



UOHSX003CD97

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S191/2010/VZ-19182/2010/540/IMa

V Brně dne 25. ledna 2011

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ust. § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 9. 7. 2010 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Žamberk, IČ 00279846, se sídlem Masarykovo náměstí 166, 564 01 Žamberk, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 15. 4. 2010 Mgr. Milanem Šebestou, advokátem ev. č. ČAK 12253, MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, se sídlem Jakubská 1, 602 00 Brno,
- vybraný uchazeč – TESTA s.r.o., IČ 601 09 360, se sídlem Šedivská 838, 561 51 Letohrad, za niž jedná Miloš Pospíšil, jednatel,

ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem ve veřejné zakázce „Regenerace a revitalizace veř. prostranství včetně veř. zeleně a parkovacích ploch – pěší zóna Žamberk – dodavatel stavby II“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 5. 10. 2009,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Žamberk, IČ 00279846, se sídlem Masarykovo náměstí 166, 564 01 Žamberk, se dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 76 odst. 1 citovaného zákona, když hodnotící komise vyřadila nabídku uchazeče společnosti AGILE spol. s r.o., IČ 15030741, se sídlem Mírové náměstí 133, 562 01 Ústí nad Orlicí, i když ta splňovala zákonné požadavky i požadavky uvedené zadavatelem v zadávací dokumentaci a nebyla nabídkou nepřijatelnou podle ust. § 22 odst. 1 písm. d) citovaného zákona, přičemž tento

postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto veřejnou zakázku byla dne 19. 11. 2009 uzavřena smlouva.

II.

Zadavatel – město Žamberk, IČ 00279846, se sídlem Masarykovo náměstí 166, 564 01 Žamberk, se dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 74 odst. 7 zákona, když jmenoval do hodnotící komise osobu, která byla ve vztahu k veřejné zakázce podjatá a podílela se na hodnocení nabídek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto veřejnou zakázku byla dne 19. 11. 2009 uzavřena smlouva.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. se podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – městu Žamberk, IČ 00279846, se sídlem Masarykovo náměstí 166, 564 01 Žamberk, **ukládá pokuta ve výši 250 000,- Kč** (slovy dvě stě padesát tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný dle ust. § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – města Žamberk, IČ 00279846, se sídlem Masarykovo náměstí 166, 564 01 Žamberk (dále jen „zadavatel“), při zadávání veřejné zakázky „Regenerace a revitalizace veř. prostranství včetně veř. zeleně a parkovacích ploch – pěší zóna Žamberk – dodavatel stavby II“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 5. 10. 2009 (dále jen „veřejná zakázka“).

Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal vyjádření ke skutečnostem uvedeným v podnětu a příslušnou dokumentaci.

2. Z předložené dokumentace Úřad zjistil následující skutečnosti. Zadavatel zadal veřejnou zakázku ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě „Výzvy k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace a zadávací dokumentace veřejné zakázky“ (dále jen „výzva“) ze dne 5. 10. 2009.

3. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zvolil zadavatel ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž jako dílčí hodnotící kritéria byla stanovena:

- Výše nabídkové ceny v Kč: váha 30 % (0–30 bodů)
- Výše sankce v % z celkové nabídkové ceny za každý den prodlení, za nedodržení termínu dokončení a předání předmětu veřejné zakázky: váha 40 % (0–40 bodů)
- Délka záruční doby v měsících (délku záruky omezuje zadavatel na 60–90 měsíců): váha 15 % (0-15 bodů)

- Splatnost faktur (Splatnost faktur omezuje zadavatel na 21–120 dní): váha 15 %
(0 – 15 bodů)
4. V bodě 3. výzvy vymežil zadavatel dobu a místo plnění veřejné zakázky. Zadavatel stanovil, že zvažuje zahájení plnění veřejné zakázky v termínu listopad-prosinec 2009, přičemž uchazeč je povinen uvést ve své nabídce dobu plnění veřejné zakázky v týdnech s časovým harmonogramem postupu prací. Současně zadavatel uvedl, že si vyhrazuje právo změnit termín zahájení plnění veřejné zakázky, a to vždy pouze tak, aby byl s ohledem na uchazečem uvedenou dobu plnění dodržen limitní termín dokončení a předání předmětu veřejné zakázky. Místem plnění je centrum města Žamberk, limitní termín pro dokončení předmětu veřejné zakázky stanovil zadavatel na 15. 12. 2010 a limitní termín pro předání předmětu veřejné zakázky stanovil na 23. 12. 2010.
 5. Zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel nabídky od 11 uchazečů, přičemž komise pro otevírání obálek s nabídkami dne 21. 10. 2009 konstatovala, že všechny nabídky jsou úplné.
 6. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 23. 10. 2009 vyplývá, že při posouzení nabídek byla pro nesplnění podmínek zadání vyřazena nabídka společnosti AGILE spol. s r.o., IČ 15030741, se sídlem Mírové náměstí 133, 562 01 Ústí nad Orlicí, za niž jedná Milan Škorpil, jednatel (dále jen „vyloučený uchazeč“).
 7. V části III. návrhu smlouvy o dílo, jenž tvoří součást nabídky vyloučeného uchazeče, je uvedeno, že vyloučený uchazeč se zavazuje provést sjednané dílo v těchto termínech:
 - zahájení prací: 2. 11. 2009,
 - dokončení prací a předání díla do: 15. 12. 2010.
 8. Zadavatel ve zdůvodnění rozhodnutí o vyloučení uvádí, že nabídku vyloučeného uchazeče považuje za nepřijatelnou ve smyslu ustanovení § 22 odst. 1 zákona, neboť vyloučený uchazeč nabízí termín plnění v délce 59 týdnů. Zadavatel uvádí, že je povinen dodržet příslušná ustanovení zákona a po vyhovění všem požadovaným lhůtám není podpis smlouvy o dílo, a tedy i termín zahájení prací, možný k datu 2. 11. 2009, jak nabízí vyloučený uchazeč. Při pozdějším podpisu smlouvy o dílo vyřazený uchazeč nesplní limitní termín pro odevzdání předmětu plnění, který byl zadavatelem stanoven na 23. 12. 2010 a zadavatel tím následně nevyhoví podmínkám přidělení dotace na výstavbu.
 9. Na základě usnesení Rady města Žamberk č. 3578/09 ze dne 1. 10. 2009 bylo schváleno vyhlášení výběrového řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Na základě usnesení Rady města č. 3579/09 byla jmenována komise pro otevírání obálek pro výběr dodavatele veřejné zakázky ve složení Ing. Ryan Strnad (náhradník Jiří Dytrt), Jaroslav Bajt (náhradník Helena Stará) a Ing. Jiří Šmok (náhradník Ing. Vladimír Fabián). Následně na základě usnesení č. 3580/09 byla jmenována komise pro posouzení a hodnocení nabídek pro výběr dodavatele veřejné zakázky ve složení Ing. Ryan Strnad (náhradník Jiří Dytrt), Jaroslav Bajt (náhradník Helena Stará), Ing. Jiří Adamec (náhradník Tomáš Nejman) a Ing. Miroslav Stejskal (náhradník Ing. Jiří Musil), Jiří Vencel (náhradník Jiří Ráb).
 10. Dne 16. 10. 2009 člen hodnotící komise Ing. Jiří Adamec a náhradník člena hodnotící komise Tomáš Nejman odstoupili z důvodu podjatosti, kterou spatřovali v uzavřené mandátní smlouvě mezi nimi a uchazečem TESTA s.r.o., IČ 60109360, se sídlem Šedivská 838, 561 51 Letohrad, za

niž jedná Miloš Pospíšil, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“), a dne 16. 10. 2009 byl jmenován nový člen komise a nový náhradník člena komise.

11. Dne 23. 10. 2009 podepsali členové hodnotící komise prohlášení o nepodjatosti, kde dle ust. § 74 odst. 7 zákona prohlašují, že nejsou ve vztahu k veřejné zakázce a k uchazečům podjatí, nepodíleli se na zpracování nabídky, nemají osobní zájem na zadání veřejné zakázky a s uchazeči je nespojuje osobní, pracovní ani jiný obdobný poměr.
12. Z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 23. 10. 2009 vyplývá, že předsedou hodnotící komise byl zvolen Ing. Ryan Strnad. Hodnocení nabídek bylo provedeno podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky. Ze zprávy hodnotící komise o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 23. 10. 2009 pak vyplývá, že na základě hodnotících kritérií byla jako ekonomicky nejvýhodnější nabídka hodnocena nabídka vybraného uchazeče a ze zadávacího řízení byla vyřazena nabídka vyloučeného uchazeče.
13. Z výpisu z obchodního rejstříku pak vyplývá, že jednatel vybraného uchazeče Miloš Pospíšil a předseda hodnotící komise Ing. Ryan Strnad byli ke dni podání nabídky vybraného uchazeče společně jednatelé a společníci ve třech společnostech s ručením omezeným a společníci ve dvou dalších společnostech s ručením omezeným.
14. Po přezkoumání dokumentace veřejné zakázky včetně výpisu z obchodního rejstříku získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel postupoval při posouzení nabídky vyloučeného uchazeče v souladu s ust. § 76 odst. 1 a s ust. § 76 odst. 6 zákona, tedy zda hodnotící komise posoudila nabídku vyloučeného uchazeče z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle ust. § 22 odst. 1 písm. d) zákona v souladu se zákonem, a zda zadavatel při zadání veřejné zakázky postupoval v souladu s ust. § 74 odst. 8 zákona v návaznosti na ust. § 74 odst. 7 zákona, tedy zda člen hodnotící komise nebyl ve vztahu k veřejné zakázce podjatý.

Na základě výše uvedených důvodů zahájil Úřad správní řízení z moci úřední.

15. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - vybraný uchazeč.
16. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S191/2010/VZ-8614/2010/540/IMa ze dne 9. 7. 2010, ve kterém účastníky řízení seznámil se zjištěnými skutečnostmi, zejména s pochybností, zda při posouzení nabídky vyloučeného uchazeče nedošlo k porušení zákona a zda některý z členů hodnotící komise nebyl podjatý. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S191/2010/VZ-8870/2010/540/IMa ze dne 9. 7. 2010 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
17. Dne 9. 7. 2010, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvnímu z účastníků řízení, bylo podle § 113 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení z moci úřední.
18. Na základě předchozí žádosti umožnil Úřad zástupci zadavatele dne 19. 7. 2010 nahlédnout do příslušného správního spisu a související dokumentace o veřejné zakázce.

19. Dne 21. 7. 2010 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, v němž předně uvádí, že považuje postup Úřadu v souvislosti s posouzením podnětu, resp. rozhodnutím o něm, za nestandardní. Za nestandardní považuje zadavatel zejména nepřiměřeně dlouhou dobu 3 měsíců, kdy byl podnět vyřizován, dále pak okolnosti jeho vyřizování. Dle zadavatele Úřad zahájil správní řízení z jiných důvodů, než které byly předmětem dotazů a žádostí Úřadu, což znemožnilo zadavateli účinně uplatňovat jeho práva a oprávněné zájmy již ve stádiu bezprostředně předcházejícím zahájení správního řízení. Zadavateli rovněž není zcela zřejmé, jakou zákonnou oporu mají informační toky mezi Úřadem a stěžovatelem, kdy zástupci stěžovatele na veřejném jednání prezentovali informaci, že Úřad shledal pochybnosti ohledně zákonnosti postupu zadavatele.
20. Dále zadavatel ve svém vyjádření sděluje, že nesouhlasí s konstatováním Úřadu, že nabídka vyloučeného uchazeče byla v průběhu zadávacího řízení vyloučena neoprávněně. Dle zadavatele sice nabídka vyloučeného uchazeče splnila požadavky uvedené v zadávací dokumentaci, tedy počátek plnění listopad – prosinec 2009, avšak z použité formulace je zřejmé, že se jednalo o předpoklad, který zejména s ohledem na termín ukončení zadávacího řízení bude korigován, resp. termín ukončení zadávacího řízení rozhodne o době zahájení realizace díla. Všem uchazečům byla dle zadavatele tato skutečnost ze zadávací dokumentace známa, a to i s ohledem na vyhrazené právo zadavatele na změnu termínu plnění („*Zadavatel si vyhrazuje právo změnit termín zahájení plnění veřejné zakázky, a to vždy pouze tak, aby byl, s ohledem na uchazečem uvedenou dobu plnění, dodržen limitní termín dokončení a předání předmětu veřejné zakázky*“). Limitní termín pro dokončení předmětu veřejné zakázky byl s ohledem na zachování možnosti spolufinancování veřejné zakázky z prostředků Evropské unie stanoven v čl. 3 zadávací dokumentace na den 15. 12. 2010. Vyloučený uchazeč v čl. III. návrhu smlouvy o dílo navrhl termín zahájení prací na den 2. 11. 2009 a dokončení prací do 15. 12. 2010, tj. dle nabídky vyloučeného uchazeče doba realizace měla činit 59 týdnů. Nabídka vyloučeného uchazeče byla sestavena 20. 10. 2009. Vyloučený uchazeč tedy dle zadavatele podal nabídku na realizaci veřejné zakázky s tím vědomím, že k zahájení prací v jím navržené době nemůže fakticky dojít, přičemž v důsledku navržení harmonogramu prací v celkové délce 59 týdnů neakceptoval požadavek zadavatele na změnu termínu zahájení plnění tak, aby nebyl ohrožen stanovený limitní termín dokončení díla. Vyloučený uchazeč naopak dle zadavatele v čl. III. odst. 5 (ve spojení s čl. VI. odst. 3) návrhu smlouvy o dílo požadoval posunutí termínu dokončení díla z důvodu překážek na straně objednatele, přičemž nedokončení zadávacího řízení (tj. nezajištění stavební připravenosti) je překážkou, v důsledku které by po zadavateli nárokoval prodloužení lhůty pro provádění (předání) díla ve smyslu shora uvedených ustanovení návrhu smlouvy. Z uvedeného je dle zadavatele zřejmá skutečnost, že doba realizace veřejné zakázky, kterou vyloučený uchazeč navrhoval na 59 týdnů, by znamenala, že dílo nebude dokončeno a předáno v limitním termínu definovaném v čl. 3 zadávací dokumentace.
21. K pochybnostem Úřadu ohledně podjatosti člena hodnotící komise zadavatel uvádí, že nepřipustná osobní vazba nemůže být dána sama o sobě pouze tím, že člen hodnotící komise zná z určitého prostředí statutární orgán vybraného uchazeče, resp. že s tímto vykonává společné aktivity, avšak nikoli související s realizací veřejné zakázky. Dle názoru zadavatele není v daném kontextu možné automaticky omezovat okruh osob, které mohou působit jako člen hodnotící komise, a to pouze na základě společného působení člena hodnotící komise ve statutárním orgánu dalších společností či společné účasti na podnikání těchto dalších subjektů se statutárním orgánem vybraného uchazeče. Takové okolnosti samy

o sobě ve smyslu zákona nedokládají, že by Ing. Ryan Strnad měl osobní zájem na zadání veřejné zakázky vybranému uchazeči, ve které Ing. Ryan Strnad není společníkem ani statutárním orgánem.

22. Dále zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že Ing. Ryana Strnada nespojuje s vybraným uchazečem pracovní smlouva či smlouva o výkonu funkce statutárního orgánu, tedy že z pohledu zákona není vazba Ing. Ryana Strnada na statutární orgán a společníka vybraného uchazeče osobním, pracovním, či jiným obdobným poměrem ve vztahu k vybranému uchazeči jakožto právnické osobě.
23. Dle zadavatele i za předpokladu, pokud by nebyly pochybnosti ohledně podjatosti Ing. Ryana Strnada zcela rozptýleny, je třeba uvést, že postup Ing. Ryana Strnada v zadávacím řízení nemohl založit rozpor se zákonem. K posouzení a hodnocení nabídek totiž byla zadavatelem ustavena pětičlenná hodnotící komise. S ohledem na ustanovení § 75 odst. 3 zákona pro účely jednání a usnášeníschopnosti komise postačí účast dvou třetin členů či náhradníků komise. V dané souvislosti by tedy dle zadavatele mělo být dovozeno, že bylo zachováno kvorum pro jednání a rozhodování nepodjatých členů komise a s ohledem na jednohlasnost rozhodování komise byly zachovány požadavky zákona, pokud se jedná o zformování vůle komise. Zadavatel navíc dodává, že zadávací podmínky (hodnotící kritéria) měly objektivní charakter, takže z uvedeného důvodu je třeba považovat jakoukoli deformaci při posouzení a hodnocení nabídek za vyloučenou.
24. Na základě předchozí žádosti umožnil Úřad zástupci zadavatele dne 7. 9. 2010 nahlédnout do příslušného správního spisu a související dokumentace o veřejné zakázce.
25. Dne 27. 10. 2010 odeslal Úřad Policii České republiky žádost o relevantní informace, včetně kopií dokumentů, jež by mohly být využity v předmětném správním řízení.
26. Dne 10. 11. 2010 obdržel Úřad podání od Policie České republiky, které mimo jiné obsahovalo:
 - kopii smlouvy o dílo uzavřenou mezi vybraným uchazečem a vyloučeným uchazečem (dále jen „subdodavatelská smlouva“),
 - kopii příkazní smlouvy uzavřenou dne 10. 1. 2008 mezi vybraným uchazečem a Ing. Ryanem Strnadem,
 - kopii příkazní smlouvy uzavřenou dne 2. 1. 2009 mezi vybraným uchazečem a Ing. Ryanem Strnadem.
27. Nové skutečnosti ve správním řízení, které byly obsahem podání od Policie České republiky, oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S191/2010/VZ-17162/2010/540/IMa ze dne 16. 11. 2010. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S191/2010/VZ-17165/2010/540/IMa ze dne 16. 11. 2010 stanovil lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
28. Ve stanovené lhůtě obdržel Úřad dne 23. 11. 2010 vyjádření zadavatele k novým skutečnostem. Ve svém vyjádření zadavatel uvádí, že mu předně není zřejmý obsah dokumentu *Seznámení s novými skutečnostmi ve správním řízení*, neboť v textu je uvedeno slovo „návrh“, ačkoliv správní řízení bylo zahájeno z moci úřední. Dále se zadavatel vyjadřuje k jednotlivým skutečnostem uvedeným v oznámení. K příkazním smlouvám z roku 2008 a 2009 zadavatel uvádí, že se jedná o smlouvy, které prokazují existenci běžného smluvního vztahu

příkazce a příkazníka, který vznikl mezi vybraným uchazečem a Ing. Ryanem Strnadem a ze smluv vyplývá toliko, že jejich obsahem bylo provádění standardních úkonů v oblasti účetního, finančního a ekonomického poradenství, zpracování mzdové agendy a personalistiky, vč. daňových přiznání a hlášení, a to za standardních tržních podmínek. Odměna příkazníka sjednaná ve smlouvách není dle zadavatele závislá na rozsahu zpracovávaných ekonomických a účetních podkladů, tj. z uvedeného nelze dovozovat jakoukoliv existenci osobní vazby příkazníka na příkazci, přičemž vztah mezi členem hodnotící komise a uchazečem, který je založený občanskoprávní smlouvou, zákon výslovně nezakazuje (z pohledu právní úpravy požadavků na nepodjatost člena hodnotící komise).

29. Ke smlouvě o dílo uzavřené mezi vybraným uchazečem a vyloučeným uchazečem zadavatel uvádí, že tato skutečnost se mu stala známou až na základě upozornění stěžovatele, a k tomu dodává, že není jeho obecnou povinností v průběhu realizace veřejné zakázky se seznamovat se skutečnostmi, v jakém rozsahu zhotovitel využívá kapacit subdodavatele při vlastní realizaci veřejné zakázky, pokud prostřednictvím subdodavatele nebylo prokazováno splnění části kvalifikace. Na základě předchozího tedy zadavatel uvádí, že vybraný uchazeč byl oprávněn svěřit realizaci díla na základě obchodní smlouvy vyloučenému uchazeči.
30. Úřad přezkoumal na základě ust. § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace k výběrovému řízení, včetně obsahu uzavřených smluv, vyjádření předložených účastníky správního řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nepostupoval v souladu s ust. § 76 odst. 1 zákona, když hodnotící komise vyřadila nabídku jednoho z uchazečů, i když ta splňovala jak veškeré zákonné požadavky, tak i požadavky uvedené zadavatelem v zadávací dokumentaci, a dále nepostupoval v souladu s ust. § 74 odst. 7 zákona, když předseda hodnotící komise byl ve vztahu k vybranému uchazeči a veřejné zakázce podjatý.

K vyřazení nabídky vyloučeného uchazeče

31. Ustanovení § 6 zákona stanoví, že zadavatel je povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
32. Podle ust. § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.
33. Podle ust. § 76 odst. 1 zákona hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle ust. § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Nabídky, které tyto požadavky nespĺňují, musí být vyřazený. Jestliže nedošlo k vyřazení všech variant nabídky, nepovažuje se nabídka za vyřazenou. Ke zjevným početním chybám v nabídce, zjištěným při posouzení nabídek, které nemají vliv na nabídkovou cenu, hodnotící komise nepřihlíží. Za nepřijatelnou nabídku podle ust. § 22 odst. 1 písm. d) zákona se považuje nabídka, která je v rozporu s platnými právními předpisy.
34. Zadavatel v bodě 3. výzvy vymezil dobu plnění veřejné zakázky následujícím způsobem:

„Zadavatel zvažuje zahájení plnění veřejné zakázky v termínu listopad-prosinec 2009, přičemž uchazeč je povinen uvést ve své nabídce dobu plnění veřejné zakázky v týdnech s časovým harmonogramem postupu prací (viz bod 5.3).“

35. Zadavatel dále ve výzvě stanovil limitní termín pro dokončení předmětu veřejné zakázky na 15. 12. 2010 a limitní termín pro předání předmětu veřejné zakázky stanovil na 23. 12. 2010, přičemž vyloučený uchazeč v části III. návrhu smlouvy o dílo, jenž tvoří nedílnou součást nabídky, uvedl, že se zavazuje provést sjednané dílo v těchto termínech:
- zahájení prací: 2. 11. 2009,
 - dokončení prací a předání díla do: 15. 12. 2010.
36. V rozhodnutí a oznámení zadavatele o vyloučení vyloučeného uchazeče je uvedeno, že nabídku vyloučeného uchazeče považuje za nepřijatelnou ve smyslu ustanovení § 22 odst. 1 zákona, neboť vyloučený uchazeč nabízí termín plnění v délce 59 týdnů. Zadavatel uvádí, že je povinen dodržet příslušná ustanovení zákona a po vyhovění všem požadovaným lhůtám není podpis smlouvy o dílo, a tedy termín zahájení prací, možný k datu 2. 11. 2009, jak nabízí vyloučený uchazeč. Při pozdějším podpisu smlouvy o dílo vyřazený uchazeč nesplní limitní termín pro odevzdání předmětu plnění, který byl zadavatelem stanoven na 23. 12. 2010, a zadavatel tím následně nevyhoví podmínkám přidělení dotace na výstavbu.
37. Výše uvedené odůvodnění rozhodnutí o vyloučení dále zadavatel doplňuje ve vyjádření ze dne 21. 7. 2010, ve kterém uvádí, že vyloučený uchazeč podal nabídku na realizaci veřejné zakázky s tím vědomím, že k zahájení prací v jím navržené době nemůže fakticky dojít, přičemž v důsledku navržení harmonogramu prací v celkové délce 59 týdnů neakceptoval požadavek zadavatele na změnu termínu zahájení plnění tak, aby nebyl ohrožen stanovený limitní termín dokončení díla.
38. K výše uvedenému Úřad uvádí, že pokud vyloučený uchazeč postupoval v souladu s bodem 3. výzvy a termín zahájení plnění veřejné zakázky stanovil na 2. 11. 2009, čímž vyhověl podmínce zadavatele (zahájení plnění veřejné zakázky v termínu listopad – prosinec 2009), nemohla být jeho nabídka vyřazena z důvodu předpokládaného v ust. § 22 odst. 1 zákona. K námitce zadavatele, že vyloučený uchazeč finálně koncipoval svoji nabídku ke dni 20. 10. 2009 a že mu z toho důvodu muselo být zřejmé, že při zachování všech zákonných lhůt nemůže být plnění veřejné zakázky zahájeno ke dni 2. 11. 2009, Úřad uvádí, že termín pro jednání hodnotící komise byl stanoven na 23. 10. 2009, přičemž podle ust. § 110 odst. 8 zákona se může zájemce či uchazeč písemně vzdát práva na podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení. V takovém případě platí, že lhůta pro podání námitek ve vztahu k tomuto zájemci či uchazeči uplynula a pokud by se práva na podání námitek vzdali všichni uchazeči, mohl by být dodržen termín zahájení plnění veřejné zakázky ke dni 2. 11. 2009. Obdobně vybraný uchazeč ve své nabídce uvedl termín zahájení prací ke dni 16. 11. 2009 a termín předání díla ke dni 15. 12. 2009, tedy 56 týdnů. Pokud by některý z uchazečů využil svého práva a podal námítky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, kterým by zadavatel nevyhověl, a následně k Úřadu podal návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, nesměl by zadavatel za podmínek stanovených v ust. § 111 odst. 5 zákona v rámci předmětné veřejné zakázky po dobu 45 dnů uzavřít smlouvu a obdobně ani vybraný uchazeč by nerealizoval veřejnou zakázku v termínech potřebných pro poskytnutí dotace. K tomu Úřad dodává, že vybraný uchazeč,

stejně jako vyloučený uchazeč, si v návrhu smlouvy stanovili, že v případě nepředvídaných překážek přináležejí zhotoviteli právo požadovat přiměřené prodloužení dodacích lhůt, aniž by objednateli příslušelo právo na slevu, či náhradu škody, a rovněž si v návrhu smlouvy stanovili, že změny předmětu díla či jeho rozsahu mohou být provedeny pouze písemně, a to v souladu se závěrečnými ustanoveními formou dodatku smlouvy. Z předchozího tedy vyplývá, že ani nabídka vybraného uchazeče nemusela zajistit dodržení limitního termínu pro dokončení předmětu veřejné zakázky s ohledem na zachování možnosti spolufinancování z prostředků Evropské unie bez využití institutu smluvní pokuty pro dodavatele za pozdní termín plnění veřejné zakázky.

39. Ve vyjádření ze dne 21. 7. 2010 zadavatel rovněž poukazuje na to, že vyloučený uchazeč nepodal námitky proti rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení, z čehož lze dovodit, že tím své pochybení při konstrukci nabídky nepřímo akceptoval. K tomu Úřad předně uvádí, že tato skutečnost není pro posouzení jednání zadavatele relevantní a nelze z ní usuzovat, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem. Úřad dále uvádí, že zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky dne 30. 10. 2009 a ve stejný den rozhodl zadavatel o vyloučení vyloučeného uchazeče, přičemž dne 11. 12. 2009 podepsal vybraný uchazeč s vyloučeným uchazečem subdodavatelskou smlouvu o dílo, z níž vyplývá, že rozsah plnění smlouvy o dílo plně odpovídá předmětu veřejné zakázky, termín zahájení prací byl ve smlouvě stanoven na 19. 11. 2009 a termín dokončení prací na 15. 10. 2010. Vyloučený uchazeč tedy dle subdodavatelské smlouvy o dílo realizoval rozsah plnění v souladu s projektovou dokumentací k veřejné zakázce vypracovanou projekční kanceláří Chládek a Tintěra, Pardubice a.s., K Vápence 2677, 530 02 Pardubice, č. zakázky 1016/09/007 ve lhůtě 45 týdnů. Z daného vyplývá, že zadavatel mohl postupovat obdobně jako v případě vybraného uchazeče, kdy termín zahájení prací byl ve smlouvě o dílo uzavřené mezi vybraným uchazečem a zadavatelem posunut oproti termínu zahájení prací uvedeném v nabídce vybraného uchazeče, a termín zahájení prací vyloučeného uchazeče tedy navrhnout tak, aby došlo ke změně ve prospěch zadavatele a byl dodržen limitní termín pro zajištění možnosti spolufinancování z prostředků Evropské unie. Vzhledem k tomu, že doba plnění veřejné zakázky nebyla předmětem hodnotících kritérií, neměl by tento postup vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
40. Ze subdodavatelské smlouvy rovněž vyplývá, že vyloučený uchazeč obdržel za provedené dílo v souladu s projektovou dokumentací k veřejné zakázce od vybraného uchazeče částku ve výši 12 298 950,- Kč bez DPH, přičemž v nabídce na realizaci veřejné zakázky uvedl za stejný rozsah prací částku ve výši 10 816 868,- Kč bez DPH. K rozhodnutí vyloučeného uchazeče nepodat námitky proti vyloučení z účasti v zadávacím řízení tedy mohla vést i skutečnost, že vybraný uchazeč nabídl vyloučenému uchazeči vyšší částku za předmět plnění, než kterou by obdržel od zadavatele v případě umístění se na prvním místě v zadávacím řízení.
41. Vyloučený uchazeč ve vztahu k hodnotícím kritériím uvedl ve své nabídce následující:
- Výše nabídkové ceny v Kč: 10 816 868,- Kč bez DPH
 - Výše sankce v % z celkové nabídkové ceny za každý den prodlení, za nedodržení termínu dokončení a předání předmětu veřejné zakázky: 100 %
 - Délka záruční doby v měsících: 90 měsíců

- Splatnost faktur: 120 dní

Vybraný uchazeč ve vztahu k hodnotícím kritériím uvedl ve své nabídce následující:

- Výše nabídkové ceny v Kč: 18 151 078,- Kč bez DPH
- Výše sankce v % z celkové nabídkové ceny za každý den prodlení, za nedodržení termínu dokončení a předání předmětu veřejné zakázky: 65 %
- Délka záruční doby v měsících: 90 měsíců
- Splatnost faktur: 120 dní

Z výše uvedeného vyplývá, že pokud by nabídka vyloučeného uchazeče nebyla vyřazena, umístila by se před nabídkou vybraného uchazeče a dle matematicky spočitatelných hodnotících kritérií by byla hodnocena jako nabídka ekonomicky nejvýhodnější. Úřad dále dodává, že výše nabídkové ceny vyloučeného uchazeče byla nejnižší ze všech 11 nabídek, které zadavatel obdržel, zatímco výše nabídkové ceny vybraného uchazeče byla druhá nejvyšší. Žádný ze zbývajících uchazečů však nenabídl výši sankce v % z celkové nabídkové ceny za každý den prodlení, za nedodržení termínu dokončení a předání předmětu veřejné zakázky vyšší než 30 %.

42. K otázce správnosti a úplnosti vymezení předmětu veřejné zakázky Úřad konstatuje, že zadávací dokumentace je rozhodujícím podkladem, na jehož základě dodavatelé zpracovávají své nabídky, a proto zákon ukládá zadavateli vymezení prostřednictvím zadávací dokumentace veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky nezbytné k tomu, aby dodavatelé mohli řádně zpracovat a podat své nabídky. Podle ust. § 44 odst. 1 zákona za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel, tudíž nepřesné vymezení termínu zahájení plnění veřejné zakázky zadavatelem nemůže být k tíži vyloučeného uchazeče, který nabídku zpracoval v souladu se zadávací dokumentací, a jehož nabídka tedy neměla být vyřazena z další části zadávacího řízení.
43. Vzhledem k tomu, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 76 odst. 1 zákona, když hodnotící komise vyřadila nabídku jednoho z uchazečů, i když ta splňovala veškeré zákonné požadavky i požadavky uvedené zadavatelem v zadávací dokumentaci a nebyla nabídkou nepřijatelnou podle ust. § 22 odst. 1 písm. d) zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K podjatosti předsedy hodnotící komise

44. Ustanovení § 74 odst. 7 zákona stanoví, že členové hodnotící komise nesmí být ve vztahu k veřejné zakázce a k uchazečům podjati, zejména se nesmí podílet na zpracování nabídky, nesmí mít osobní zájem na zadání veřejné zakázky a s uchazeči je nesmí spojovat osobní ani pracovní či jiný obdobný poměr. O své nepodjatosti učiní člen hodnotící komise písemně prohlášení veřejnému zadavateli na počátku prvního jednání hodnotící komise nebo na počátku jednání, na němž je poprvé v hodnotící komisi přítomen. Pro tento účel sdělí veřejný zadavatel členovi hodnotící komise před prvním jednáním identifikační údaje uchazečů, kteří podali nabídky.

45. Jak vyplývá z výpisu z obchodního rejstříku, jednatel vybraného uchazeče Miloš Pospíšil a předseda hodnotící komise Ing. Ryan Strnad byli ke dni podání nabídky vybraného uchazeče společně jednatele a společníci v těchto společnostech:

- FVE BS s.r.o., IČ 27518680, se sídlem Šedivská 838, 561 51, Letohrad, za niž jedná Ing. Ryan Strnad, Miloš Pospíšil, Jiří Jílek, Ing. Milan Kašpar, Ing. Stanislav Adamec, jednatele,
- FVE Běla s.r.o., IČ 28777611, se sídlem Šedivská 838, 561 51, Letohrad, za niž jedná Ing. Ryan Strnad, Miloš Pospíšil, Jiří Jílek, Ing. Milan Kašpar, Ing. Stanislav Adamec, jednatele,
- FVE Bohuňovice s.r.o., IČ 27519619, se sídlem Šedivská 838, 561 51, Letohrad, za niž jedná Ing. Ryan Strnad, Miloš Pospíšil, Jiří Jílek, Ing. Milan Kašpar, Ing. Stanislav Adamec, jednatele.

46. Z výpisu z obchodního rejstříku dále vyplývá, že všichni společníci ve společnostech:

- FVE BS s.r.o., IČ 27518680, se sídlem Šedivská 838, 561 51, Letohrad, za niž jedná Ing. Ryan Strnad, Miloš Pospíšil, Jiří Jílek, Ing. Milan Kašpar, Ing. Stanislav Adamec, jednatele,
- FVE Bohuňovice s.r.o., IČ 27519619, se sídlem Šedivská 838, 561 51, Letohrad, za niž jedná Ing. Ryan Strnad, Miloš Pospíšil, Jiří Jílek, Ing. Milan Kašpar, Ing. Stanislav Adamec, jednatele,

mají zapsáno zástavní právo k obchodnímu podílu společníka ve prospěch společnosti Česká spořitelna, a.s., IČ 45244782, se sídlem Olbrachtova 1929/62, 140 00 Praha 4, pro pohledávky do celkové výše 470 766 268,- Kč.

47. Ačkoliv z výše uvedeného vyplývá, že předseda hodnotící komise Ing. Ryan Strnad není statutárním orgánem ani společníkem vybraného uchazeče, ze skutečností zjištěných Úřadem z obchodního rejstříku lze jednoznačně dovodit, že má úzké osobní a obchodní vazby ke statutárnímu orgánu vybraného uchazeče. Lze konstatovat, že Ing. Ryan Strnad měl zájem na zadání předmětné veřejné zakázky vybranému uchazeči, ze své pozice místostarosty zadavatele mohl ovlivnit stanovení hodnotících kritérií a vzhledem k tomu, že byl předsedou hodnotící komise, mohl rozhodovat o průběhu jednání hodnotící komise a ovlivňovat jej.

48. Pracovní, příp. jiný obdobný poměr pak vyplývá z příkazní smlouvy uzavřené dne 10. 1. 2008 mezi vybraným uchazečem a Ing. Ryanem Strnadem, která byla uzavřena na dobu určitou do 31. 12. 2008 a následně z příkazní smlouvy uzavřené dne 2. 1. 2009 mezi vybraným uchazečem a Ing. Ryanem Strnadem, která byla uzavřena na dobu neurčitou s výpovědní lhůtou 6 měsíců. Ze smluv vyplývá, že Ing. Ryan Strnad se těmito smlouvami zavázal, že pro vybraného uchazeče zajistí zejména úkony spojené s účetním, ekonomickým a finančním poradenstvím, zpracováním mzdové agendy a personalistiky včetně zastupování příkazce před orgány státní správy za úplatu.

49. K námitce zadavatele, že hodnocení a posouzení nabídek bylo provedeno pětičlennou hodnotící komisí a i kdyby byla zpochybněna podjatost jediného člena komise, bylo by zachováno kvorum pro jednání a rozhodování nepodjatých členů komise, Úřad uvádí, že ust. § 74 odst. 7 zákona, které upravuje otázky podjatosti, stanoví povinnosti jednotlivým členům hodnotící komise, nikoliv hodnotící komisi jako celku, a je z pohledu tohoto ustanovení irelevantní.

50. K výše uvedenému Úřad poukazuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, který v rozhodnutí 1 Afs 45/2010-168 ze dne 15. 9. 2010 s odkazem na interpretaci Krajského soudu v Brně uvádí, že požadavek na transparentnost zadávacího řízení (citace) „*není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelském postupu 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*“ (konec citace). Vzhledem k tomu, že předseda hodnotící komise byl ve vztahu k jednomu z uchazečů podjatý, postup hodnotící komise a zadavatele vzbuzuje pochybnost ohledně jejich objektivního postupu během zadávacího řízení vůči všem uchazečům.
51. K námitce zadavatele, že případná podjatost jednoho člena hodnotící komise by neměla vliv na konečné rozhodnutí komise jako celku, Úřad odkazuje na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 9/2000-48 ze dne 1. 2. 2001. V tomto rozhodnutí se soud vyjádřil obecně k otázce podjatosti, když uvedl, že (citace) „*nelze totiž na podjatost usuzovat z pohledu efektivity, tedy skutečného vlivu na samotný výsledek, nýbrž jako na fenomén, který nesmí být přítomen v rozhodovacím procesu bez ohledu na to, zda měl či mohl mít reálný vliv na rozhodnutí samé*“ (konec citace). Analogicky k tomuto závěru učiněnému zde soudem Úřad uzavírá, že ve vztahu k průběhu zadávacího řízení by neměla vzniknout ani jakákoliv pochybnost o ovlivnění průběhu veřejné zakázky jedním z členů hodnotící komise, resp. dodržení zásady rovného zacházení se všemi uchazeči.
52. V dané věci lze pak rovněž odkázat na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S151/2010/VZ-7947/2010/510/MOn ze dne 16. 7. 2010, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R100/2010/VZ-18149/2010/310-ASc ze dne 1. 12. 2010, a v němž se Úřad vyjadřuje k podjatosti člena hodnotící komise.
53. Vzhledem k tomu, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 74 odst. 7 zákona, když jmenoval do hodnotící komise osobu, která byla ve vztahu k veřejné zakázce podjatá a podílela se na hodnocení nabídek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K procesním námitkám zadavatele

54. V úvodu svého vyjádření ze dne 21. 7. 2010 zadavatel uvádí, že považuje postup Úřadu v souvislosti s posouzením podnětu ohledně postupu zadavatele v předmětné veřejné zakázce za nestandardní, zejména z důvodu nepřiměřené doby vyřizování podnětu a dále pak okolnosti jeho vyřizování.

K danému Úřad uvádí, že podnět od stěžovatele obdržel dne 7. 4. 2010, přičemž podáním ze dne 9. 4. 2010 si vyžádal dokumentaci k veřejné zakázce. Dne 19. 4. 2010 obdržel Úřad dokumentaci od zadavatele a následně dne 27. 4. 2010 doplnění vyjádření zadavatele. Z podnětu a především pak z obdržené dokumentace vyplynulo, že předmětné veřejné zakázce předcházela zrušená veřejná zakázka, která úzce souvisela s předmětnou veřejnou zakázku a Úřad získal pochybnosti o oprávněnosti zrušení původní veřejné zakázky. Dne 26. 5. 2010 si Úřad vyžádal dokumentaci i k původní veřejné zakázce. Danou dokumentaci obdržel Úřad dne 1. 6. 2010 a vzhledem k tomu, že elektronický nosič dat obsahující projektovou dokumentaci byl poškozen, zažádal Úřad dne 16. 6. 2010 o projektovou dokumentaci v listinné podobě, která mu byla zadavatelem doručena dne 24. 6. 2010. Po prostudování kompletní dokumentace Úřad dopisem ze dne 9. 7. 2010 zahájil správní řízení z moci úřední v předmětné

veřejné zakázce. Stěžovateli a zadavateli následně oznámil výsledek šetření podnětu v původní veřejné zakázce, kde konstatoval, že při zrušení původní veřejné zakázky postupoval zadavatel v souladu se zákonem v tehdy účinném znění. Z daného tedy vyplývá, že Úřad postupoval v dané věci bez zbytečných průtahů a rozhodoval ve lhůtách přiměřených.

55. K námitce zadavatele, že stěžovatel veřejně sděloval informace, z jakých důvodů bude v dané věci zahájeno správní řízení, ačkoliv ve smyslu ust. § 42 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů, měl být stěžovatel pouze informován o tom, že Úřad zahájil, nebo neshledal důvody pro zahájení správního řízení z moci úřední, Úřad uvádí, že stěžovateli bylo ve výsledku šetření podnětu pouze sděleno, že Úřad získal pochybnosti o tom, zda postup zadavatele při výběru nejhodnější nabídky není v rozporu se zákonem, a proto zahájil správní řízení z moci úřední. Pro úplnost Úřad dodává, že na žádost Policie České republiky ze dne 7. 6. 2010, která potvrdila právní zájem na předmětném správním řízení, poskytl Úřad součinnost a umožnil zástupcům Policie České republiky přístup k veškerým dokumentům, které Úřad v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou získal, včetně dokumentů uložených ve spisu vedeného Úřadem k podnětu.

56. Ve vyjádření ze dne 23. 11. 2010 pak zadavatel uvádí, že mu není zřejmý obsah dokumentu *Seznámení s novými skutečnostmi ve správním řízení*, který Úřad odeslal zadavateli dne 18. 11. 2010. V dokumentu je v následujícím odstavci dvakrát uvedeno, že Úřad posoudí z moci úřední rovněž skutečnosti, které nebyly v podaném návrhu uplatněny, avšak zadavatel uvádí, že správní řízení bylo zahájeno z moci úřední, tudíž mu není zřejmé, které skutečnosti to mají být.

K danému Úřad uvádí, že v úvodním odstavci dokumentu *Seznámení s novými skutečnostmi ve správním řízení* ze dne 16. 11. 2010 je předmětná veřejná zakázka jednoznačně identifikována, což vyplývá z úvodní věty (citace): „Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), oznámil dopisem ze dne 9. 7. 2010 zahájení správního řízení z moci úřední ve věci přezkoumání úkonů zadavatele - města Žamberk ... „ (konec citace). Ačkoliv se dále v textu dokumentu vyskytuje výraz „návrh“, jedná se o chybu v psaní, která neměla vliv na srozumitelnost daného dokumentu a z další části vyjádření zadavatele pak vyplývá, že mu rovněž bylo zřejmé, o které skutečnosti se v daném správním řízení jedná.

K uložení sankce

57. Podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle ust. § 82 zákona.

58. V šetřeném případě se zadavatel správního deliktu dle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 76 odst. 1 zákona, když hodnotící komise vyřadila nabídku jednoho z uchazečů, i když ta splňovala zákonné požadavky i požadavky uvedené zadavatelem v zadávací dokumentaci a nebyla nabídkou nepřijatelnou podle ust. § 22 odst. 1 písm. d) zákona, což v daném případě podstatně ovlivnilo výběr nejhodnější nabídky. V daném případě rovněž předseda hodnotící komise Ing. Ryan Strnad, který se podílel na posuzování a hodnocení nabídek, byl ve vztahu k veřejné zakázce podjatý, čímž zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 74 odst. 7 zákona, přičemž tímto postupem mohlo dojít

k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky a zadavatel tak naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

59. Podle ust. § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezařadil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
60. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ust. § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl ze zadávací dokumentace, kterou od zadavatele obdržel dne 19. 4. 2010. K uzavření smlouvy s vybraným uchazečem došlo dne 19. 11. 2009. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikty nezanikla.
61. Podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000,- Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí dle smlouvy o dílo uzavřené dne 19. 11. 2009 celkem 21 599 783,- Kč. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 1 079 989,- Kč.
62. Podle ust. § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlídně k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
63. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu zejména tu skutečnost, že zadavatel ze zadávacího řízení v důsledku svého nezákonného jednání vyřadil nabídku ekonomicky nejvýhodnější. Jednalo se tedy o porušení zákona, které v daném případě podstatně ovlivnilo výběr nejvhodnější nabídky a směřovalo přímo proti účelu zákona, kterým je zajištění hospodárného vynakládání veřejných prostředků a zajištění rovného přístupu všem uchazečům v hospodářské soutěži o veřejnou zakázku.
64. Postup, kdy se na posuzování a hodnocení nabídek podílí osoba, která měla nebo mohla mít zájem na zadání veřejné zakázky konkrétnímu uchazeči, je jedním z nejzávažnějších porušení zákona, neboť zadavatelé tímto postupem v rozporu se zákonem omezují, resp. vylučují spravedlivou soutěž mezi uchazeči, čímž porušují i zásadu stejného zacházení s uchazeči o veřejnou zakázku.
65. 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 nález Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb. Dle 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. Z hlediska výše pokuty vzal Úřad v úvahu také ekonomické poměry zadavatele, jehož plánované roční rozpočtové příjmy po konsolidaci v roce 2009 činily 229 626 300,- Kč a plánované rozpočtové výdaje po konsolidaci činily 249 599 300,- Kč a v roce 2010 plánované roční rozpočtové příjmy zadavatele činily 242 778 700,- Kč a plánované rozpočtové výdaje činily 242 778 700,- Kč (viz rozpočty uveřejněné na internetových stránkách zadavatele www.zamberk.cz). Vzhledem k tomu, že

rozpočet zadavatele se pohybuje v řádu stovek milionů korun, Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

66. Úřad při stanovení výše pokuty zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocitována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
67. Zároveň má pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem vedle represivní funkce – postihu za porušení povinností stanovených zákonem, splnit také funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu jako dostačující.
68. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavateli uložil pokutu, jak je uvedeno ve výroku III. rozhodnutí.
69. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – identifikační číslo zadavatele.
70. Pro úplnost Úřad uvádí, že podle čl. II bodu 1 zákona č. 417/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, se zadávání veřejných zakázek, soutěže o návrh a řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů.
71. Podle čl. II bodu 2 zákona č. 417/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, se v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, která byla zahájena po dni nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo soutěž o návrh podle čl. II bod 1 navazují, postupuje dle dosavadních právních předpisů.

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

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:

Mgr. Milan Šebesta, advokát, MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, Jakubská 1, 602 00 Brno
TESTA s.r.o., Šedivská 838, 561 51 Letohrad

Na vědomí:

Město Žamberk, Masarykovo náměstí 166, 564 01 Žamberk

Vypraveno dne:

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