké hodnoty jsou „ještě přiměřené“ a jaké „už nepřiměřené“, právě s ohledem na to, jaká hodnota je z pohledu dodavatele ještě reálně zaručitelná pro případ jejího vymáhání.

To, že stanovení tohoto dílčího hodnotícího kritéria je problematické (stejně jako mohou být v praxi problematickými dílčí hodnotící kritéria například týkající se nabízených záručních dob), dokládá i způsob, jakým se s hodnotou nabídnutou uchazečem RAPOS spol. s r.o. musela vypořádat hodnotící komise (bod 8. protokolu o prvním jednání komise).

Přestože tedy zdejší soud považuje předmětné dílčí hodnotící kritérium za problematické, nenalézá v ZVZ nástroj, prostřednictvím kterého by mohl žalovaný proti takto stanovenému dílčímu kritériu zasáhnout, tj. jak by zadavatele mohl „opravit“ v jeho představách o tom, jakou nabídku má on sám považovat za nabídku nejlépe odpovídající jeho potřebám. Jestliže žalovaný takto do zvolených dílčích hodnotících kritérií nevstoupil, nelze mu to tedy podle zdejšího soudu vytýkat.

Na žalovaném však nutně musí být, aby posoudil, zda toto dílčí hodnotící kritérium je kritériem určitým (musí být zřejmé, co zadavatel bude hodnotit), jednoznačným (dílčí kritérium nesmí připouštět dvojí výklad), schopným být předmětem hodnocení za předem jasně stanovených pravidel a nediskriminačním. Předmětem posouzení ze strany žalovaného je tak otázka, zda zadavatel stanovil taková dílčí kritéria, z nichž je patrné, co se jimi jednoznačně myslí, resp. jak má nabídka vypadat, aby tomuto kritériu vyhověla a mohla být hodnocena, a v jakých ohledech a jak bude hodnocena. Nedodržení tohoto požadavku totiž může vést k nejednotnému pochopení významu a povahy takového kritéria a k podání nabídek, jež nejsou vzájemně porovnatelnými. To žalovaný učinil; souhrnně tomu odpovídá úvaha žalovaného na str. 15 ve čtvrtém odstavci prvostupňového rozhodnutí. I zdejší

soud v této otázce dospívá k závěru, že z vymezení tohoto dílčího kritéria je zřejmé, co zadavatel hodlá hodnotit, toto dílčí kritérium lze objektivně vykládat jediným způsobem, toto kritérium je způsobilé být předmětem hodnocení a toto kritérium žádného dodavatele ani skrytě neznevýhodňuje před jinými dodavateli – je shodně uplatnitelné materiálně *erga omnes*.

Přestože tedy zdejší soud považuje toto dílčí hodnotící kritérium za problematické a aplikačně nešťastné, nedospívá k závěru, že by bylo stanoveno nezákonně – tedy v rozporu se ZVZ.

Pokud jde o otázku samotné nepřiměřenosti nabídky uchazeče RAPOS spol. s r.o. v hodnotě týkající se smluvních sankcí, pak je z pohledu posouzení důvodnosti žaloby třeba vyjít z úkolů hodnotící komise, z jí předepsaného postupu a z mantinelů, které má v rámci přezkumu postupu zadavatele žalovaný.

Žalobce i žalovaný poukazují na prejudikaturu vyjadřující se k této otázce. Namísto je připomenout, že zatímco zdejší soud ve svém rozsudku ze dne 28.4.2009 ve věci sp. zn. 62 Ca 55/2008 dovozoval, že parametry zjevné nepřiměřenosti nabídky, pokud by jí mělo být v určitém dílčím hodnotícím kritériu z důvodu zjevné nepřiměřenosti přiděleno 0 bodů, by musely být obsaženy v zadávací dokumentaci, Nejvyšší správní soud tento dílčí a zřejmě příliš kategorický závěr nesdílí, neboť ve svém rozsudku ze dne 6.11.2009 ve věci sp. zn. 5 Afs 75/2009 judikoval v tom směru, že použití termínu zjevná nepřiměřenost v zadávací dokumentaci (bez obsažení parametrů takové zjevné nepřiměřenosti) nezpůsobuje její neúplnost, nejasnost a nejednoznačnost.

Pokud tedy žalobce namítá, že zadávací dokumentace neuvedla, jaká hodnota je nepřiměřená, pak tato skutečnost není porušením ZVZ.

Pokud jde o samotné posouzení nepřiměřenosti, tu je třeba odlišit mantinely a povinnosti hodnotící komise od mantinelů a povinností žalovaného.

Podle dnes již konstantní judikatury soudů nespadá do pravomoci orgánu dohledu přezkoumávat myšlenkové pochody jednotlivých hodnotitelů nabídek, ale pouze dodržení zákonného rámce postupu při zadávání veřejné zakázky (jak plyne např. z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci ze dne 17.6.1999 ve věci sp. zn. 2 A 1/99, Nejvyššího správního soudu ze dne 16.3.2004 ve věci sp. zn. 2 A 9/2002 a ze dne 6.11.2009 ve věci sp. zn. 5 Afs 75/2009, zdejšího soudu ze dne 30. 6. 2005 ve věci sp. zn. 31 Ca 69/2004). Předmětem řízení před žalovaným je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoli samotné kvality výběru. Pravomoc žalovaného končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Žalovaný však mimo jiné dbá na to, aby byla splněna jedna ze základních zásad zadávání veřejných zakázek, a to zásada transparentnosti celého procesu zadávání veřejných zakázek. V rozsudku ze dne 6.11.2009 ve věci sp. zn. 5 Afs 75/2009 přitom Nejvyšší správní soud judikoval pro věc právě posuzovanou podstatný závěr, podle něhož žalovaný „...není oprávněn při své přezkumné činnosti

vstupovat do myšlenkových pochodů jednotlivých hodnotitelů, tedy členů hodnotící komise, a tyto myšlenkové pochody jakkoliv přezkoumávat, hodnotit či dokonce nahrazovat vlastním správním uvážením, neboť ZVZ konstruuje hodnotící komisi jako kolegium odborně způsobilých osob, kterým jedině je zákonem svěřena pravomoc posoudit veškeré odborné otázky, související s procesem hodnocení nabídek. Posouzení přiměřenosti či nepřiměřenosti údajů v nabídkách mezi takové odborné otázky bezpochyby náleží...“.

Žalovaný tedy musel přezkoumat, zda k hodnocení komisí došlo zákonem stanoveným způsobem, zda k tomu došlo transparentním způsobem, tedy zda je posouzení komise přezkoumatelné po formální stránce. Tím, že by žalovaný přezkoumal hodnocení komise v tomto ohledu, nepředjímal by ani nenahrazoval výsledný názor komise. Je to právě žalovaný, kdo tu je k zajištění efektivní kontroly, zda komise k výsledku posouzení dospěla za splnění všech zákonem stanovených požadavků, tedy i za splnění požadavků transparentního, přezkoumatelného a smysluplného popisu způsobu hodnocení nabídek v odůvodnění.

Pokud bylo v bodu 19.6. zadávací dokumentace obsaženo pravidlo, podle něhož bude-li hodnotící komise považovat některou z hodnot nepřiměřenou povaze závazku, přidělí takové nabídce 0 bodů, pak hodnotící komise musela posoudit, zda některá z nabídek není v některé své části nabídkou nepřiměřenou; musela to tedy učinit i ve vztahu k tomuto konkrétnímu dílčímu hodnotícímu kritériu. Svě závěry hodnotící komise musela přezkoumatelným způsobem odůvodnit. Následně žalovaný, byť není sice oprávněn přezkoumávat vlastní úvahy hodnotící komise ohledně nepřiměřenosti hodnoty kritérií nabídky, musel přezkoumat odůvodnění závěru, k němuž hodnotící komise dospěla.

Namítá-li žalobce, že se nepřiměřeností nezabývala hodnotící komise, pak ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek vyplývá, že „...Hodnotící komise posoudila navržené sankce z hlediska přiměřenosti k rozsahu a charakteru předmětu veřejné zakázky a žádnou z nabízených hodnot neoznačila jako nepřiměřenou...“. Z protokolu o prvním jednání hodnotící komise se podává, že „...Hodnotící komise posoudila nabídkové ceny dodavatelů a konstatuje, že z hlediska nabízených sankcí je u uchazeče RAPOS Holešov nabízena sankce za nesplnění termínu dokončení ve výši 1,5 mil. Kč denně, což činí 1,6% z nabídkové ceny včetně DPH. Takováto sankce se jeví jako nepřiměřená povaze závazku, protože v běžném obchodním styku jsou nabízeny a sjednávány sankce nepřesahující 1% z nabídkové ceny. Hodnotící komise však současně konstatuje, že zadavatel v podmínkách zadávacího řízení nijak nevymezil limit pro nepřiměřenou hodnotu a ponechal na uchazečích, aby nabízeli libovolné hodnoty smluvních pokut. Protože tomuto kritériu zadavatel přiřadil poměrně vysoký stupeň významu, „nutil“ uchazeče nabízet co nejvyšší hodnoty. Proto komise žádnou z nabízených hodnot neoznačila jako nepřiměřenou a hodnotila je v takové výši, v jaké byly nabízeny...“. Z toho tedy plyne, že se hodnotící komise otázkou přiměřenosti zabývala. Hodnotící komise se z důvodů shora uvedených, souvisejících s nevhodnou, avšak nikoli nezákonnou volbou tohoto dílčího hodnotícího kritéria, dostala do obtížně řešitelné situace, jež je textem obsaženým v obou právě zmiňovaných dokumentech

dobře zachycována. Z uvedeného textu vyplývá zdejšímu soudu závěr, že hodnotící komise „raději“ ponechala v zadávacím řízení, a tedy fakticky v soutěži o získání veřejné zakázky, všechny uchazeče.

K samotnému přezkumu odůvodnění závěru, k němuž hodnotící komise dospěla, žalovaný přistoupil až v nyní napadeném (druhostupňovém) rozhodnutí, a sice povšechným konstatováním v předposlední větě bodu 24. Prvostupňové rozhodnutí se přezkumu odůvodnění závěrů hodnotící komise nevěnovalo; žalovaný obsáhleji zdůvodňoval, proč nemůže zasahovat do úvah hodnotící komise, a doplnil, že skutečnost, že žádné nabídky nebylo přiřazeno 0 bodů, znamená, že ani nevymezení kritéria nepřiměřenosti v zadávacích podmínkách nemohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Tato úvaha sama o sobě podle zdejšího soudu správná není, neboť stejně jako by mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky postup, kdy by některé nabídky bylo v tomto dílčím hodnotícím kritériu přiřazeno 0 bodů, ač nemělo, mohl by mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky postup, kdy by některé nabídky v tomto dílčím hodnotícím kritériu přiřazeno 0 bodů nebylo, ač mělo. Samotnou skutečností, že tedy nikomu nebylo 0 bodů přiděleno, rezignaci na další přezkum ze strany žalovaného odůvodňovat nelze.

Z napadeného rozhodnutí, v němž byly úvahy týkající se této otázky zčásti doplněny (bod 24.), je patrné, že podle žalovaného se zdůvodnění hodnotící komise jeví jako správné a z tohoto důvodu není spatřována v tomto ohledu nezákonnost postupu zadavatele. Jde sice o zdůvodnění povšechné, které by jistě nemuselo obstát obecně ve všech případech, ovšem takto lapidárně vyjádřený závěr žalovaného by podle zdejšího soudu nemohl být jiný ani v případě, že by se úvahami hodnotící komise zachycenými ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek a v protokolu o prvním jednání hodnotící komise žalovaný zabýval analyticky a pokud by tedy odůvodnění napadeného rozhodnutí v této otázce působilo propracovaněji.

Je totiž pravdou, že rizika soukromoprávního nevyhození sankcí, jak byly uchazečem RAPOS spol. s r.o. nabídnuty, jsou značná. Zdejšímu soudu je kupř. znám závěr Nejvyššího soudu ve věci sp. zn. 23 Cdo 4038/2007 (rozsudek ze dne 27.11.2009), podle něhož je-li smluvní pokuta nepřiměřeně vysoká, není již věcí úvahy soudu, zda moderačního oprávnění využije, ale soud tohoto oprávnění využít musí, a tedy smluvní pokutu sníží, a to i bez návrhu dlužníka, na druhou stranu má však v úvaze soudu (rozhodujícího v případném soukromoprávním sporu, pokud by takový spor vznikl) o tom, zda smluvní pokuta byla sjednána v nepřiměřené výši, význam též posouzení důvodů, které ke sjednání příslušné výše smluvní pokuty vedly, a okolností, které toto sjednání provázely (podle závěru Nejvyššího soudu ve věci sp. zn. 31 Cdo 2707/2007, rozsudek ze dne 14.10.2009). Tu by zřejmě mohlo být podle návodu, jaký podal Nejvyšší soud, místa zohlednit též skutečnost, že to byl právě uchazeč RAPOS spol. s r.o., který takto vysokou smluvní pokutu nabídl, a sice právě proto, aby hodnocení jeho nabídky bylo pro něj příznivější. Posouzení nepřiměřenosti smluvní pokuty se tedy nemusí ani přes její absolutní výši jevit zcela jednoznačně – a tedy jako „jasně nepřiměřená“ nemusela být její výše ani pro hodnotící komisi.

Podstatné však je, že právě uvedené riziko je rizikem pro zadavatele až pro případ nedodržení smluvených termínů v rámci realizace zakázky, které se nikterak nepromítlo do totožné možnosti všech dodavatelů (uchazečů) takto, byť problematické, podmínky plnění nabídnout. Nadto uváží-li zdejší soud skutečnosti již shora zmiňované (tedy že je na zadavateli, kterak dílčí hodnotící kritéria stanoví, respektuje-li shora uvedená omezení vyplývající z § 78 ZVZ, že stanovení tohoto dílčího hodnotícího kritéria nebylo vhodné, avšak nelze dovodit, že by nebylo zákonné, a že přezkum závěrů hodnotící komise je značně limitován), pak dospívá k závěru, že odůvodnění řešení, které hodnotící komise zvolila, je ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek a z protokolu o prvním jednání hodnotící komise dobře patrné, přitom jde o řešení, které především z pohledu dodržení zásad, na nichž musí být zadávací řízení vždy vystavěna, je řešením nejméně nesprávným a nejméně škodlivým, a v daném kontextu se nejedná o řešení nezákonné. Podle zdejšího soudu nelze dovozovat, že by hodnotící komise způsobem, kterým se k uvedené otázce vyjádřila, atakovala některou ze zásad uvedených v § 6 ZVZ. Aplikace ZVZ přitom musí dosahovat cíle, k němuž právě zásady uvedené v § 6 ZVZ směřují, jímž je vytvoření a dodržení podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly uzavírány při zajištění dostatečné a skutečné hospodářské soutěže a dostatečně efektivního konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Závěr, k němuž hodnotící komise dospěla, tento cíl respektuje.

Z právě uvedených důvodů není žaloba důvodná ani v této její části.

V. Závěr

Zdejší soud tedy dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí je především rozhodnutím přezkoumatelným.

Dále dospěl soud v mezích uplatněných žalobních bodů k závěru, že žalovaný aplikoval správný právní předpis a v jeho rámci správnou právní normu, přitom se nedopustil ani žádného závažného interpretačního pochybní, které by mohlo mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí.

Navíc soud neshledal žádnou vadu, k níž by musel přihlédnout i nad rámec uplatněných žalobních bodů.

Z těchto důvodů soud neshledal žalobu důvodnou, a proto ji podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

VI. Náklady řízení

Pokud jde o náklady řízení, o nich zdejší soud rozhodl podle § 60 odst. 1 a 7 s.ř.s. Žalobce úspěšným nebyl, právo na náhradu nákladů řízení by náleželo žalovanému, zdejší soud však nezjistil, že by žalovanému vznikly v řízení náklady převyšující jeho jinak běžné úřední činnosti, a proto rozhodl tak, že žalovanému, ve věci úspěšnému, se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Osoba zúčastněná na řízení nemá na náhradu nákladů řízení právo, neboť jí soud neuložil žádnou povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí náklady mohly vzniknout (§ 60 odst. 5 s.ř.s.).

P o u ě n í : Proti tomuto rozhodnutí je přípustná kasační stížnost za podmínek § 102 a násl. s.ř.s., kterou lze podat do dvou týdnů po jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu prostřednictvím Krajského soudu v Brně. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s.ř.s.).

V Brně dne 19.7.2011

JUDr. David Raus, Ph.D., v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Lucie Gazdová