



UOHSX003WCLI

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R112/2011/VZ-18588/2011/310/ASc/JSI

V Brně dne: 13. prosince 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 20. 5. 2011 podaném zadavatelem –

- **Národním ústavem odborného vzdělávání v Praze**, IČ 00022179, se sídlem Weilova 1271/6, 102 00 Praha, za něhož jedná Mgr. Václav Hořejší, ředitel,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S438,471/2010/VZ-19188/2010/520/ABr ze dne 3. 5. 2011 ve věci přezkoumání úkonů jmenovaného zadavatele při zadávání veřejné zakázky nazvané „**UNIV 2 KRAJE – ZAJIŠTĚNÍ INFORMAČNÍ PODPORY DALŠÍHO VZDĚLÁVÁNÍ**“, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 9. 7. 2010 pod evidenčním číslem 60047105 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 7. 2010 pod evidenčním číslem 2010/S 133-204531, jehož dalšími účastníky jsou navrhovatelé –

- společnost **PragoData Consulting, s. r. o.**, IČ 45280576, Vranovská 1570/61, 614 00 Brno, za niž jedná Ing. Jaroslav Hindra, jednatel, a
- společnost **SEFIRA, spol. s r. o.**, IČ 62907760, se sídlem Antala Staška 2027/77, 140 00 Praha, za niž jedná Ing. Marián Jurík, jednatel,

jsem podle § 152 odst. 5 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, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S438,471/2010/VZ-19188/2010/520/ABr ze dne 3. 5. 2011

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Národní ústav odborného vzdělávání v Praze, IČ 00022179, se sídlem Weilova 1271/6, 102 00 Praha (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 9. 7. 2010 pod evidenčním číslem 60047105 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 7. 2010 pod evidenčním číslem 2010/S 133-204531 oznámení otevřeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku s názvem „UNIV 2 KRAJE – ZAJIŠTĚNÍ INFORMAČNÍ PODPORY DALŠÍHO VZDĚLÁVÁNÍ“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).¹
2. Zadavatel dne 13. 10. 2010 rozhodl podle § 84 odst. 1 písm. b) zákona o zrušení zadávacího řízení, a to z důvodu vyloučení všech tří uchazečů ze zadávacího řízení. Zrušení zadávacího řízení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 19. 10. 2010.
3. Úřad obdržel návrh společnosti SEFIRA, spol. s r. o., IČ 62907760, se sídlem Počernická 96, 108 00 Praha (dále jen „**navrhovatel č. 1**“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť zadavatel odmítl jeho námitky podané proti vyloučení ze zadávacího řízení z toho důvodu, že neobsahovaly informaci o tom, jaká újma navrhovateli č. 1 hrozí nebo vznikla v důsledku domnělého porušení zákona. Navrhovatel č. 1 rovněž napadl postup zadavatele při zrušení zadávacího řízení. Na podkladě tohoto návrhu zahájil Úřad ke dni 8. 11. 2010 správní řízení pod sp. zn. ÚOHS-S438/2010/VZ/ABr, za jehož účastníky označil zadavatele a navrhovatele č. 1.
4. Úřad obdržel rovněž návrh společnosti PragoData Consulting, s. r. o., IČ 45280576, Vranovská 1570/61, 614 00 Brno (dále jen „**navrhovatel č. 2**“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť zadavatel taktéž odmítl jeho námitky podané proti vyloučení ze zadávacího řízení z toho důvodu, že neobsahovaly informaci o tom, jaká újma

¹ Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

navrhovateli č. 2 hrozí nebo vznikla v důsledku domnělého porušení zákona. Navrhovatel č. 2 svým návrhem současně brojil i proti postupu zadavatele při rozhodování o námitkách podaných proti rozhodnutí o odmítnutí námitek a proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Na podkladě tohoto návrhu zahájil Úřad ke dni 30. 11. 2010 správní řízení pod sp. zn. ÚOHS-S471/2010/VZ/ABr, za jehož účastníky označil zadavatele a navrhovatele č. 2.

5. Z důvodu procesní ekonomie vyjádřené v § 6 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), Úřad usnesením ze dne 8. 12. 2010, č. j. ÚOHS-S438,471/2010/VZ-18345/2009/520/ABr, obě výše uvedená správní řízení spojil.
6. Zadavatel setrval na svém názoru, že postupoval v souladu s ustanovením § 110 odst. 7 zákona, když oboje námitky odmítl z toho důvodu, že neobsahovaly uvedení újmy, která stěžovateli hrozí nebo vznikla v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele. Jestliže ustanovení § 110 odst. 7 stanoví, že v námitkách podle § 110 odstavců 2, 3 a 5 musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá, lze z toho vyvodit, že jakákoliv námitka podaná stěžovatelem proti jakémukoliv úkonu zadavatele musí obsahovat náležitosti uvedené v § 110 odst. 7 třetí větě zákona. Zadavatel závěrem uvedl, že v případě, že ustanovení zákona není jednoznačné a umožňuje dvojí výklad, neměla by tato nejednoznačnost být vykládána k tíži zadavatele.

II. **Napadené rozhodnutí**

7. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 3. 5. 2011 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S438,471/2010/VZ-19188/2010/520/ABr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že odmítl námitky navrhovatelů proti jejich vyloučení ze zadávacího řízení jako neobsahující náležitosti podle § 110 odst. 7 zákona, ačkoli povinnost uvedení újmy se na námitky podané proti vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení nevztahuje, a v návaznosti na to postupoval při vyřizování námitek v rozporu s § 111 zákona, když v písemném rozhodnutí neuvědomil oba navrhovatele o možnosti podat ve lhůtě podle § 114 odst. 4 zákona návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (výrok I. napadeného rozhodnutí). Za spáchání správního deliktu Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 50 000 Kč (výrok III. napadeného rozhodnutí). Dále Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 50 odst. 4 zákona tím, že stanovil jako kritérium hodnocení nabídek kritérium „vlastní Návrh řešení“, které zahrnuje subkritérium „odborná způsobilost realizačního týmu a jeho navržených pozic“, tj. technické kvalifikační předpoklady, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a v důsledku toho i postup zadavatele při zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 1 písm. b) zákona. Jako opatření k nápravě Úřad podle § 118 zákona zrušil jednak rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 1 písm. b) zákona ze dne 13. 10. 2010, a jednak předmětné zadávací řízení (výrok II. napadeného rozhodnutí).
8. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad nejprve zabýval stanovením hodnotících kritérií pro ekonomickou výhodnost nabídky. S odkazem na § 50 odst. 4 a § 78 odst. 1 a 6 zákona a bod IV. 2) oznámení o veřejné zakázce a bod 11 zadávací dokumentace (v nichž

zadavatel vymezil dílčí hodnotící kritéria) Úřad uvedl, že zadavatelem zvolené dílčí hodnotící kritérium „vlastní Návrh řešení“, které zahrnuje subkritérium „odborná způsobilost realizačního týmu a jeho navržených pozic“, se týká částečně údajů vztahujících se k osobám uchazečů o veřejnou zakázku. Zadavatel tedy jako dílčí hodnotící kritéria použil kvalifikační předpoklady, týkající se zejména prokazování technické způsobilosti uchazeče podle § 56 odst. 2 písm. b) a e) zákona, jejichž splnění je předpokladem k účasti dodavatele v zadávacím řízení. Posouzení a vyhodnocení kvalifikace uchazečů však zadavatel provádí samostatně před vlastním posouzením a hodnocením nabídek, neboť posuzovány a následně hodnoceny mohou být jen nabídky uchazečů, kteří splnění kvalifikace prokázali. Pokud se zadavatel rozhodne, že bude nabídky hodnotit podle kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, je povinen stanovit taková kritéria, která se výhradně týkají nabídky a její ekonomické výhodnosti, tj. zabývá se hodnocením konkrétních podmínek obsažených v nabídce, za nichž uchazeč zadavateli nabízí plnění dané veřejné zakázky. Výsledkem tohoto procesu je tedy hodnocení konkrétního obsahu dané nabídky ve vztahu k její ekonomické výhodnosti a zjištění míry této ekonomické výhodnosti pro zadavatele, nikoliv hodnocení požadavků na dodavatele. Zadavatel tak porušil zákaz stanovený v § 50 odst. 4 zákona, když v rámci dílčího hodnotícího kritéria „vlastní Návrh řešení“, zvolil subkritérium „odborná způsobilost realizačního týmu a jeho navržených pozic“, které nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky. Nelze vyloučit, že pokud by dílčí hodnotící kritérium „vlastní Návrh řešení“ nezahrnovalo subkritérium „odborná způsobilost realizačního týmu a jeho navržených pozic“, mohli podat nabídky i jiní uchazeči. Z toho důvodu mohl tento postup podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Je zřejmé, že nedošlo k preferenci určitého zájemce až v průběhu zadávacího řízení, ale již na jeho počátku nastavením nezákonného subkritéria, tj. v době, kdy se zájemci teprve rozhodovali, zda podají nabídky. V této souvislosti Úřad připomněl, že se otázkou nesprávného stanovení technického kvalifikačního předpokladu jako hodnotícího kritéria zabýval v minulosti opakovaně.

9. Co se týče zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 1 písm. b) zákona z důvodu vyloučení všech tří uchazečů, poukázal v této souvislosti Úřad na ustanovení § 23 zákona, které stanoví podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění. Jednou z možností jeho použití je právě případ, kdy v předchozím otevřeném řízení byly podány pouze nevhodné nabídky. Zadavatel již při vymezení podmínek zadávacího řízení nedodržel postup stanovený v ustanovení § 50 odst. 4 zákona a tato okolnost mohla ovlivnit okruh dodavatelů připadajících v úvahu k plnění veřejné zakázky. Jestliže by podali vhodné nabídky i jiní uchazeči a pokud by splnily podmínky zadavatele, nevystal by důvod ke zrušení zadávacího řízení. Jelikož vyloučení všech dodavatelů z důvodu podání nevhodných nabídek podle § 22 odst. 1 písm. a) zákona zakládá možnost použití jednacích řízení bez uveřejnění, musel Úřad při zvážení uložení nápravy přistoupit ke zrušení jednotlivého úkonu zadavatele, tj. rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení z důvodů podání nevhodných nabídek. Jestliže existuje potenciální možnost, že by při stanovení zákonných kritérií mohly být podány jiné vhodné nabídky, musel Úřad zrušením výše uvedeného úkonu zadavatele vyloučit, aby zadavateli v budoucnu vznikla možnost zadat předmětnou veřejnou zakázku neoprávněně jednodušší formou.

10. V další části odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval odmítnutím námitek navrhovatelů. Poté, co zadavatel citoval ustanovení § 110 odst. 2, 4 a 7 zákona uvedl, že výklad ustanovení § 110 odst. 7 zákona musí být prováděn v celém kontextu zákona. Jestliže zákon speciálně určuje v § 110 odst. 7 zákona, v kterých případech je nutné specifikovat újmu vzniklou či hrozící stěžovateli a při citaci výslovně z řady odstavců 2 až 5 vynechává odstavec 4, který se týká námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení, není neuvedení odstavce 4 v citovaném ustanovení samoúčelné. Z toho důvodu nelze následně dovodit, že jiným ustanovením, tedy ustanovením § 110 odst. 2 zákona, by zákonodárce tuto povinnost specifikovat újmu vzniklou či hrozící stěžovateli při podávání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení ukládal. Úřad tak dospěl k závěru, že zadavatel nedodržel zákon tím, že odmítl námítky navrhovatele č. 1 proti jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení z důvodu, že neobsahovaly uvedení újmy, která stěžovateli hrozí nebo vznikla v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele, neboť povinnost uvedení této újmy se na námítky podané proti vyloučení uchazeče z účasti v zadávacím řízení nevztahuje. Obdobný závěr lze vztáhnout i na postup zadavatele vůči navrhovateli č. 2, kdy i jeho námítky proti vyloučení z účasti v zadávacím řízení z důvodu neuvedení vzniklé či hrozící újmy byly zadavatelem neoprávněně odmítnuty, přestože se jednalo o námítky podle § 110 odst. 4 zákona. Navrhovatel č. 2 podal další námítky proti postupu zadavatele, ve kterých již specifikoval hrozící újmu spočívající v odepření účasti v zadávacím řízení ve fázi hodnocení nabídek, neboť se nejednalo o námítky proti vyloučení z účasti v zadávacím řízení. Zadavatel ani těmto v pořadí druhým námítkám nevyhověl a setrval na svém stanovisku, že námítky proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z účasti v zadávacím řízení jsou úkonem zadavatele ve smyslu ustanovení § 110 odst. 2 zákona, a proto v nich podle § 110 odst. 7 zákona musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla. Úřad dodal, že se nezabýval věcnými důvody vyloučení obou navrhovatelů, neboť zadavatel pochybil již při stanovení podmínek zadávacího řízení a tento postup mohl podstatně ovlivnit okruh potencionálních zájemců a výběr nejvhodnější nabídky. Z tohoto důvodu tedy Úřad kromě rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 13. 10. 2010 zrušil také samotné zadávací řízení.
11. Závěrem odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad vyjádřil k uložené sankci. Poté, co přezkoumal splnění podmínek pro její uložení a citoval obsah ustanovení § 120 odst. 1 písm. g), § 120 odst. 2 písm. b) a § 121 odst. 2 a 3 zákona, uvedl, že při stanovení výše pokuty vzal v úvahu skutečnost, že otázka, zda námítky proti rozhodnutí o vyloučení uchazečů ze zadávacího řízení musí obsahovat náležitosti podle § 110 odst. 7 cit. zákona či nikoliv, dosud v rozhodovací praxi Úřadu nebyla řešena. Jde tedy z hlediska aplikace o problematiku novou, bez možnosti zadavatele opřít se při svém postupu o dřívější stanovisko Úřadu. Rovněž skutečnost, že zadavatel předmětné zadávací řízení zrušil a eliminoval tak případné negativní následky spáchaného správního deliktu, Úřad posoudil jako polehčující okolnost a přihlédl k ní při výměře pokuty. Ve světle nálezu Ústavního soudu č. 405 uveřejněného ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb. přihlédl také k ekonomické situaci zadavatele a shledal, že uložená pokuta pro něj nebude mít likvidační charakter. Při stanovení výše pokuty proto akcentoval její preventivní funkci a uloženou pokutu posoudil jako dostačující.

III. Námitky rozkladu

12. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 23. 5. 2011 rozklad zadavatele. Ten předně vyjadřuje nesouhlas s podaným výkladem § 110 odst. 7 zákona a předestřeným právním názorem, že v případě námitek podle § 110 odst. 4 zákona nemá stěžovatel povinnost uvádět, jaká újma mu hrozí nebo vznikla v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele. S odkazem na § 110 odst. 1 a 2 zákona dovozuje zadavatel aktivní legitimaci jakéhokoli dodavatele podat v zadávacím řízení zdůvodněné námitky proti jakémukoli úkonu zadavatele, pokud mu v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla újma na jeho právech. Citované ustanovení upravuje okruh úkonů zadavatele, proti kterým stěžovatel může námitky podat, a lhůtu, v níž je podání takových námitek možné. Následující § 110 odst. 3, 4 a 5 zákona upravují pouze počátek běhu lhůty a lhůtu samotnou pro podání námitek proti některým, taxativně vyjmenovaným úkonům zadavatele. Ustanovení § 110 odst. 7 zákona se zabývá formou a obligatorními obsahovými náležitostmi námitek. Druhá věta naposledy citovaného ustanovení ve znění: „V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona.“, upravuje část povinných obsahových náležitostí námitek proti všem úkonům zadavatele, totéž podle názoru zadavatele platí i o odstavcích 2, 3 a 5 citovaného ustanovení. Na tom nemůže změnit nic ani to, že v § 110 odst. 7 zákona není výslovně zmíněn odstavec čtvrtý. Určuje-li tedy zákon, že podstatnou náležitostí námitek je uvedení hrozící nebo vzniklé újmy a § 110 odst. 2 obsahuje nekonečnou množinu úkonu zadavatele, proti kterým lze námitky podat, je nepochybné, že toto ustanovení v sobě zahrnuje i námitky podané proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z účasti v zadávacím řízení. Zadavatel tedy trvá na tom, že byl oprávněn námitky podané oběma navrhovateli odmítnout.
13. K vytýkané absenci poučení o možnosti podat návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu v rozhodnutích o odmítnutí námitek zadavatel uvádí, že mu není zákonem stanovena povinnost takto postupovat i v případě, kdy námitky odmítá z důvodu, že neobsahují náležitosti uvedené v § 110 odst. 7 zákona. Odmítnutí námitek je specifickým úkonem, při němž zadavatel nepostupuje podle § 111 zákona, neboť tyto námitky věcně nepřezkoumává. Uchazeč, který podal námitky bez obligatorních náležitostí, se zbavuje možnosti podat návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
14. Co se týče dílčího hodnotícího kritéria „vlastní Návrh řešení“, resp. jeho podkritéria „odborná způsobilost realizačního týmu jeho navržených pozic“, odkazuje zadavatel na protokol o pátém jednání hodnotící komise, z něhož vyplývá, že nabídky uchazečů byly posouzeny pouze z hlediska splnění zadávacích podmínek ve smyslu § 76 odst. 1 zákona a že k samotnému hodnocení nabídek nedošlo. Současně na tomto pátém jednání hodnotící komise upozornila zadavatele na nezákonnost výše zmíněného podkritéria. V případě, že by tedy z účasti v zadávacím řízení nebyl žádný uchazeč vyloučen, hodnocení nabídek by stejně nemohlo být provedeno, a proto nelze předjímat, že by zadavatel při výběru nejvhodnější nabídky postupoval v rozporu se zákonem. Zadavatel dále uvádí, že v rámci prokázání splnění kvalifikačních předpokladů požadoval prokázání osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci, a to tím způsobem, že po uchazečích požadoval předložení osvědčení o dosaženém vzdělání

a profesní kvalifikaci, zpracovaný profesní životopis (stanovené struktury) podepsaný členem týmu, přehled nejdůležitějších projektů na realizaci jednoho porovnatelného typu služeb, na jejichž plnění se osoba podílela, včetně její pozice a odpovědnosti. Z těchto požadavků je zřejmé, že požadavek na odbornou způsobilost (stanovený dle mínění zadavatele plně v souladu s § 56 odst. 7 zákona) byl obsažen v požadavcích na prokázání splnění kvalifikace a nemohl předem preferovat určitého zájemce a ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad v napadeném rozhodnutí neuvádí, v čem spatřuje nesprávné stanovení technického kvalifikačního předpokladu jako hodnotícího kritéria. Zároveň však připouští, že jej omylem použil jako dílčí hodnotící kritérium.

15. K obavě Úřadu, že zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. b) zákona mohlo vést k následné volbě jednacím řízení bez uveřejnění pro zadání veřejné zakázky, zadavatel upozorňuje na své vyjádření, v němž informoval Úřad o záměru vyhlásit nové otevřené zadávací řízení, v němž budou jednoznačně stanoveny požadavky na prokázání splnění kvalifikace a transparentní a zákonu neodporující hodnotící kritéria.
16. Závěrem podaného rozkladu se zadavatel vyjádřil také k uložené sankci, která je dle jeho mínění velmi přísná. Při jejím uložení Úřad nepřihlédl ani ke způsobu spáchání správního deliktu (v této souvislosti zadavatel opětovně předesílá svůj výklad § 110 odst. 7 zákona), k polehčujícím okolnostem (kdy zadavatel svým následným jednáním eliminoval negativní následky správního deliktu) a k dalším okolnostem, za nichž byl delikt spáchán (důvody vyloučení obou navrhovatelů). Úřad by proto měl znovu zkoumat, zda byl správní delikt skutečně spáchán, když jediným pochybením zadavatele je postup v rozporu s § 50 odst. 4 zákona, který však byl eliminován tím, že zadavatel zadávací řízení zrušil před hodnocením nabídek. Úřad dále nezohlednil rozpočtovou situaci zadavatele, který má omezené množství finančních prostředků pro vlastní činnost. Zadavatel disponuje pouze cca 100 000 Kč, neboť ostatní prostředky musí vypořádat v rámci ukončení projektu a nemůže je použít pro jiné účely. Z tohoto důvodu představuje uložená pokuta citelný zásah do jeho rozpočtu. Zadavatel proto závěrem požaduje zrušení napadeného rozhodnutí nebo alespoň upuštění od uložení pokuty, případně jejího výrazného snížení.

IV. Řízení o rozkladu

17. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j ÚOHS-S438/2010-8365/2011/520/ABr ze dne 25. 5. 2011 ostatním účastníkům správního řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu.
18. K podanému rozkladu se vyjádřil navrhovatel č. 2., který se ztotožňuje s výkladem § 110 odst. 7 tak, jak jej podal Úřad v napadeném rozhodnutí. Obecná ustanovení § 110 odst. 2 zákona nemohou popírat ty části zákona, které se týkají specifikovaných úkonů zadavatele.
19. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
20. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných

souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

21. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S438,471/2010/VZ-19188/2010/520/ABr ze dne 3. 5. 2011 rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že odmítl námítky navrhovatelů proti jejich vyloučení ze zadávacího řízení jako neobsahující náležitosti podle § 110 odst. 7 zákona, ačkoli povinnost uvedení újmy se na námítky podané proti vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení nevztahuje, a v návaznosti na to postupoval při vyřizování námitek v rozporu s § 111 zákona, když v písemném rozhodnutí neuvědomil oba navrhovatele o možnosti podat ve lhůtě podle § 114 odst. 4 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, za což mu uložil pokutu ve výši 50 000 Kč, a dále když rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 50 odst. 4 zákona tím, že stanovil jako kritérium hodnocení nabídek kritérium „vlastní Návrh řešení“, které zahrnuje subkritérium „odborná způsobilost realizačního týmu a jeho navržených pozic“, tj. technické kvalifikační předpoklady, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a v důsledku toho i postup zadavatele při zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 1 písm. b) zákona, v důsledku čehož Úřad jako opatření k nápravě zrušil jednak rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 1 písm. b) zákona ze dne 13. 10. 2010, a rovněž celé předmětné zadávací řízení, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námítkám rozkladu

22. Jak vyplývá z podaného rozkladu, zadavatel odmítá výklad § 110 odst. 7 zákona tak, jak byl Úřadem podán v napadeném rozhodnutí a trvá na tom, že i námítky podané proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z účasti v zadávacím řízení musí obsahovat informaci o tom, jaká újma stěžovateli vznikla nebo hrozí v důsledku domnělého porušení zákona. Ačkoli se jedná o argumentaci již jednou předestřenou v rámci správního řízení prvního stupně, k níž se Úřad vyčerpávajícím způsobem vyjádřil, považuji za potřebné zopakovat, že výklad § 110 odst. 7 zákona nelze provádět izolovaně od ostatních ustanovení zákona, nýbrž systematicky ve vzájemné souvislosti. Gramatickými, systematickými a logickými výkladovými metodami nelze dospět k jinému závěru než k tomu, že pokud § 110 odst. 7 zákona zmiňuje jako obligatorní náležitost „informaci o újmě, která v důsledku domnělého porušení zákona stěžovateli hrozí nebo vznikla“ pouze u taxativně vyjmenovaných typů námitek (tj. u námitek proti úkonům zadavatele, zadávacím podmínkám a proti záměru uzavřít smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení) a v tomto omezeném výčtu nejsou uvedeny námítky podle § 110 odst. 4 zákona, tj. námítky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení, nelze na naposledy zmíněné námítky nahlížet jako na „úkon zadavatele podle § 110 odst. 2 zákona“. Ačkoli ustanovení § 110 odst. 2 zákona hovoří o všech úkonech zadavatele,

ustanovení § 110 odst. 4 a potažmo 7 z nich činí úkony zvláštního charakteru, pro které platí určité výjimky. Veden logickými argumenty pak vycházím z toho, že újma, která stěžovateli hrozí nebo vznikla v důsledku výběru jiného uchazeče nebo z důvodu vyloučení stěžovatele, je na první pohled zřejmá (tj. dojde k zabránění možnosti ucházet se o veřejnou zakázku a realizovat její předmět), a proto není třeba ji obšírně vysvětlovat. Pokud by zákonodárce na vysvětlení újmy v těchto případech trval, jednalo by se o bezúčelný formalismus a otevírání prostoru pro účelové jednání zadavatele, který by mohl zpochybňovat preciznost vymezení újmy stěžovatelem a takto se vyhýbat věcnému přezkoumání námitek podle § 110 odst. 4 zákona. Uzavírám tedy, že případná absence zákonné náležitosti – informace o újmě, která v důsledku domnělého porušení zákona stěžovateli hrozí nebo vznikla, nemůže být důvodem k odmítnutí námitek podle § 110 odst. 4 zákona pro jejich neúplnost.

23. Zadavatel je rovněž stále přesvědčen, že pokud námitky odmítal (a věcně nepřezkoumával) pro absenci podstatných náležitostí obsažených v § 110 odst. 7 zákona, nebyl povinen uvědomit oba navrhovatele o jejich právu obrátit se s návrhem na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele na orgán dohledu. V této úvaze je zadavatel veden zněním § 110 odst. 7 zákona, podle něhož zadavatel námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce odmítne a bezodkladně písemně uvědomí o této skutečnosti stěžovatele, a dále ustanovením § 111 odst. 2 zákona, v souladu s nímž zadavatel uvědomí stěžovatele v písemném rozhodnutí o možnosti podat ve lhůtě podle § 114 odst. 4 zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu v případě, kdy námitkám nevyhoví. Veden účelem a smyslem této části zákona, kterou primárně je ochrana uchazečů před nezákonným postupem zadavatele, nemohu výkladu prezentovanému zadavatelem přisvědčit. Za použití teleologického výkladu dospívám k nutnému závěru, že institut námitek je důležitým zákonným nástrojem obrany uchazečů proti úkonům zadavatele, od kterého se odvíjí nejen možnost podat k Úřadu návrh na zahájení správního řízení, ale který zadavateli zamezuje uzavřít ve lhůtě 45 dnů od jejich doručení smlouvu (je-li návrh podán včas), a tím zajistit účinnou nápravu zadavatelova pochybení tím, že (neprávem) vyloučeným uchazečům bude dána možnost se o účast ve veřejné zakázce znovu ucházet. Ačkoli sám zadavatel v průběhu zadávacího řízení v pozici správního orgánu nevystupuje, poučením o možnosti podat návrh na zahájení správního řízení je zajišťováno základní právo na soudní a jinou ochranu, tj. tímto způsobem je fyzickým i právnickým osobám dána příležitost, aby mohly svá práva a zájmy ve správním řízení účinně hájit. Veden touto stěžejní myšlenkou nemám pochyb o úmyslu zákonodárce, aby tato cesta k ochraně práv uchazečů prostřednictvím správního řízení, která počíná právě poučovací povinností zadavatele, byla dána neomezeně pro všechny případy, v nichž zadavatel „materiálně“ námitkám podaným proti některému svému úkonu či rozhodnutí nevyhoví, tedy i v případech, kdy námitky sice věcně nepřezkoumá, ale pouze odmítne pro formální vady, neboť i tímto postupem fakticky stěžovateli vyhověno není. Pokud bych přistoupil na výklad zadavatele, podle něhož je ochrana ve správním řízení dána pouze těm stěžovatelům, kteří podají z hlediska obligatorních náležitostí „perfektní“ námitky, mohlo by to vést k účelovému odmítání námitek (bez jejich věcného přezkumu) mj. i proto, aby se zadavatel zprostil své povinnosti poučit stěžovatele o možnosti podat návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu.

24. Vzhledem však k tomu, že obligatorní náležitostí námitek podaných proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení stěžovatele z účasti v zadávacím řízení není informace o tom, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla, a to z důvodů podrobně popsanych výše, jsou výše uvedené úvahy v daném konkrétním případě pouze teoretické; námitky podané oběma navrhovateli byly tedy z hlediska povinných obsahových náležitostí bezvadné, a tudíž zadavatel byl povinen se jimi věcně zabývat a oba navrhovatele poučit o možnosti obrátit se na Úřad s návrhem na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Obě nezákonná jednání tak na sebe bezprostředně navazují.
25. K volbě dílčího hodnotícího subkritéria jsem nucen odkázat na zcela jednoznačnou zákonnou úpravu v § 50 odst. 4 zákona, podle níž ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady a technické kvalifikační předpoklady nemohou být předmětem hodnotících kritérií. Posouzení a vyhodnocení kvalifikace uchazečů musí zadavatel provést samostatně od vlastního hodnocení nabídek. Zadavatel (hodnotící komise) tedy musí nejprve posoudit kvalifikaci uchazečů, tj. musí ověřit jejich schopnost poskytnout plnění veřejné zakázky podle kritérií stanovených dle § 51 zákona (uchazeči musí splňovat základní kvalifikační předpoklady vymezené v § 53 zákona a dále další kvalifikační předpoklady stanovené zadavatelem, která vyjadřují profesní, ekonomickou a finanční a technickou způsobilost uchazeče pro plnění konkrétní veřejné zakázky, jak stanovil zadavatel v podmínkách zadání). Ze znění zákona je tedy zřejmé, že se posouzení kvalifikace uchazeče vztahuje k osobě uchazeče, tedy jde o vyhodnocení jeho obecné způsobilosti k plnění veřejné zakázky, přičemž výsledkem tohoto vyhodnocení je buď závěr, že uchazeč je schopen splnit danou veřejnou zakázku tak, jak ji vymezil zadavatel a jeho nabídka tak může být dále posuzována a hodnocena, případně takový uchazeč není v plném rozsahu schopen předmět veřejné zakázky realizovat, a musí tedy být z další účasti v zadávacím řízení bezodkladně vyloučen (viz § 60 odst. 1 a 2 zákona). Kvalifikační kritéria tak vyjadřují schopnost uchazeče splnit veřejnou zakázku, ale již nevyjadřují ekonomickou výhodnost jeho konkrétní nabídky podané v konkrétním zadávacím řízení. Pokud se zadavatel rozhodne, že bude nabídky hodnotit podle kritéria ekonomická výhodnost nabídky, je povinen stanovit taková dílčí kritéria, která se výhradně týkají nabídky a její ekonomické výhodnosti, tzn. její kvality, nikoli vlastností, které jsou imanentní pro uchazeče. Zadavatel tedy svým postupem zaměnil požadavek na kvalifikaci s hodnotícím kritériem, a tím se dopustil porušení § 50 odst. 4 zákona, který takový postup výslovně zakazuje. Na uvedeném závěru nic nemění to, že zadavatel byl na nesoulad hodnotících kritérií upozorněn hodnotící komisí s tím, že hodnocení nemůže být provedeno, ani to, že by se uvedená nezákonnost nemohla dotknout těch uchazečů, kteří by technické kvalifikační předpoklady splnili.
26. K argumentaci zadavatele, že stanovení nezákonného subkritéria „odborná způsobilost realizačního týmu a jeho navržených pozic“, nemohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, uvádím, že již stanovení nezákonného subkritéria mohlo potencionálně ovlivnit úvahu zájemců, zda podají nabídky či nikoliv. Není totiž vyloučeno, že v případě správního stanovení dílčích hodnotících kritérií by podalo nabídky více uchazečů. Ne všichni uchazeči by nutně byli ze zadávacího řízení vyloučeni, a tedy by ani nevznikl důvod pro postup podle § 84 odst. 1 písm. b) zákona.

27. Taktéž nelze spoléhat na pouhé nezávazné prohlášení zadavatele, že by po zrušení zadávacího řízení z důvodu podle § 84 odst. 1 písm. b) zákona nevyužil možnosti zadat veřejnou zakázku méně formálním způsobem (tj. v jednacím řízení bez uveřejnění). Podstatné je, že zrušení zadávacího řízení z výše citovaného důvodu bylo předčasné, jinými slovy není dosud postaveno najisto, že pro vyloučení všech tří uchazečů ze zadávacího řízení skutečně existovaly oprávněné důvody, a to proto, že zadavatel věcně nepřezkoumal námitky podané navrhovatelem č. 1 a č. 2 a nezákonně je odmítl jako námitky nepodané řádně.
28. Stran uložené sankce, nemohu se ztotožnit s názorem, že pokuta, kterou Úřad zadavateli uložil, je velice přísná. V první řadě odkazuji na ustanovení § 120 odst. 2 písm. g) zákona, které jako maximální výši možné pokuty stanoví částku 10 mil. Kč. Je zřejmé, že uložená pokuta se pohybuje na samé dolní hranici zákonné sazby a plní tak výrazně preventivní funkci. Je však současně třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu. Pokud jde o okolnosti hovořící ve prospěch zadavatele, při úvahách o výši pokuty vzal orgán dohledu v potaz zejména neexistující rozhodovací praxi v otázce výkladu § 110 odst. 7 zákona a § 111 odst. 2 zákona a také snahu zadavatele eliminovat následky svého nezákonného jednání. To je ostatně výslovně zmíněno v bodu 53 odůvodnění napadeného rozhodnutí, a tedy nelze souhlasit s dílčí rozkladovou námitkou, že orgán dohledu rezignoval na posouzení způsobu spáchání deliktu, jeho následků a polehčujících okolností na straně zadavatele. Vytýká-li zadavatel v této souvislosti Úřadu, že se nezabýval důvody vyloučení uchazečů z účasti v zadávacím řízení, pak je třeba podotknout, že tak učinil z důvodů procesní ekonomie, neboť ruší-li se celé zadávací řízení a bude-li pravděpodobně vypsáno zadávací řízení nové, byl by takový postup již zbytečný, bez praktického významu pro všechny účastníky řízení. Primárním účelem tohoto řízení tak bylo posoudit, zda námitky obou navrhovatelů byly podány řádně, a tudíž zda měly být zadavatelem věcně přezkoumány. Nelze tudíž současně odhlédnout od skutečnosti, že ani zadavatel důvody vyloučení obou navrhovatelů v řízení o námitkách věcně nepřezkoumal. Konečně k dílčí rozkladové námitce, že Úřad nezohlednil rozpočtovou stránku zadavatele, uvádím, že i přes omezené množství disponibilních prostředků nelze říci, že by uložená pokuta mohla vést k likvidaci nebo ohrožení fungování zadavatele. Peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Kromě toho může zadavatel, nemůže-li uhradit pokutu z rozpočtových zdrojů, využít jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva a odpovědnosti konkrétní osoby – zaměstnance za protiprávní stav.

VI. Závěr

29. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uvedených v rozkladu.

30. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem 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. Národní ústav odborného vzdělávání v Praze, Weilova 1271/6, 102 00 Praha
2. PragoData Consulting, s. r. o., Vranovská 1570/61, 614 00 Brno
3. SEFIRA, spol. s r. o., Počernická 96, 108 00 Praha

Vypraveno dne:

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