



UOHSX001NQ62

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R233/2007/VZ-4015/2010/310/JSI

V Brně dne: 20. dubna 2010

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 11.12.2007 navrhovatelem -

- společností Horácká stavební, s. r. o., IČ 46962875, se sídlem Humpolecká 13/1, 586 01 Jihlava, za niž jedná Ludvík Novotný, jednatel,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S282/2007/VZ-21446/2007/520-KV ze dne 26.11.2007, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele Psychiatrické léčebny Jihlava, p.o., IČ 00600601, se sídlem Brněnská 455/54, 586 24 Jihlava, zast. MUDr. Zdeňkou Drlíkovou, ředitelkou, učiněných při zadávání veřejné zakázky „PL Jihlava – rekonstrukce pavilonu č. 3“, zadávané formou otevřeného řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 21.8.2007 pod evidenčním číslem 60010427, ve kterém je dalším účastníkem vybraný uchazeč

- společnost PSJ holding, a. s., IČ 25337220, se sídlem Jiráskova 32, 586 04 Jihlava, za niž jedná Ing. František Vaculík, předseda představenstva, a Ing. Miroslav Horňák, člen představenstva,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona a s přihlédnutím k právním závěrům rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 55/2008-63 ze dne 28.4.2009 a rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 10. 2009 č. j. 5 Afs 75/2009-100, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S282/2007/VZ-21446/2007/520-KV ze dne 26.11.2007

r u š í m

a věc

v r a c í m

k novému projednání Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Psychiatrická léčebna Jihlava, IČ 00600601, se sídlem Brněnská 54, 586 24 Jihlava, zast. ředitelkou MUDr. Zdeňkou Drlíkovou (dále jen „zadavatel“), vyhlásil formou otevřeného řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zadávací řízení na veřejnou zakázku „PL Jihlava – rekonstrukce pavilonu č. 3“, jejíž oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 21.8.2007 pod evidenčním číslem 60010427.
2. Zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel dvanáct nabídek. Po prokázání splnění kvalifikace byla z další účasti vyřazena nabídka uchazeče JMA stavební, spol. s r.o., neboť nesplnila profesní předpoklady. Dne 25.9.2007 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče PSJ holding, a.s., IČ 25337220, se sídlem Jiráskova 32, 586 04 Jihlava, (dále jen „vybraný uchazeč“). Proti tomuto rozhodnutí zadavatele podal uchazeč Horácká stavební, s. r. o., IČ 46962875, se sídlem Humpolecká 13/1, 586 01 Jihlava, (dále jen „navrhovatel“), námítky a následně dne 22.10.2007 návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Tímto dnem bylo zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad jako účastníky správního řízení označil zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče.
3. Společně s návrhem na zahájení správního řízení podal navrhovatel rovněž návrh na vydání předběžného opatření, kterým by Úřad zakázal zadavateli uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na dobu do pravomocného rozhodnutí Úřadu ve věci. Úřad návrh zamítl rozhodnutím ze dne 2.11.2007 č. j. S282/2007/VZ-20143/2007/520-KV a toto rozhodnutí bylo posléze potvrzeno rovněž rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 8.4.2008 č. j. R218/2007/02-06589/2008/310-Hr a nabylo právní moci dne 11.4.2008.

II. Napadené rozhodnutí

4. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 26.11.2007 rozhodnutí č. j. S282/2007/VZ-21446/2007/520-KV (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým

správní řízení zastavil podle § 118 zákona s odůvodněním, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem.

5. K hodnocení nabídek Úřad uvedl, že podle § 78 odst. 1 zákona je základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky ekonomická výhodnost nabídky, nebo nejnižší nabídková cena. Pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky je podle § 78 odst. 4 zákona nutné vždy stanovit dílčí hodnotící kritéria, která se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky. Podle § 78 odst. 5 zákona je nutné jednotlivým dílčími kritériím stanovit váhu, kterou vyjádří v procentech.
6. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 25.9.2007 vyplývá, že hodnotící komise posoudila přiměřenost hodnot jednotlivých dílčích kritérií a došla k závěru, že nabídka navrhovatele obsahuje v porovnání s ostatními nabídkami zjevně nepřiměřenou hodnotu v kritériu č. 2 – záruka za dílo jako celek – 144 měsíců. U ostatních nabídek se pohybuje záruka za dílo v rozmezí od 60 do 96 měsíců. Posouzení otázky zjevné nepřiměřenosti hodnoty dílčího kritéria ponechává zákon na úvaze hodnotící komise.
7. Úřad si vyžádal od zadavatele doložení příslušné odbornosti nejméně jedné třetiny členů hodnotící komise a posléze dospěl k závěru, že hodnotící komise zasedala v zákonem stanoveném složení. S odkazem na konstantní judikaturu soudů Úřad vyslovil, že do jeho pravomoci nespadá přezkoumávat myšlenkové pochody jednotlivých hodnotitelů nabídek, ale pouze dodržení zákonného rámce postupu při zadávání veřejné zakázky. Na základě uvedeného pak Úřad konstatoval, že na straně zadavatele nebylo shledáno porušení zákazu nebo nesplnění povinností, které jsou stanoveny zákonem.
8. K otázce způsobu hodnocení nabídek zadavatel v bodě 8.3 zadávací dokumentace stanovil „Způsob hodnocení nabídek“, kde mimo jiné uvedl, že „hodnocená nabídka obdrží bodovou hodnotu, která vznikne násobkem 100 a poměru hodnoty nevhodnější nabídky k hodnocené nabídce.“ Zadavatel tak stanovil způsob, jakým bude nabídky hodnotit, přičemž již výslovně nerozlišil situace, kdy nevhodnější nabídka znamená nejvyšší či nejnižší hodnotu. Tento logický postup zadavatele byl uchazečům o veřejnou zakázku zcela zřejmý, kteří příslušným způsobem zpracovali své nabídky a navrhli hodnoty jednotlivých dílčích kritérií hodnocení. Argumentaci navrhovatele, že zadavatel nedodržel popsany způsob hodnocení nabídek, tak Úřad označil za čistě účelovou.

III. Námitky rozkladu

9. Proti rozhodnutí Úřadu podal navrhovatel dne 11.12.2007 rozklad a uvádí, že napadené rozhodnutí se opírá o nesprávné závěry, že přezkoumávání myšlenkových pochodů jednotlivých hodnotitelů nespadá do pravomoci Úřadu, a tedy že postup zadavatele při hodnocení nabídek a výběru uchazeče je v podstatě nepřezkoumatelný, stejně jako i fáze hodnocení nabídek hodnotící komisí, vztaženo i na výsledek hodnocení zachycený v písemné zprávě hodnotící komise.

10. Navrhovatel dále vyzdvihuje zásady postupu zadavatele ve smyslu § 6 zákona, především pak zásadu transparentnosti spolu se zásadou rovného zacházení, které mají zaručit ověřitelnost a objektivní porovnání a posouzení nabídek. Hodnotící kritéria musí být formulována tak, aby byla vykládána všemi uchazeči stejně a rovněž zadavatel je musí interpretovat stejným způsobem a uplatňovat je objektivně ve vztahu ke všem nabídkám. Dle § 44 zákona odpovídá za správnost a úplnost zadávací dokumentace zadavatel a tato odpovědnost není podmíněna žádnými dalšími námitkami jiného subjektu.
11. Navrhovatel se mimo jiné rovněž pozastavuje nad splněním zákonného požadavku prokázání odbornosti členů hodnotící komise, přičemž uvádí, že █████ V █████ E █████ svou odbornost ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nemohl prokázat pouhým doložením diplomu o ukončení vzdělání v příbuzné oblasti bez odpovídající praxe. Stejně tak zadavatel neprokázal požadavek odbornosti pana J █████ H █████ obsahem čestného prohlášení o výkonu dohledu (stavebního dozoru) nad prováděním stavebních zakázek v posledních 8 letech, neboť toto prohlášení je zcela neurčité a nedostačující, když neobsahuje bližší specifikace obsahu a formy takové činnosti a není možno vyložit bez dalšího tyto pojmy dle zvláštního obecně závazného předpisu.
12. Ve smyslu § 78 zákona může zadavatel zvolit pro posouzení dílčích kritérií jakoukoliv vhodnou metodu, která splní podmínky zákona, tedy vždy zejména § 6 zákona. Navrhovatel uvádí, že předmětem posouzení nemohou být kritéria vztahující se ke kvalitám jednotlivých uchazečů a jejich důvěryhodnosti, a to bez ohledu na to, zda jsou přímo vyjádřena v zadávací dokumentaci, či zda jsou následně nesprávně využívána k chybné interpretaci vymezených dílčích kritérií. Dílčí hodnotící kritéria musí být vykládána vůči všem a po celou dobu zadávacího řízení stejně. Hodnotící komise musí ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ve smyslu § 80 zákona uvést postup hodnocení, výsledek hodnocení a odůvodnění rozhodnutí. Písemná zpráva rovněž musí obsahovat úplné, podrobné a přezkoumatelné odůvodnění, zejména jedná-li se o kritérium, které není jednoznačně kvantifikovatelné.
13. Odůvodnění ve zprávě hodnotící komise v části hodnocení dílčího kritéria – nabízená délka záruky za jakost stavebního díla jako celku, je z hlediska Úřadu dostačující, třebaže zde zcela chybí zdůvodnění hodnocení nabídky navrhovatele počtem 0 bodů za nabízenou záruku 144 měsíců z důvodu zjevné nepřiměřenosti zejména v tom smyslu, jakých kritérií bylo pro hodnocení a závěr komise použito a z jakého důvodu je z hlediska závěrů komise nabízená délka záruky např. 96 měsíců uznána za přiměřenou a nabízená délka záruky 144 měsíců za zjevně nepřiměřenou.
14. Způsob vymezení a postup hodnocení podle dílčích kritérií je zcela věcí zadavatele a nevztahují se na ně zákonné zásady transparentnosti a rovného zacházení s uchazeči a v podstatě nemůže být v řízení přezkoumáváno. Hodnotící komise ve věci provedla dle názoru zadavatele hodnocení nabídek podle způsobu stanoveného v zadávací dokumentaci a zadavatel neporušil zákon, když převzal nesprávný a neodůvodněný závěr komise ohledně ohodnocení navrhovatelem nabízené záruky počtem 0 bodů z důvodu zjevné nepřiměřenosti rovněž bodového hodnocení určeného v rozporu se zadávací dokumentací (vzorcem pro výpočet).

15. Složení hodnotící komise splňovalo podle Úřadu zákonné požadavky na její odbornou způsobilost, aniž však zadavatel dle názoru navrhovatele řádně tuto odbornou způsobilost prokázal a Úřad se spokojil s formálním předložením nedostačujících listin.
16. K posouzení zjevné nepřiměřenosti hodnoty délky záruky za celé stavební dílo 144 měsíců navrhovatel uvádí, že tuto otázku Úřad nijak neřeší, a v podstatě s formálním odůvodněním vylučuje z přezkumu a přejímá rozporuplnou argumentaci vybraného účastníka o obvyklých a doporučených záručních dobách. Přitom je zcela nepochybné, že ekonomická výhodnost nabídky byla zadavatelem spatřována od samého počátku i v určité mimořádnosti nabídky záruky za jakost, a to nejen ve smyslu vlastní délky záruční doby, ale zejména ve smyslu požadavku na záruku za dílo jako celek (stavební, technologická část, vybavovací předměty atd.).
17. Dle názoru navrhovatele Úřad rozhodl ve věci pozdě a mimořádně formálním způsobem, bez zohlednění zjištěného skutkového stavu projednávané věci. Nesprávným vylučováním podstatných skutečností z přezkumu s odkazem na zákonné meze přezkumného řízení, zatížil napadené rozhodnutí vadou nezákonnosti, resp. přímého rozporu se zákonem.
18. Navrhovatel v rozkladu uvádí, že závěry a postupy Úřadu nemají oporu ani v provedeném řízení ani v zákoně a činí napadené rozhodnutí nezákonným. Pokud zadavatel přijme závěr komise o posouzení a hodnocení nabídek, odpovídá za zákonnost hodnocení a veškerých na to navazujících úkolů v zadávacím řízení. V tomto smyslu nebrání nic tomu, aby byla zákonnost postupu zadavatele v této fázi přezkoumána, věcně i procesně, zejména v souvislosti s jeho rozhodnutím o výběru nejhodnější nabídky.
19. Závěr Úřadu, že není v rámci přezkumného řízení oprávněn posuzovat hodnotící parametry a způsob hodnocení, nemá ve smyslu § 6 zákona a za použití ustanovení § 112 a násl. zákona oporu v citované judikatuře ve vztahu k projednávanému případu, neboť Úřad rozhoduje mimo jiné o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem. V rámci zkoumání zákonnosti procesu zadávání nelze pomíjet věcnou podstatu věci a dílčí skutečnosti, které vytvářejí proces zadávání a mají vliv na jeho zákonnost. Bezdůvodně formalizovaným výkladem nelze obcházet účel zákona, zejména tehdy, když to má vliv na zákonnost zadavatelem vydaného rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky.
20. Rozhodnutí Úřadu nemůže napravovat závadný stav tím, že v rámci odůvodnění vyloží, jak mělo být bodové ohodnocení logicky provedeno, pokud tento postup není stanoven v zadávací dokumentaci a mohl mít vliv na výběr nejhodnější nabídky. Takový postup správního orgánu je dle názoru navrhovatele v přímém rozporu nejen se zákonem a zákonným účelem vykonávaného dohledu, ale též s ustanovením § 2, 3 a 6 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“).

21. Navrhovatel poukazuje na to, že na přezkumné řízení jakožto řízení správní, plně dopadají zákonné zásady správního řádu, zejména pak zásada zákonnosti správního řízení. Navrhovatel rovněž uvádí, že Úřad je povinen vyřídit věc bez zbytečných průtahů, avšak napadené rozhodnutí nebylo vydáno ani ve lhůtě podle § 71 odst. 1 správního řádu a s přihlédnutím k lhůtě stanovené v § 111 odst. 5 zákona. Tím měl Úřad mimo jiné umožnit uzavření smlouvy v zadávacím řízení bez ohledu na výsledek přezkumu a výrazně tak omezil možnost nápravných opatření ve smyslu zákona. Tím zmařil účel přezkumného řízení a nezákonným postupem zasáhl do práv navrhovatele a způsobil mu újmu a to za situace, kdy řízení zahájil již 22.10.2007, důkazní řízení skončil již 13.11.2007 a v řízení nastaly okolnosti dle § 71 odst. 3 a 4 správního řádu.
22. Navrhovatel v rozkladu dále uvádí, že se Úřad v napadeném rozhodnutí nevypořádal s důvody návrhu na přezkum, uplatněnými navrhovatelem, čímž zmařil účel přezkumného řízení v jeho zákonném významu a zatížil tak rozhodnutí vadou, která zakládá důvod k jeho zrušení. Zejména uvádí podrobnou argumentaci dalšího účastníka – vybraného uchazeče, k otázce přiměřenosti a nepřiměřenosti nabízené hodnoty záruky navrhovatelem, aniž je zřejmé, k jakým závěrům ve věci v souvislosti s rozpornými stanovisky navrhovatele a vybraného účastníka věcně došel. Tento postup je v rozporu s tvrzením Úřadu, že mu nepřísluší rozhodovat o uplatněných důvodech nezákonnosti postupu zadavatele.
23. Dle názoru navrhovatele se Úřad v napadeném rozhodnutí nevypořádal se skutečností, že rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky postupem zadavatele s vadami zákonnosti a porušením zásady objektivit a transparentnosti nemůže být zákonné.
24. Úřad dále nevzal v úvahu skutečnost, že hodnotící komise hodnotila a zadavatel rozhodoval o výsledku na základě bodového pořadí uchazečů, které nebylo sestaveno způsobem odpovídajícím způsobu hodnocení dílčích kritérií v zadávací dokumentaci, čímž podstatným způsobem porušil zákon a toto porušení ovlivnilo zákonnost rozhodnutí o výběru nejvýhodnější nabídky a dopustil se další chyby, když se pokusil tento rozpor účelově a formálně překlenout jakousi svou vlastní logickou úvahou, které mu v této věci nepřísluší.
25. Úřad sice přejímá dodatečnou argumentaci zadavatele, že záruka za stavební dílo, resp. stavbu v délce 144 měsíců je zjevně nepřiměřená, ale neposkytuje k tomu žádné objektivní a srozumitelné, resp. přezkoumatelné zdůvodnění, porovnání či doložené vymezení.
26. V dalším navrhovatel odkazuje na podrobné zdůvodnění svých námitek zadavateli a důvodů návrhu na rozklad a opakovaně je neuvádí, neboť má za to, že jsou již součástí spisu pro rozkladové řízení, a setrvává na nich.
27. Navrhovatel se tedy domáhá nápravy a navrhuje, aby předseda Úřadu zcela vyhověl rozkladu a napadené rozhodnutí zrušil a nařídil nové projednání, popř. změnil tak, že se návrhu na přezkum vyhovuje a učinil další nutná opatření k nápravě nezákonného stavu.

IV. Řízení o rozkladu

Původní rozhodnutí předsedy Úřadu

28. Dne 28.5.2008 bylo vydáno rozhodnutí o rozkladu č.j. R233/2007/02-10653/2008/310-Hr, kterým bylo napadené rozhodnutí potvrzeno a rozklad podaný navrhovatelem byl zamítnut. Citované rozhodnutí nabylo právní moci dne 3.6.2008 (dále jen „původní rozhodnutí o rozkladu“).
29. V odůvodnění svého rozhodnutí předseda Úřadu k požadavku na odbornou způsobilost členů hodnotící komise uvedl, že dle zákona musí mít hodnotící komise nejméně jednu třetinu členů s příslušnou odborností ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, pokud je potřeba takové odbornosti odůvodněna předmětem zakázky. Zákon však blíže nespecifikuje, jakým způsobem či jakými doklady má být odbornost členů hodnotící komise doložena, když pouze konstatuje, že charakter této odborné způsobilosti se má odvíjet od předmětu veřejné zakázky. Výklad tohoto nejasného právního pojmu náleží tedy zadavateli a v každém jednotlivém případě zadání veřejné zakázky bude odlišný. Náleží proto zcela do pravomoci zadavatele stanovit konkrétní úroveň odbornosti členů hodnotící komise a způsob jejího prokazování tak, aby jejich odbornost odpovídala předmětu veřejné zakázky. Jestliže v daném případě zadavatel posoudil odbornost jednotlivých členů hodnotící komise jako adekvátní k předmětu veřejné zakázky a Úřad se po přezkoumání všech rozhodných skutečností a v rámci vlastního správního uvážení se závěry zadavatele ztotožnil, nelze v tomto smyslu hovořit o nezákonnosti napadeného rozhodnutí.
30. K hodnocení nabídek v kritériu záruka za dílo jako celek předseda Úřadu ve svém původním rozhodnutí dále potvrdil, že ohledně přezkumu myšlenkových pochodů členů hodnotící komise není Úřad příslušný a že tento právní názor je konzistentní součástí dlouhodobé rozhodovací praxi Úřadu, stejně jakož i soudů, přezkoumávajících rozhodnutí Úřadu v rámci správního soudnictví.
31. K navrhovatelem namítanému procesnímu pochybení, kterého se měl Úřad dopustit tím, že nerozhodl ve věci bez zbytečných průtahů, předseda Úřadu uvedl, že Úřad se v rámci správního řízení zabýval rovněž návrhem navrhovatele na nařízení předběžného opatření, kterým by byl zadavateli uložen zákaz uzavřít předmětnou smlouvu, avšak pro uložení takového předběžného opatření Úřad neshledal důvody a návrh navrhovatele proto zamítl. S tímto postupem Úřadu se pak předseda Úřadu ve svém původním rozhodnutí ztotožnil, neboť byl učiněn zcela v intencích přípustného správního uvážení Úřadu.

Řízení o žalobě před Krajským soudem

32. Druhostupňové rozhodnutí předsedy Úřadu napadl navrhovatel správní žalobou před Krajským soudem v Brně (dále jen „Krajský soud“). Po projednání věci vydal Krajský soud dne 28.4.2009 rozsudek č.j. 62 Ca 55/2008-63, kterým citované druhostupňové rozhodnutí zrušil a věc vrátil předsedovi úřadu k dalšímu řízení.
33. V odůvodnění rozsudku se Krajský soud ztotožnil s námitkou navrhovatele, týkající se výkladu pojmu zjevná nepřiměřenost tak, že zadávací dokumentace je v tomto

bodě nejednoznačná, nepřesná a nesrozumitelná, neboť z ní nijak neplyne, co konkrétně zadavatel termínem zjevná nepřiměřenost míní. Ve světle uvedeného je pak zpráva o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 25.9.2007 nepřezkoumatelná, neboť neobsahuje odpovídající zdůvodnění zjevné nepřiměřenosti hodnoty nabídky navrhovatele v kritériu „záruka za dílo jako celek“ a ani z rozhodnutí zadavatele nevyplývá ve vztahu k čemu a s přihlédnutím k jakým konkrétním faktorům se jednalo o zjevnou nepřiměřenost. Jestliže za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel, dovozuje pak Krajský soud, že nedostatečnou specifikací termínu zjevná nepřiměřenost došlo ze strany zadavatele k porušení zákona. Krajský soud v dalším dovozuje, že i samotná zadávací dokumentace byla neúplná, nejasná a nejednoznačná a vymezení způsobu hodnocení nabídek v zadávacím řízení nesplňuje požadavek nezbytné přesnosti, srozumitelnosti a jednoznačnosti, pokud jde o vymezení a hodnocení dílčích kritérií ekonomické výhodnosti.

34. Podle závěrů Krajského soudu v Brně pak ze strany Úřadu nebyla dostatečně vypořádána ani námitka nezákonnosti zadávacího řízení pro rozpor se základními zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, neboť s ohledem na výše uvedené vady zadávacího řízení nelze dovodit, že by toto samo o sobě bylo zákonné.
35. S ohledem na všechny uvedené skutečnosti Krajský soud zavázal Úřad svým právním názorem a věc mu vrátil k novému projednání.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu

36. Oproti shora označenému rozsudku Krajského soudu se předseda Úřadu ohradil kasační stížností podanou u Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“), která však po projednání byla rozsudkem NSS č.j. 5 Afs 75/2009-100 ze dne 6.11.2009 zamítnuta.
37. V odůvodnění svého rozsudku se NSS do značné míry ztotožnil se závěry Krajského soudu, když konstatoval, že úkolem Úřadu je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. Úřad není podle NSS oprávněn při své přezkoumné 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 zákon 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. Úřad však přezkoumává, zda k hodnocení komisí došlo zákonem stanoveným způsobem, zda k tomu došlo transparentním způsobem, tedy zda je posouzení komise přezkoumatelné po formální stránce.
38. K námitce včasnosti doručení námitek proti úkonu zadavatele NSS uvádí, že se zde jedná o lhůtu subjektivní a počátek jejího běhu nemůže být v žádném případě dán pouhým vědomím uchazeče, resp. jeho zaměstnanců, o porušení zákona. Pokud by

se totiž počátek běhu subjektivní lhůty odvíjel od subjektivních postojů zaměstnanců uchazeče k těmto zjištěním, tedy jejich myšlenkového postupu, při kterém dospěli k závěru, že určitá zjištěná skutečnost je porušením právních předpisů, byl by počátek běhu subjektivní lhůty odvislý od právně zcela neuchopitelných postojů zaměstnanců, např. jejich odbornosti, znalosti práva, pracovitosti, pohotovosti apod. S takovými právně irelevantními skutečnostmi však podle NSS zákon počátek běhu lhůt nespojuje a ani spojovat nemůže, neboť by tím popřel ústavněprávní požadavek právní jistoty. NSS se proto ztotožnil s názorem krajského soudu, že se nejasnost zadávací dokumentace projevila až při hodnocení nevhodnější nabídky. Navrhovatel tedy námítky uplatnil v zákonem stanovené lhůtě, a to v návaznosti na rozhodnutí zadavatele o výběru nevhodnější nabídky

39. Nejvyšší správní soud se však zcela neztotožnil s hodnocením krajského soudu stran použití pojmu „nepřiměřenost“, resp. „zjevná nepřiměřenost“ v zadávací dokumentaci. NSS se totiž nedomnívá, že použití termínu zjevná nepřiměřenost v zadávací dokumentaci způsobuje její neúplnost, nejasnost a nejednoznačnost, jen proto, že není nijak blíže definováno, co konkrétně zadavatel termínem zjevná nepřiměřenost mínil. Toto NSS dovozuje z ustanovení § 8 odst. 4 vyhlášky č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti, kde považovala-li hodnotící komise hodnotu jiného dílčího kritéria, než je cena, za zjevně nepřiměřenou, nabídce v rámci tohoto kritéria přiřadila 0 bodů. Tento postup byla hodnotící komise povinna odůvodnit ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek. Vyhláška, která prováděla předchozí zákon o veřejných zakázkách (č. 40/2004 Sb.), tedy s tímto termínem operovala. Tato vyhláška sice byla zrušena stávajícím zákonem o veřejných zakázkách, nicméně skutečnost, že vyhláška tento termín používala, svědčí tomu, že se nejedná o pojem, který musí být nejasný a nejednoznačný.
40. Pojem „zjevné nepřiměřenosti“ pan není podle NSS stavěn na abstraktních základech; právě naopak, je definován odkazem na zakázku, která má být zadána, a ve vztahu k příslušnému plnění. Vykazuje tedy znaky neurčitěho právního pojmu, který se může jevit jako *a priori* nejasný, ale s ohledem na zvláštnosti předmětu zakázky je předvídatelný. Ostatně obdobný neurčitý právní pojem – „mimořádně nízká nabídková cena“ obsahuje i ustanovení § 77 zákona o veřejných zakázkách.
41. Smyslem citovaného ustanovení § 8 odst. 4 vyhlášky č. 240/2004 Sb., bylo podle závěrů NSS chránit 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. Posouzení otázky, zda se jedná o zjevně nepřiměřené hodnoty, svěřoval zákon (resp. jeho prováděcí vyhláška) do pravomoci odborné hodnotící komise. Obdobně jako tuto pravomoc svěřoval zákon do rukou hodnotící komise, nyní tak učinil sám zadavatel. Hodnotící komise tak na základě svých zkušeností může a musí posoudit zjevnou nepřiměřenost nabídky. Nelze namítat nejasnost zadání, tedy pokud takto tuto pravomoc svěřila hodnotící komisi vyhláška, nejednalo by se o chybu zadávací dokumentace, ale pokud tak učiní sám zadavatel, pochybení se dopustí. Tím, že byl pojem „zjevná nepřiměřenost“ běžně používán, došlo k jeho naplnění a není tedy

možné namítat, že jeho použití v zadávací dokumentaci svou nejednoznačností, nepřesností a nesrozumitelností způsobuje porušení zákona, tím že zadávací podmínky nebyly v tomto směru dostatečně jasné a rozhodnutí zadavatele je proto fakticky nekontrolovatelné. NSS uzavírá, že tento použitý termín objektivně nepřipouští rozdílný výklad a nevzniká tak interpretační nejistota. Již za účinnosti citované vyhlášky byla nastolena určitá správní praxe, kdy zjevnou nepřiměřenost hodnoty dílčího kritéria bylo nutné posuzovat ve vztahu k reálnosti dané hodnoty. V souvislosti s jejím zjištěním je možné (ale nejedná se vzhledem k odbornosti hodnotící komise, která má zkušenosti s realizací předmětu plnění veřejné zakázky, o povinnost stanovenou zadavateli), přihlídnout k údajům uvedeným v nabídkách ostatních uchazečů, které zejména v případě jejich většího počtu dokumentují reálnou situaci na trhu.

42. Podle § 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 § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Podle ustanovení § 80 odst. 1 zákona pořídí hodnotící komise o posouzení a hodnocení nabídek písemnou zprávu, která obsahuje seznam posouzených nabídek, seznam nabídek, které byly hodnotící komisí ze zadávacího řízení vyřazeny spolu s uvedením důvodu, popis způsobu hodnocení zbývajících nabídek s odůvodněním, výsledek hodnocení nabídek, údaj o tom, jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritérií, a údaj o složení hodnotící komise. Podle ustanovení § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazů diskriminace.
43. Podle NSS je tak zjevné, že mechanismus vylučování nabídek, jejichž hodnoty kritérií se ukáží jako zjevně nepřiměřené, není sám o sobě diskriminační, neboť je objektivní. Jinak se však bude posuzovat situace, když se na základě nezákonných dohod skupina podnikatelů, obvykle těch, kteří působí na místním trhu dané veřejné zakázky, dohodne na vytvoření homogenních nabídek kalkulací s minimálními rozdíly a nabídky konkurentů, kteří se takové dohody neúčastní, se tak stanou zjevně nepřiměřenými, aniž by se jejich předkladatelé mohli bránit či prokázat proveditelnost nabízeného řešení. Může tak být poškozována transparentnost a zdravá hospodářská soutěž, neboť má-li být vyloučena diskriminace, musí mít neúspěšní uchazeči možnost vysvětlit svá stanoviska.
44. Postup vylučování uchazečů bez kontradiktorního ověření, tj. možnosti prokázat, že tyto nabídky jsou hodnověrné a vážné, může podle NSS představovat nepřímou diskriminaci tím, že v praxi znevýhodní hospodářské subjekty např. i z jiných členských států, které vzhledem k tomu, že na základě odlišných struktur nákladů nebo technologií mohou využívat značné úspory z rozsahu nebo chtějí snížit své zisky, aby mohly účinněji proniknout na dotčený trh, jsou schopny učinit konkurenceschopnou a zároveň vážnou a hodnověrnou nabídku, kterou by však hodnotící komise nezohlednila. Na druhou stranu dle NSS se vyloučení určitých nabídek bez kontradiktorního ověření z důvodu, že jsou zjevně nepřiměřené, může ukázat vhodným, jestliže je použití tohoto pravidla odůvodněno přesvědčivě vysokým počtem nabídek, že by to překračovalo jeho správní kapacitu nebo mohlo z důvodu zpoždění, ke kterému by toto ověření mohlo vést, ohrozit uskutečnění projektu. Aby

byla dodržena zásada transparentnosti a neporušena zásada nediskriminace, musí hodnotící komise podle závěru NSS v každém případě své rozhodnutí o přidělení nulového počtu bodů za zjevně nepřiměřené kritérium nabídky přezkoumatelným způsobem odůvodnit.

45. Smyslem možnosti vyloučit zjevně nepřiměřenou nabídku je podle NSS ochrana 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 tedy 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 i zjevně nepřiměřená hodnota by ve většině případů realizaci předmětu plnění veřejné zakázky 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. Je proto nutností pro zajištění transparentnosti, rozhodnutí hodnotící komise o přidělení nulového počtu bodu nabídce, jejíž kritéria shledala zjevně nepřiměřenými, řádně odůvodnit, aby toto posouzení bylo přezkoumatelné v rámci podání námitek dotčeným uchazečem. Dle NSS není rozhodně dostatečným odůvodněním obecná formulace, kterou uvedla hodnotící komise ve Zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, že spadá do kritéria č. 2 v nabídce v porovnání s ostatními nabídkami i s ohledem k charakteru předmětu zadání veřejné zakázky zjevně nepřiměřenou hodnotu.
46. NSS se tedy neztotožnil s posouzením krajského soudu ohledně nemožnosti použitelnosti termínu „zjevné nepřiměřenosti“ hodnoty v zadávací dokumentaci, když má za to, že se jedná s ohledem na zvláštnosti předmětu zakázky o termín předvídatelný, který v minulosti používala vyhláška provádějící předchozí zákon o veřejných zakázkách, a vzhledem k jeho užívání došlo v praxi k jeho naplnění. NSS však neshledal v tomto posouzení právní otázky krajským soudem pochybení takového rázu, které by mělo mít za následek nezákonnost rozhodnutí ve věci samé a mohlo by být důvodem pro učinění jiných závěrů stran nepřezkoumatelnosti rozhodnutí předsedy Úřadu pro nedostatek odůvodnění. NSS se tak ztotožnil s názorem krajského soudu, že se Úřad nijak nevypořádal s nezákonností zadávacího řízení pro rozpor se zásadou transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, když rozhodnutí zadavatele nebylo řádně odůvodněno ohledně zjevné nepřiměřenosti hodnoty nabídky stěžovatele v kritériu č. 2 a nevyplynul z něho jednoznačný, srozumitelný a přezkoumatelný závěr, týkající se zjevné nepřiměřenosti tohoto dílčího kritéria. NSS dále dospěl k závěru, že vzhledem k zásadě transparentnosti, nediskriminace a rovného zacházení je ve většině případů vhodné, ne-li nutné, použít kontradiktorní ověření zdůvodnění zjevné nepřiměřené hodnoty hodnotící komisí. Pokaždé je však nutné závěry hodnotící komise přezkoumatelným způsobem odůvodnit, aby se dotčený uchazeč, kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, mohl v souladu s ustanovením § 110 zákona řádně bránit proti

posouzení nabídky hodnotící komisí. Úřad není sice oprávněn přezkoumávat vlastní úvahy hodnotící komise ohledně zjevné nepřiměřenosti hodnoty kritérií nabídky, je však oprávněn přezkoumávat odůvodnění jejího posouzení.

V. Stanovisko předsedy Úřadu

47. Po projednání rozkladu a příslušného spisového materiálu rozkladovou komisí ustanovenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise, stejně jako s přihlédnutím k právním závěrům Krajského soudu a NSS, jsem dospěl k následujícímu závěru.
48. Úřad v napadeném rozhodnutí č. j. S282/2007/VZ-21446/2007/520-KV ze dne 26.11.2007 nepostupoval v souladu se zákonem při posouzení souladu zadávací dokumentace se zákonem, při posouzení zákonnosti a přezkoumatelnosti zprávy o posouzení a hodnocení nabídek a při přezkumu souladnosti celého zadávacího řízení se základními zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Z uvedených důvodů jsem v řízení o rozkladu přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrátil jsem věc Úřadu k novému projednání. V dalším řízení se Úřad bude řídit právními závěry vyslovenými v tomto rozhodnutí, rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 55/2008-63 ze dne 28.4.2009 a rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 10. 2009 č. j. 5 Afs 75/2009-100.

VI. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

49. Podle § 58 odst. 5 soudního řádu správního je Úřad jakožto správní orgán v dalším řízení vázán právním názorem, který soud vyslovil ve zrušujícím rozsudku, nebo v rozsudku vyslovujícím nicotnost. V šetřeném případě soud rozsudkem č. j. 62 Ca 55/2008-63 ze dne 28.4.2009 zrušil původní rozhodnutí o rozkladu. Do dalšího řízení pak soud zavázal Úřad jakožto žalovaného právním názorem, podle kterého Úřad pochybil při posouzení souladu zadávací dokumentace se zákonem, při posouzení zákonnosti a přezkoumatelnosti zprávy o posouzení a hodnocení nabídek a při přezkumu souladnosti celého zadávacího řízení se základními zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Při novém rozhodování tedy musí Úřad při přezkoumávání úkonů zadavatele znovu zhodnotit zákonnost zadávací dokumentace, posoudit přezkoumatelnost zprávy o posouzení a hodnocení nabídek a soulad zadávacího řízení se základními zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace tak, aby bylo nově vydané rozhodnutí v těchto otázkách zákonné a přezkoumatelné.
50. Shora uvedený právní názor je pro další vedení správního řízení závazný a byl důvodem, pro nějž soud přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí o rozkladu. Vzhledem k tomu, že v rozporu s předmětným závazným právním názorem soudu jsou rovněž závěry uvedené v prvostupňovém rozhodnutí ve věci, a dále vzhledem k tomu, že tento rozpor nelze v řízení o rozkladu zhojit jinak, shledal jsem důvody pro zrušení napadeného prvostupňového rozhodnutí Úřadu, jak bylo uvedeno výše. V dalším řízení Úřad vydá rozhodnutí, ve kterém bude respektovat závazný právní

názor vyslovený v tomto rozhodnutí i v rozsudcích Krajského soudu v Brně i Nejvyššího správního soudu.

VII. Závěr

51. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí Úřadu, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Psychiatrická léčebna Jihlava, Brněnská 54, 586 24 Jihlava
2. Horácká stavební, s.r.o., Humpolecká 13/1, 586 01 Jihlava
3. PSJ holding, a. s., Jiráskova 32, 586 04 Jihlava

Vypraveno dne:

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