



UOHSX004GPHU

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S193/2012/VZ-18769/2012/512/JOn

V Brně dne 5. října 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 11. 4. 2012, jehož účastníkem je

- zadavatel – obec Křelov – Břuchotín, IČ 63028255, Marie Majerové 45/25, 783 36 Křelov – Břuchotín, zastoupená Jiřím Spurným, starostou,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona zadavatelem ve veřejné zakázce „Moravská stezka na území ORP Olomouc, k. ú. Křelov – Břuchotín“ zadávané formou zjednodušeného podlimitního řízení výzvou ze dne 14. 4. 2011 odeslanou pěti zájemcům, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 18. 4. 2011, pod. ev. č. 6005880702001,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – obec Křelov – Břuchotín, IČ 63028255, Marie Majerové 45/25, 783 36 Křelov – Břuchotín – se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Moravská stezka na území ORP Olomouc, k. ú. Křelov – Břuchotín“ nedodržel postup stanovený v

1. ustanovení § 44 odst. 3 písm. h) citovaného zákona v návaznosti na § 78 odst. 4 citovaného zákona a § 6 citovaného zákona, když stanovil způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií „výše smluvní pokuty“ a „délka poskytnuté záruky v měsících“ tak, že za nabídnuté hodnoty, které budou o 100 % a více % vyšší, než je střed hodnoty kritéria vypočítaný jako průměr všech hodnot z nabídek, obdrží posuzovaná nabídka nulové bodové hodnocení, a způsobil tím, že tato dílčí hodnotící kritéria nevyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny,

příčemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu,

2. ustanovení § 60 odst. 1 citovaného zákona, když nevyločil z účasti v zadávacím řízení vybraného uchazeče – PB SCHOM s.r.o., IČ 25397087, Boženy Němcové 685, 753 01 Hranice, a NAPKO spol. s r.o., IČ 47668407, Jilemnického 29/46, 772 00 Olomouc (dále jen „vybraný uchazeč“) – jenž nesplnil v požadovaném rozsahu kvalifikaci, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodě I. se zadavateli – obec Křelov – Břuchotín, IČ 63028255, Marie Majerové 45/25, 783 36 Křelov – Břuchotín – podle § 120 odst. 2 písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách ukládá

pokuta ve výši 100.000 Kč (sto tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel dne 6. 2. 2012 podnět k zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – obec Křelov – Břuchotín, IČ 63028255, Marie Majerové 45/25, 783 36 Křelov – Břuchotín, zastoupená Jiřím Spurným, starostou (dále jen „zadavatel“) – v zadávacím řízení veřejné zakázky „Moravská stezka na území ORP Olomouc, k. ú. Křelov – Břuchotín“ zadávané formou zjednodušeného podlimitního řízení výzvou ze dne 14. 4. 2011 odeslanou pěti zájemcům (dále jen „veřejná zakázka“). Podnět byl Úřadem vedený pod sp. zn. ÚOHS-P158/2012/VZ. Stěžovatel v podnětu uvádí, že zadavatel při vymezení zjevně nepřiměřené hodnoty u dílčích hodnotících kritérií „smluvní pokuta“ a „záruční doba“ nepostupoval v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž stěžovatel odkazoval na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ČR č. j. 5 Asf 75/2009. Stěžovatel rovněž poukázal na pochybení zadavatele, resp. hodnotící komise, při hodnocení nabídek, když vybraný uchazeč – PB SCOM s.r.o., IČ 25397087, Boženy Němcové 685, 753 01 Hranice, za niž jedná Jiří Pavlištík, jednatel, a NAPKO spol. s r.o., IČ 47668407, Jilemnického 29/46, 772 00 Olomouc – Nedvězí, za niž jedná Ing. Miroslav Kořenek, jednatel, které podaly společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 26. 4. 2011 (dále jen „vybraný uchazeč“) – ve své nabídce neprokázal splnění ekonomického kvalifikačního předpokladu – minimální požadavek na rentabilitu ve výši 20 % – což mělo vést k jeho vyloučení ze zadávacího řízení.
2. Na základě shora popsání podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci o veřejné zakázce a stanovisko. Ve stanovisku ze dne 9. 2. 2012 zadavatel uvedl, že v zadávací dokumentaci byl jasně stanovený způsob určení nepřiměřenosti hodnoty u dílčích hodnotících kritérií „smluvní pokuta“ a „záruční doba“. Obdržené nabídky byly hodnotící komisí posuzovány v souladu s podmínkami stanovenými v zadávacím řízení, kdy se za nepřiměřenou hodnotu považovala taková, která překročila dvojnásobek aritmetického

průměru nabídnutých hodnot. Podle zadavatele tento způsob umožňuje dostatečný prostor pro reálné hodnoty pokut a záruk, avšak zabraňuje spekulativním snahám uchazeče deformovat extrémní hodnotu jednoho či více kritérií hodnocení nabídek a dosáhnout tak výhodnějšího umístění v pořadí uchazečů, s nabídkou, která pro zadavatele není v konečném důsledku nabídkou ekonomicky nejvýhodnější. Zadavatel ve svém stanovisku dále uvádí, že vybraný uchazeč v nabídce předložil formulář s uvedením výpočtu ukazatelů ekonomické analýzy, ve kterém byly rovněž obsaženy výpočtové vzorce pro kalkulaci těchto ukazatelů, odpovědnost za správné vyplnění formuláře byla na straně vybraného uchazeče, který doložil čestné prohlášení, že veškeré údaje jsou pravdivé. Hodnotící komise neprováděla přepočty uvedených údajů, jejich správnost ani nekontrolovala, neboť se tato obecně řídila zásadou, že nepřepočítává výpočty provedené uchazečem. Zadavatel dále uvádí, že se jedná o právní problém, nejde o úmyslné pochybení hodnotící komise, nicméně vybraný uchazeč skutečně vyplnil údaj „rentabilita vlastního kapitálu“ chybně a pokud by uvedl správnou hodnotu, nesplnil by podmínku rentability do 20 %, což by mělo vést k jeho vyloučení, to se však nestalo. Nad rámec shora uvedeného zadavatel doplnil, že pokud by byl vybraný uchazeč ze zadávacího řízení vyloučen, v soutěži by zvítězil uchazeč, jehož nabídková cena je o 346.072 Kč vyšší, než nabídková cena vybraného uchazeče. Zadavatel se tedy domnívá, že došlo k ušetření veřejných prostředků a škoda způsobena nebyla. Závěrem zadavatel upřesnil, že se vybraný uchazeč při vyplňování formuláře pouze dopustil administrativní chyby.

3. Po přezkoumání předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel při vymezení zjevně nepřiměřené hodnoty u dílčích hodnotících kritérií „smluvní pokuta“ a „záruční doba“ postupoval v souladu se zákonem. Úřad rovněž získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když vybraného uchazeče nevyločil z účasti v zadávacím řízení. V důsledku shora uvedeného Úřad zahájil z moci úřední správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

I. Správní řízení

4. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
5. Zahájení správního řízení Úřad oznámil přípisem č. j. S193/2012/VZ-6365/2012/520/JOn ze dne 10. 4. 2012, který byl zadavateli, jako jedinému účastníku řízení, doručen dne 11. 4. 2012, a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení.
6. Usnesením č. j. ÚOHS-S193/2012/VZ-6396/2012/520/JOn ze dne 10. 4. 2012 Úřad stanovil zadavateli lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné úkony, jakož i oprávněn vyjádřit své stanovisko. Zadavateli byla rovněž stanovena lhůta, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
7. Dne 13. 4. 2012 Úřad opětovně obdržel stanovisko zadavatele ze dne 9. 2. 2012, jež bylo shora popsáno v odst. 2 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Zadavatel neuvedl žádné nové skutečnosti.
8. Z předložené dokumentace Úřad zjistil následující skutečnosti, které jsou podkladem pro rozhodnutí.

9. Předmětem veřejné zakázky jsou stavební práce podle projektové dokumentace projektu Moravská stezka na území ORP Olomouc, k. ú. Křelov – Břuchotín. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena ve výši 11.300.000 Kč bez DPH.
10. V článku 6 písm. a) zadávací dokumentace byla vymezena dílčí hodnotící kritéria ekonomické výhodnosti nabídek, přičemž dílčí hodnotící kritérium „výše smluvní pokuty“ se dále člení na „podkritéria“. Vliv výše hodnoty jednotlivých dílčích hodnotících kritérií na posouzení celkové ekonomické výhodnosti dané nabídky, zadavatel určil v zadávací dokumentaci následujícím způsobem.
- | | |
|---|------|
| ○ Celková nabídková cena včetně DPH | 60 % |
| ○ Výše smluvní pokuty | 30 % |
| Sankce za nesplnění termínu dokončení – 60 % | |
| Sankce za nedodržení sjednaného termínu odstranění vad z přejímacího řízení – 20% | |
| Sankce za nedodržení sjednaného termínu odstranění reklamovaných vad – 20 % | |
| ○ Délka poskytnuté záruky v měsících | 10 % |
11. Článek 6 písm. b) zadávací dokumentace blíže definoval postup pro hodnocení nabídek následujícím způsobem. Hodnotící komise použije bodovací stupnici v rozsahu 0 až 100. Přičemž hodnotící kritérium, u něhož je nejvýhodnější minimální hodnota (celková nabídková cena včetně DPH) se bude hodnotit tak, že nejnižší hodnotě je přiřazeno 100 bodů. Ostatní nabídky získají bodovou hodnotu, která vznikne násobkem 100 a poměru hodnoty nejvýhodnější nabídky k hodnotě hodnocené nabídky. Dílčí hodnotící kritérium, u kterého je nejvýhodnější maximální hodnota (výše sankcí za nesplnění jednotlivých termínů a výše bankovní záruky za řádné provedení díla) se bude hodnotit tak, že nejvyšší hodnotě je přiřazeno 100 bodů. Ostatní hodnocené nabídky získají bodovou hodnotu, která vznikne násobkem 100 a poměru hodnoty hodnocené nabídky k hodnotě nejvýhodnější nabídky. Hodnocení nabídek provede komise podle stanovených kritérií způsobem uvedeným výše s následným přenásobením bodového hodnocení váhou počítaného kritéria. Po přenásobení budou bodová hodnocení za dílčí kritéria sečtena. Uchazeč, který získá nejvyšší počet takto vypočtených bodů, bude hodnocen jako nejvhodnější (první). Podle počtu dosažených bodů bude stanoveno pořadí každého nevyločeného uchazeče.
12. Ve shora citovaném článku zadávací dokumentace zadavatel dále konstatoval, že pokud hodnotící komise bude považovat hodnotu dílčího kritéria, mimo dílčího hodnotícího kritéria „celková nabídková cena včetně DPH“, za zjevně nepřiměřenou, shora uvedený postup se nepoužije a nabídce v rámci tohoto kritéria přiřadí 0 bodů. Za zjevně nepřiměřenou hodnotu bude komise považovat takovou hodnotu, která bude o 100 % a více vyšší, než je střed hodnoty kritéria vypočítaný jako průměr všech hodnot z nabídek (vliv konkurenčního prostředí na výši hodnoty). V případě mimořádně nízké nabídkové ceny se bude postupovat podle § 77 zákona.
13. Článek 7 zadávací dokumentace následně stanovil ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady. Podle písm. c) označeného článku zadávací dokumentace uchazeč prokáže ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady, mimo jiné, předložením kopie účetní uzávěrky v plném nebo zjednodušeném rozsahu včetně zprávy auditora, je-li zákonem uložena, sestavenou k poslednímu dni předcházejícího účetního období. V předložené účetní

uzávěrce nesmí být vykázán záporný hospodářský výsledek a musí být splněny níže uvedené hodnoty ukazatelů, vypočtených za poslední účetní období

- Celková likvidita s limitem pro splnění kvalifikace min. 1,0
- Celková zadluženost s limitem pro splnění kvalifikace max. 70 %
- Rentabilita vlastního kapitálu min. 20 %

14. Zadavatel obdržel třináct nabídek. Z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 5. 5. 2012 vyplývá, že hodnotící komise posoudila nabídky uchazečů z hlediska splnění kvalifikace dodavatelů v rozsahu uvedeném v zadávacích podmínkách a bylo konstatováno, že všech třináct uchazečů prokázalo splnění požadované kvalifikace.
15. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 5. 2011 vyplývá, že při hodnocení nabídek z hlediska dílčího hodnotícího kritéria „výše sankce za nesplnění termínu dokončení díla“ hodnotící komise přidělila z důvodu zjevně nepřiměřené hodnoty nabídce uchazeče – Ptáček – pozemní stavby s.r.o. – 0 bodů. Při hodnocení nabídek z hlediska dílčího hodnotícího kritéria „výše sankce za nedodržení sjednaného termínu odstranění vad z přejímacího řízení“ byla taktéž z důvodu zjevné nepřiměřenosti přidělena hodnota 0 bodů nabídkám těchto čtyř uchazečů:
 - Ptáček – pozemní stavby s.r.o.
 - Sdružení dodavatelů Strabag a.s. a Bohemia Bitunova s.r.o.
 - Kareta s.r.o.
 - VHH THERMONT s.r.o.
16. Nabídkám výše uvedených uchazečů byla přidělena hodnota 0 bodů rovněž v rámci hodnocení nabídek z hlediska dílčího hodnotícího kritéria „výše sankce za nedodržení sjednaného termínu odstranění reklamovaných vad“.
17. V závěru zprávy o posouzení a hodnocení nabídek je uvedeno, že ekonomicky nejvýhodnější nabídkou, jež při hodnocení nabídek získala v souhrnu nejvyšší počet bodů, je nabídka vybraného uchazeče.

II. Závěry úřadu

18. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření účastníka řízení, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když stanovil způsob hodnocení nabídek podle dílčích hodnotících kritérií „výše smluvní pokuty“ (jež se dále člení na dílčí hodnotící kritérium „výše sankce za nesplnění termínu dokončení“, dílčí hodnotící kritérium „výše sankce za nedodržení sjednaného termínu odstranění vad z přejímacího řízení“ a dílčí hodnotící kritérium „výše sankce za nedodržení sjednaného termínu odstranění reklamovaných vad“) a „délka poskytnuté záruky v měsících“ tak, že za nabídnuté hodnoty, které budou o 100 % a více % vyšší, než je střed hodnoty posuzovaného kritéria vypočítaný jako průměr všech příslušných hodnot z nabídek, obdrží daná nabídka nulové hodnocení. Zadavatel rovněž nepostupoval v souladu se zákonem, když ze zadávacího řízení nevyločil vybraného uchazeče, ačkoliv tento nesplnil v požadovaném rozsahu kvalifikaci, a uzavřel s ním smlouvu.

III. Relevantní ustanovení zákona

19. Podle § 44 odst. 3 písm. h) zákona musí zadávací dokumentace obsahovat alespoň způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií.
20. Ustanovení § 78 odst. 4 uvádí, že pokud se zadavatel rozhodne pro zadávání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria tak, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny. Dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky. Mohou jimi být zejména nabídková cena, kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, vliv na zaměstnanost osob se zdravotním postižením, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení.
21. Na základě ustanovení § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
22. Podle § 60 odst. 1 zákona musí být dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58 zákona, veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.

IV. Ke stanovení způsobu hodnocení nabídek a k jejich hodnocení, resp. k institutu „zjevné nepřiměřenosti“

23. Problematikou možnosti použití institutu „zjevné nepřiměřenosti“ hodnot jiných hodnotících kritérií, než je cena, se zabýval Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 62 Ca 55/2008-63 ze dne 28. 4. 2009, ve kterém konstatoval, že zadavatel zvoleným postupem, kdy tento blíže nespécifikoval pojem „zjevná nepřiměřenost“ hodnoty jiného hodnotícího kritéria, než je cena, porušil zákon, neboť tak zapříčinil, že zadávací podmínky nebyly v tomto směru dostatečně jasné a v důsledku toho i rozhodnutí zadavatele bylo fakticky zpětně nekontrolovatelné. Krajský soud k pojmu „zjevná nepřiměřenost“ přistupoval jako k pojmu, který je sám o sobě neurčitý, který, má-li být zahrnut do zadávací dokumentace, musí být v rámci zachování její jednoznačnosti, přesnosti a srozumitelnosti, dále definován.
24. Závěry Krajského soudu v Brně, vyslovené ve výše uvedeném rozsudku, byly však moderovány rozsudkem Nejvyššího správního soudu v Brně sp. zn. 5 Afs 75/2009 ze dne 6. 11. 2009. Nejvyšší správní soud se neztotožňuje s názorem krajského soudu, že použití termínu zjevná nepřiměřenost v zadávací dokumentaci způsobuje neúplnost, nejasnost a nejednoznačnost. Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku uvádí, že pojem „zjevné nepřiměřenosti“ není stavěn na abstraktních základech, naopak, je definován odkazem na zakázku, která má být zadána, ve vztahu k příslušnému plnění. Podle Nejvyššího správního soudu tento pojem vykazuje znaky neurčitého právního pojmu, avšak s ohledem na zvláštnosti předmětu zakázky, je tento pojem předvídatelný. Zjevnou nepřiměřenost hodnoty dílčího kritéria je nutné posuzovat ve vztahu k reálnosti dané hodnoty. V souvislosti s jejím zjištěním je možné přihlédnout k údajům uvedeným v nabídkách ostatních uchazečů, které zejména v případě jejich většího počtu dokumentují reálnou situaci. Nejvyšší správní soud nepovažuje mechanismus vylučování nabídek, jejichž hodnoty kritérií se ukáží jako zjevně nepřiměřené, za diskriminační, neboť je objektivní. Avšak zároveň upozorňuje, že nebezpečí nepřímé diskriminace může představovat postup vylučování uchazečů bez

kontradiktorního ověření, tj. možnosti prokázat, že tyto nabídky jsou hodnověrné a vážné. Může tak dojít k diskriminaci dodavatelů, kteří na základě odlišných struktur nákladů nebo technologií mohou využívat značné úspory nebo chtějí snížit své zisky, aby mohli účinněji proniknout na dotčený trh, jsou tedy schopni učinit konkurenceschopnou a zároveň vážnou a hodnověrnou nabídku, kterou by však hodnotící komise nezohlednila.

25. Smysl možnosti vyloučit zjevně nepřiměřenou nabídku spatřuje Nejvyšší správní soud v ochraně zadavatele před situací, kdy uchazeč ve své nabídce uvede údaje, jejichž dodržení není reálné, což by během realizace předmětu plnění veřejné zakázky vedlo ke změně těchto údajů hodnocených v rámci dílčích hodnotících kritérií, a to v rozporu s původně stanovenými podmínkami jejího zadání. Jedná se zejména o stanovení zjevně nepřiměřených nákladů, dodací lhůty nebo lhůty pro dokončení, jejichž dodržení není v praxi uskutečnitelné. Nelze dodržet např. ani technologické lhůty, a je to odborně prokazatelné. **Nemělo by se tak jednat o zjevně nepřiměřenou dobu záručního servisu či smluvní pokuty.** Tato kritéria, resp. jejich hodnoty, jdou k tíži uchazeče (zvyšují mu náklady), avšak jejich zjevně nepřiměřená hodnota by ve většině případů realizaci předmětu plnění neměla nijak ohrozit, naopak vyšší hodnoty jsou pro zadavatele přínosem navíc. Posouzení těchto kritérií jako zjevně nepřiměřených, se jeví jako účelové a jde proti smyslu použití daného omezení.
26. Vzhledem k zásadě transparentnosti, nediskriminace a rovného zacházení považuje ve většině případů Nejvyšší správní soud za vhodné, ne-li nutné, použít kontradiktorní ověření zdůvodnění zjevně nepřiměřené hodnoty hodnotící komisí. Nejvyšší správní soud však současně připouští, že je možné vyloučit určité nabídky z důvodu zjevné nepřiměřenosti bez kontradiktorního ověření, avšak takový postup lze objektivně zvolit, pokud zadavatel obdrží vysoký počet nabídek a kontradiktorní ověření by nebylo možné kvůli nedostačující správní kapacitě zadavatele nebo by toto ověření mohlo zapříčinit zpoždění, jež by ohrozilo uskutečnění samotného projektu.
27. Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku několikrát zdůraznil, že hodnotící komise musí v každém případě své rozhodnutí o přidělení nulového počtu bodů za zjevně nepřiměřené kritérium nabídky přezkoumatelným způsobem odůvodnit, aby se mohl uchazeč, kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, řádně bránit proti posouzení nabídky hodnotící komisí podáním námitek dotčeným uchazečem.
28. Úřad k výše uvedenému uvádí, že zadavatel, s odkazem na shora popsanou judikaturu Nejvyššího soudu, použil institut zjevné nepřiměřenosti v rozporu s jeho primárním smyslem, který byl již uveden v článku 24 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Zadavatel dotčený institut aplikoval v souvislosti s dílčím hodnotícím kritériem „výše smluvní pokuty“, jež se dále člení na dílčí hodnotící kritérium „sankce za nesplnění termínu dokončení“, „sankce za nedodržení sjednaného termínu odstranění vad z přijímacího řízení“ a „sankce za nedodržení sjednaného termínu odstranění reklamovaných vad“, jakož i v souvislosti s dílčím hodnotícím kritériem „délka poskytnuté záruky v měsících“, což Nejvyšší správní soud, jak bylo výše uvedeno, označil za účelové a v rozporu se smyslem těchto kritérií.
29. V šetřeném případě zadavatel způsob hodnocení nabídek, již uvedený v odstavci 11 odůvodnění tohoto rozhodnutí, definoval v článku 6 zadávací dokumentace, přičemž jeho součástí bylo i vymezení institutu zjevné nepřiměřenosti, resp. podmínek, jejichž naplnění

opravňuje hodnotící komisi tento institut využít a udělit dané nabídce, v rámci hodnocení daného kritéria, nulový počet bodů. Zadavatel určil, že o zjevnou nepřiměřenost půjde, pokud hodnota dílčího hodnotícího kritéria, mimo nabídkové ceny, bude o 100 % a více % vyšší, než je střed hodnoty daného kritéria vypočítaný jako průměr všech hodnot z nabídek. Jinými slovy v rámci hodnocení dílčího hodnotícího kritéria hodnotící komise vypočítá aritmetický průměr z relevantních hodnot všech obdržených nabídek a té z nabídek, která v rámci posuzovaného hodnotícího kritéria uvádí hodnotu, jež minimálně o 100 % převyší aritmetický průměr, přiřadí nulový počet bodů.

30. Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel předem určil, že institut zjevné nepřiměřenosti se paušálně uplatní na všechny hodnoty přesahující určitý limit, jehož výše však dodavatelům při tvorbě nabídek nebyla známa, neboť tato měla být zadavatelem vypočtena až následně z hodnot uvedených v nabídkách, které zadavatel od dodavatelů obdrží.
31. Zákon stanoví, že zadávací dokumentace musí, mimo jiné, obsahovat způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií. V šetřeném případě zadavatel tomuto zákonnému požadavku sice formálně vyhověl, tedy popsal způsob, jakým bude jednotlivé nabídky hodnotit, nicméně učinil tak způsobem, jenž dodavatelům neposkytuje jasný návod, jak koncipovat hodnoty jednotlivých dílčích hodnotících kritérií, aby mohli se svými nabídkami soutěžit. Vychází-li Úřad z předpokladu, že pro dodavatele, který se rozhodne účastnit zadávacího řízení, je zadávací dokumentace klíčovým podkladem pro tvorbu nabídky, musí konstatovat, že přestože tito dopředu věděli, že se nesmí příliš odchylovat od průměru, jinak jejich nabídka neobdrží v dané kategorii žádné body, zároveň při tvorbě své nabídky neznali a ani nemohli znát hodnotu tohoto průměru. Způsob, kterým zadavatel vydefinoval zjevně nepřiměřené hodnoty u dílčích hodnotících kritérií „výše smluvní pokuty“ a „délka poskytnuté záruky v měsících“ byl způsobilý zapříčinit, že dodavatelé z obavy o to, aby neobdrželi při hodnocení nulový počet bodů, upustili od soutěže a ve svých nabídkách uvedli hodnoty, které se co nejvíce blíží hodnotám běžně uváděným jinými dodavateli v komerčním prostředí, přestože by bylo v jejich silách nabídnout pro zadavatele mnohem výhodnější zajišťovací instituty řádného plnění předmětu veřejné zakázky ze strany dodavatele v podobě smluvní pokuty a záruční doby. Postup zadavatele při vymezení zjevně nepřiměřených hodnot dílčích hodnotících kritérií tedy mohl zapříčinit jednak deformaci soutěže a rovněž mohl zapříčinit, že se zadavatel sám dopředu připravil o výhodnější smluvní podmínky. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 5. 2011 vyplývá, že čtyři dodavatelé se přesto rozhodli soutěžit a nabídli u dotčených hodnotících kritérií vysoké hodnoty, za což je však zadavatel „ohodnotil“ nulou bodů.
32. Zadavatel ve svém stanovisku ze dne 9. 2. 2012 obhajuje zvolený postup využití institutu zjevné nepřiměřenosti tak, že jde o způsob, který umožňuje dostatečný prostor pro reálné hodnoty pokut a záruk, avšak zabraňuje spekulativním snahám uchazeče deformovat extrémní hodnotou jednoho či více kritérií hodnocení nabídek a dosáhnout tak výhodnějšího umístění v pořadí uchazečů, s nabídkou, která pro zadavatele není v konečném důsledku nabídkou ekonomicky nejvýhodnější.
33. V reakci na výše uvedené stanovisko zadavatele Úřad uvádí, že zadavatel, s odkazem na shora popsanou judikaturu Nejvyššího soudu, použil institut zjevné nepřiměřenosti v rozporu s jeho primárním smyslem, což Nejvyšší správní soud, jak bylo výše uvedeno, označil za účelové a v rozporu se smyslem kritérií, jež byla takto posuzována.

34. Dílčí hodnotící kritérium „výše smluvní pokuty“ představuje zajišťovací institut, jehož účelem je kompenzovat zadavateli případnou vzniklou škodu způsobenou vadným plněním ze strany vybraného uchazeče. Z logiky věci tedy vyplývá, že je v zájmu zadavatele usilovat o to, aby se jeho smluvním partnerem stal právě ten uchazeč, který nabídne předmětný zajišťovací institut nejvyšší měrou. Úřad rovněž uvádí, že výše smluvní pokuty nemá vliv na samotné plnění předmětu veřejné zakázky. I kdyby uchazeč nabídl smluvní pokutu ve výši přesahující jeho reálné možnosti, není tím primárně ohrožena řádná realizace samotného předmětu plnění, neboť otázka smluvní pokuty je relevantní teprve v okamžiku, kdy k řádnému plnění nedojde.
35. Rovněž institut záruční doby není primárně spojen s řádným plněním předmětu veřejné zakázky, jeho význam nastupuje sekundárně, tedy až v okamžiku, kdy plnění vybraného uchazeče vykazuje určité vady, z čehož plyne, že ani nereálně vysoká délka záruční doby není způsobitelná ovlivnit řádné plnění samotného předmětu veřejné zakázky.
36. Úřad dospěl k závěru, že zadavatelem zvolený postup zapříčinil, že zadávací dokumentace obsahovala netransparentní a neurčitý způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií. Zadavatel navíc stanovil dílčí hodnotící kritéria chybně, kdy tato, s ohledem na stanovený způsob hodnocení, nevyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny.
37. Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel porušil ustanovení § 44 odst. 3 písm. h) zákona v návaznosti na § 78 odst. 4 zákona a § 6 zákona, což mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

V. K nesplnění kvalifikace vybraným uchazečem

38. Zákon stanovuje zadavateli podmínku vyloučit z účasti na zadávacím řízení dodavatele, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v ustanovení § 58 zákona.
39. Ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady zadavatel vymezil v článku 7 zadávací dokumentace, jak již bylo uvedeno výše v odstavci 13 odůvodnění tohoto rozhodnutí.
40. Přílohu zadávací dokumentace tvořil formulář pro prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů – výkaz koeficientů finanční analýzy – který měl následující podobu:

KOEFICIENTY FINANČNÍ ANALÝZY		
	výpočet	hodnota
Celková likvidita	ř. 31 R – oběžná aktiva	
	ř. 39 R – dlouhodobé pohledávky	
	ř. 102 R – krátkodobé závazky	
	ř. 116 R – krátkodobé bankovní úvěry	
	ř. 117 R – krátkodobé finanční výpomoci	
Výpočtový vzorec	$(\text{ř. 31 R} - \text{ř. 39 R}) / (\text{ř. 102 R} + \text{ř. 116 R} + \text{ř. 117 R})$	
Rentabilita vlastního kapitálu	ř. 61 VZZ – Výsl. hospodaření před zdaněním	
	ř. 68 R – vlastní kapitál	
Výpočtový vzorec	$(\text{ř. 61 VZZ} / \text{ř. 68 R}) \times 100$	

Celková zadluženost	ř. 85 R – cizí zdroje	
	ř. 118 R – časové rozlišení pasivní	
	ř. 67 R – celková pasiva	
Výpočtový vzorec	$((\text{ř. 85 R} + \text{ř. 118}) / \text{ř. 67 R}) \times 100$	

41. Součástí nabídky vybraného uchazeče byl vyplněný shora uvedený formulář, kdy u ekonomického kvalifikačního předpokladu „rentabilita vlastního kapitálu nejméně 20 %“ vybraný uchazeč uvedl hodnotu ve výši 57,42. Z výpočtového vzorce, jenž byl v dotčeném formuláři rovněž uvedený, vyplývá, že rentabilitu vlastního kapitálu uchazeč vypočetl, když vynásobil hodnotu výsledku hospodaření před zdaněním hodnotou vlastního kapitálu a výsledek poté vynásobil stem.
42. Z výkazu zisku a ztráty ke dni 31. 12. 2010, který byl rovněž součástí nabídky vybraného uchazeče, vyplývá, že výsledek hospodaření před zdaněním se rovnal hodnotě 2.561, hodnota vlastního kapitálu dosáhla výše 27.687. Úřad tyto hodnoty dosadil do shora uvedeného vzorce pro výpočet rentability vlastního kapitálu, jak je níže znázorněno:
- $(2.561 / 27.687) \times 100 = 9,25$
43. Pakliže zněl požadavek zadavatele na prokázání ekonomických kvalifikačních předpokladů tak, že uchazeč musí prokázat rentabilitu vlastního kapitálu nejméně 20 %, je zřejmé, že vybraný uchazeč ekonomické kvalifikační předpoklady neprokázal, neboť dosáhl, po zaokrouhlení, rentability vlastního kapitálu ve výši 9,25 %.
44. Z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 5. 5. 2011 vyplývá, že hodnotící komise posoudila nabídku vybraného uchazeče z hlediska splnění kvalifikace v rozsahu uvedeném v zadávacích podmínkách, přičemž konstatovala, že tento ekonomické kvalifikační předpoklady splnil.
45. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 5. 2012 rovněž vyplývá, že hodnotící komise posuzovala a hodnotila nabídku vybraného uchazeče jako nabídku, jež splnila zákonné požadavky, jakož i požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách.
46. Zadavatel shora uvedený závěr stran nesplnění ekonomických kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem nerozporoval. Ve svém stanovisku, jež Úřad obdržel dne 13. 4. 2012, zadavatel uvedl, že vybraný uchazeč chybně vypočetl hodnotu rentability vlastního kapitálu, kdyby uvedl hodnotu, které by předcházela správný výpočet, tato by svojí výší nevyhověla požadavkům zadavatele a vybraný uchazeč by byl ze zadávacího řízení vyloučen. Zadavatel rovněž konstatoval, že hodnotící komise nekontrolovala údaje, které uchazeči do formuláře vyplňovali, neboť to byla odpovědnost uchazečů, aby hodnoty do výpočtových
47. vzorců správně dosadili. Podle zadavatele se hodnotící komise obecně řídila zásadou, že nepřepočítává výpočty provedené uchazečem. Závěrem zadavatel upozornil na fakt, že pokud by došlo k vyloučení vybraného uchazeče, zadavatel by vybral nabídku uchazeče, jehož nabídková cena převýšila nabídkovou cenu vybraného uchazeče o 346.072 Kč. Zadavatel se tedy domnívá, že jeho postupem nebyla způsobena škoda.
48. V reakci na shora uvedené Úřad konstatuje, že fáze posouzení a následného hodnocení jednotlivých nabídek je v rámci zadávacího řízení klíčová pro výběr nejvhodnější nabídky, což klade značné nároky na vysokou odbornost a bezchybný postup hodnotící komise. Zadavatel, resp. hodnotící komise, má povinnost přistupovat k nabídkám jednotlivých uchazečů kriticky.

Má-li dojít ke konfrontaci dané nabídky s nabídkami ostatními, musí být postaveno na jisto, že uchazeč, který dotčenou nabídku předložil, prokázal splnění všech kvalifikačních předpokladů. V šetřeném případě je zřejmé, že vybraný uchazeč ve své nabídce uvedl údaje, které neodpovídaly faktickému stavu, resp. pokud by vybraný uchazeč do vzorce pro výpočet rentability vlastního kapitálu uvedl odpovídající hodnoty, mající podklad v účetní uzávěrce, neprokázal by splnění ekonomických kvalifikačních předpokladů, což by nutně vedlo k jeho vyloučení z další účasti v zadávacím řízení. Je tedy zřejmé, že hodnotící komise pochybila již ve fázi posouzení nabídky vybraného uchazeče, jestliže hodnoty, které vybraný uchazeč ve své nabídce uvedl, nepodrobila žádné kontrole a nekriticky akceptovala, že vybraný uchazeč prokázal splnění kvalifikačních předpokladů, ačkoliv tomu tak ve skutečnosti nebylo. Argumenty zadavatele o finanční výhodnosti nabídky vybraného uchazeče, kterými se zadavatel pokouší legitimizovat porušení zákona, nejsou způsobilé toto nastalé pochybení ospravedlnit. Přestože byla ekonomická výhodnost nabídky základním hodnotícím kritériem, nelze připustit, aby snaha zadavatele o dosažení této výhodnosti zapříčinila deformaci či omezení samotné soutěže, k čemuž v šetřeném případě prokazatelně došlo.

49. Úřad konstatuje, že zadavatel porušil § 60 odst. 1 zákona, když nabídku vybraného uchazeče nevyřadil ze zadávacího řízení, neboť vybraný uchazeč nesplnil kvalifikační předpoklady a měl být ze zadávacího řízení vyloučen, což mělo zjevně vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

VI. K uložení sankce

50. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona.
51. V případě šetřených veřejných zakázek se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že
- porušil ustanovení § 44 odst. 3 písm. h) zákona v návaznosti na § 78 odst. 4 zákona a § 6 zákona, když stanovil způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií „výše smluvní pokuty“ a „délka poskytnuté záruky v měsících“ tak, že za nabídnuté hodnoty, které budou o 100 % a více % vyšší, než je střed hodnoty kritéria vypočítaný jako průměr všech hodnot z nabídek, obdrží posuzovaná nabídka nulové bodové hodnocení a způsobil tím, že tato dílčí hodnotící kritéria nevyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu,
 - porušil ustanovení § 60 odst. 1 citovaného zákona, když nevyřadil z účasti v zadávacím řízení vybraného uchazeče, jenž nesplnil v požadovaném rozsahu kvalifikaci, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel s ním uzavřel smlouvu.
52. Podle § 121 odst. 3 zákona ve znění pozdějších předpisů odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezažal řízení do 5-ti let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10-ti let ode dne, kdy byl spáchán.
53. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl dne 6. 2. 2012, kdy obdržel podnět k zahájení správního

řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 27. 6. 2011, kdy zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. Správní řízení bylo zahájeno z moci úřední dne 11. 4. 2012, kdy zadavatel obdržel oznámení o zahájení správního řízení. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

54. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se zadavateli uloží za správní delikt spočívající v nedodržení postupu stanoveného tímto zákonem pro zadávání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10.000.000 Kč nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.
55. Cena zakázky činila 8.814.105 Kč včetně DPH.
56. Podle § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
57. Při stanovení výše pokuty Úřad zohlednil, že zadávací řízení bylo již od počátku stíženo nezhojitelnou vadou, když zadávací dokumentace vymezovala taková dílčí hodnotící kritéria, jež nevyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny a byla v rozporu se zásadou transparentnosti. Jednání zadavatele od počátku zapříčinilo deformaci samotné soutěže. Nad rámec shora uvedeného zadavatel pochybil, když akceptoval nabídku vybraného uchazeče, kterého měl správně vyloučit, když tento neprokázal splnění ekonomických kvalifikačních předpokladů, a naopak s vybraným uchazečem uzavřel smlouvu.
58. Při zadávání veřejné zakázky zadavatel svým jednáním prakticky znemožnil rovnou soutěž, chybně provedené hodnocení dílčích hodnotících kritérií zřejmě zapříčinilo, že nebyla vybrána ekonomicky nejvýhodnější nabídka, neboť nulové bodové ohodnocení obdrželi rovněž uchazeči, jejichž nabídková cena byla nižší, než nabídková cena vybraného uchazeče, který měl být ze zadávacího řízení vyloučen. Jako polehčující okolnost vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel od počátku předmětného správního řízení pochybení hodnotící komise týkající se posouzení a hodnocení nabídky vybraného uchazeče nerozporoval, naopak, konstatoval, že k tomuto pochybení skutečně došlo a popsal příčiny, které pochybení předcházely a způsobily je.
59. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nálezy Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 3/02. Podle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Zadavatel je obcí, která je podle ustanovení § 1 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), (dále jen „zákon o obcích“), základním územním samosprávným společenstvím občanů, tvoří územní celek, který je vymezen hranicí území obce. Podle ustanovení § 2 odst. 1 zákona o obcích je obec veřejnoprávní korporací, která má vlastní majetek. Z rozpočtu obce Křelov – Břuchotín na rok 2012, zveřejněného na jejich webových stránkách (www.krelov.cz), vyplývá, že zadavatel v roce 2012 počítá s příjmy 17.532.900 Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze s ohledem na výši

finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační. Současně však Úřad musel brát na zřetel fakt, že se zadavatel dopustil porušení zákona, která zdaleka nebyla formálního charakteru.

60. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad stanovil pokutu ve výši 100.000,- Kč, což vzhledem k souvislostem šetřeného případu bylo Úřadem posouzeno jako dostačující. Úřad mohl v tomto případě uložit pokutu do výše 5 % z částky 8.814.105 Kč (cena zakázky), tj. do výše 440.705,75 Kč (viz § 120 odst. 2 písm. a) zákona). Uložená pokuta se tedy pohybuje v dolní polovině zákonné sazby a plní tak výrazně preventivní funkci. Intenzita ukládané pokuty má zároveň dosáhnout takové míry, aby byla zadavatelem pocítována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu.
61. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Obec Křelov – Břuchotín, Marie Majerové 45/25, 783 36 Křelov – Břuchotín

Vypraveno dne:

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