



UOHSX004IGEA

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R72/2012/VZ-20711/2012/310/JRa

Brno 2. listopad 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 19. 3. 2012 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jenž podal navrhovatel –

- společnost **TRIFID CONSULT a. s.**, IČ 25359541, se sídlem V Celnici 1028/10, 110 00 Praha 1 – Nové Město, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 11. 12. 2011 společnostmi Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s. r. o., IČ 28360125, se sídlem Mezníkova 273/13, 616 00 Brno, za niž jedná Mgr. Jan Tejkal, advokát, jednatel,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S1/2012/VZ-3006/2012/510/MGr ze dne 1. 3. 2012, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele

- **Pardubického kraje**, IČ 70892822, se sídlem Komenského náměstí 125, 532 11 Pardubice,

při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Návrh a provoz systému optimalizace nákupů pro organizace Pardubického kraje**“, zadávané formou otevřeného 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 25. 7. 2011 pod ev. č. 6006305702001 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 7. 2011 pod ev. č. 2011/S 142-236048 a jehož zrušení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 6. 12. 2011 pod ev. č. 7000000002480 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 10. 12. 2011 pod ev. č. 2011/S 238 - 383351,

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 ze dne 1. 3. 2012, č. j. ÚOHS-S1/2012/VZ-3006/2012/510/MGr,

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Pardubický kraj, IČ 70892822, se sídlem Komenského náměstí 125, 532 11 Pardubice, (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil dne 25. 7. 2011 v informačním systému o veřejných zakázkách pod ev. 6006305702001 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 7. 2011 pod ev. č. 2011/S 142-236048 oznámení otevřeného řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Návrh a provoz systému optimalizace nákupů pro organizace Pardubického kraje“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).¹
2. Z protokolu o otvírání obálek s nabídkami vyplývá, že nabídku podali čtyři uchazeči a všechny nabídky vyhověly kontrole úplnosti nabídky podle § 71 odst. 8 zákona. Z protokolu o posouzení kvalifikace vyplývá, že uchazeč QCM, s. r. o., neprokázal splnění kvalifikace.
3. Dále z protokolu o jednání hodnotící komise vyplývá, že hodnotící komise po posouzení všech nabídek shledala pro další postup zadavatele dvě možné varianty, a to buď zrušení zadávacího řízení, nebo výběr nejvhodnější nabídky, kterou podal navrhovatel – TRIFID CONSULT a. s., IČ 25359541, se sídlem V Celnici 1028/10, 110 00 Praha 1 – Nové Město (dále jen „**navrhovatel**“) – za předpokladu, že by pro nesplnění kvalifikace vyloučil uchazeče QCM, s. r. o., a pro nesplnění zadávacích podmínek i uchazeče eCentre, a. s. Následně hodnotící komise doporučila zadavateli zrušit zadávací řízení, a to „z důvodů popsaných v § 84 odst. 2 písm. e) zákona, kdy zadávací dokumentace obsahuje jednoznačné vymezení

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

rozsahu (kvalifikace) požadovaných služeb v rámci správy, provozu a údržby systému a nastavení vah jednotlivých dílčích kritérií hodnocení, které umožnilo spekulativní postup některých dodavatelů“.

4. Vzhledem k tomu, že se zadavatel ztotožnil s názorem hodnotící komise, rozhodl dne 23. 11. 2011 o zrušení předmětného zadávacího řízení. Rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení oznámil zadavatel uchazečům dopisem ze dne 26. 11. 2011. Navrhovatel rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení obdržel dne 29. 11. 2011.
5. Dne 14. 12. 2011 byly zadavateli doručeny námitky navrhovatele proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení, kterým zadavatel po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách obdržel navrhovatel dne 23. 12. 2011. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 30. 12. 2011 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“).
6. Na základě obdrženého návrhu bylo dne 30. 12. 2011 zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad oznámil zahájení správního řízení dopisem č. j. ÚOHS-S1/2012/VZ-904/2012/510/MGr ze dne 17. 1. 2012. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S1/2012/VZ-905/2012/510/MGr z téhož dne účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

II. **Napadené rozhodnutí**

7. Dne 1. 3. 2012 vydal Úřad rozhodnutí č. j: ÚOHS-S1/2012/VZ-3006/2012/510/MGr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým byl zamítnut návrh navrhovatele dle § 118 odst. 4 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 citovaného ustanovení.
8. Z odůvodnění rozhodnutí Úřadu vyplývají následující závěry. Předně Úřad uvedl, že zadavatel specifikoval požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny a jednotlivá dílčí hodnotící kritéria v části 8 svazku 1 zadávací dokumentace. Nabídkovou cenu specifikoval jako celkovou cenu za poskytnutí všech požadovaných služeb a dodávek, a to včetně daně z přidané hodnoty. Zadavatel dále stanovil, že nabídková cena musí obsahovat veškeré nutné náklady pro řádné poskytnutí služeb, včetně všech nákladů souvisejících (poplatky, dopravní náklady apod.). Dále zadavatel stanovil, že nabídková cena za poskytování služeb bude jednotně u všech dodavatelů vycházet z toho, že vytvoření systému, včetně jeho implementace, bude dokončeno za 6 měsíců a objem systémem realizovaných nákupů bude 810 mil. Kč/rok (12 měsíců). Ze zadávací dokumentace dále vyplývá, že nabídková cena je rozčleněna na tři části a sice:
 - a. Jednorázová cena za zpracování analýzy a zpracování návrhu systému optimalizace nákupů a jeho implementaci a odzkoušení včetně zaškolení pracovníků zadavatele.
 - b. Měsíční cena za řádnou a bezvadnou správu a provoz systému optimalizace nákupů.

c. Motivační odměna, jako relativní podíl (%) z finanční hodnoty úspor nákupů realizovaných prostřednictvím zavedeného systému optimalizací nákupů proti nákladům vycházejícím z analýzy realizovaných obchodů v předcházejícím období.

9. V části V. svazku 2 (obchodní podmínky) zadávací dokumentace zadavatel v bodě 4. stanovil, že sjednané ceny za zpracování analýzy a implementaci systému i měsíční paušální odměna obsahují veškeré náklady dodavatele a jeho přiměřený zisk pro řádné a včasné zavedení a následný provoz a správu systému optimalizace nákupů zadavatele.

10. Úřad dále poukázal na jednotlivé ceny, které nabídli uchazeči:

Cena analýzy a implementace navrženého systému v Kč	Cena za provoz a správu systému za období 48 měsíců v Kč	Motivační složka z hodnoty dosažených úspor v %
47 999 999	0,01	14,99
5 298 000	17 193 600	4,92
60 555 360	43 200	0,50
2 400 000	5 760 000	10,00

11. Z protokolu hodnotící komise pak dle Úřadu vyplynulo, že podle stanovených kritérií hodnocení nemůže zadavatel v rámci veřejné zakázky vybrat nabídku ekonomicky nejvýhodnější vzhledem k tomu, že dodavatelé v některých případech účelově uvedli nulové nebo nízké hodnoty v jednom kritériu hodnocení a jejich hodnotu pak přesunuli do kritéria jiného, s nižším významem, a tímto způsobem by byl ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky v neprospěch zadavatele. Hodnotící komise pak tento svůj názor rozvinula tak, že z hlediska nabídkových cen je zřejmé, že někteří dodavatelé zvolili pro získání zakázky účelovou strategii, když první část nabídkové ceny výrazně „zdvihli“ a v druhé naopak maximálně ponížili, aby proti ostatním získali určitou výhodu. Přitom je zřejmé, že strategie dodavatelů je ovlivněna vahou dílčích kritérií, kterou nastavil zadavatel na počátku, kdy vycházel z teoretických úvah o poměru jednotlivých složek nabízené ceny. Tato úvaha se však nepotvrdila a váha kritérií výrazně ovlivnila strategii uchazečů.

12. Úřad dále poukázal na dopis ze dne 15. 11. 2011 od společnosti RTS, a. s., IČ 25533848, se sídlem Lazaretní 13, 615 00 Brno (dále jen „společnost RTS, a. s.“), jakožto osoby pověřené zadavatelskými činnostmi, ve kterém tato společnost sdělila zadavateli názor k dalšímu jeho postupu. Společnost RTS a. s. zde uvedla, že pro veřejnou zakázku byla stanovena dílčí kritéria hodnocení, která se vztahovala k určitým derivátům nabídkové ceny. V dílčích částech nabídkové ceny a zejména v hodnotách nabízených uchazeči shledala společnost RTS, a. s., určitou spekulativnost a nekalé praktiky, které však po důkladném přezkoumání připisuje nepřesnému a nejednoznačnému vymezení předmětu veřejné zakázky. Zejména zadávací podmínky v části správa a provoz systému s využitím elektronického nakupování trpěly určitou nepřesností a nejednoznačností, neboť v otázce požadovaných výběrových

řízení zakončených elektronickou aukcí ve vymezení předmětu zakázky chyběla jakákoliv konkrétní kvantifikace požadovaných výběrových řízení (alespoň předpokládaný počet výběrových řízení a jejich druh), což mohlo být příčinou rozdílných cenových nabídek, kdy každý dodavatel při sestavení nabídkové ceny mohl počítat s různými počty jím organizovaných zadávacích řízení a z toho vycházejícími různými provozními náklady. S ohledem na ustanovení § 44 odst. 1 zákona nemohou být důsledky nesprávného (nepřesného) kvantitativního vymezení požadovaných služeb přičítány k tíži dodavatelům. S odkazem na § 111 odst. 6 zákona doporučila společnost RTS, a. s., zadavateli zrušit zadávací řízení, neboť zjištěný stav nelze v tomto konkrétním případě napravit jinak. Tento dopis zadavatel rovněž použil jako přílohu č. 3 k usnesení Rady Pardubického kraje, kterým bylo zadávací řízení zrušeno.

13. Dále Úřad uvedl, že oznámení rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení zadavatel zdůvodnil tak, že v průběhu zadávacího řízení – po podání nabídek - bylo zjištěno, že zadávací dokumentace obsahuje jednoznačné vymezení rozsahu (kvantifikace) požadovaných služeb v rámci správy, provozu a údržby systému a současně nesprávné nastavení vah jednotlivých dílčích kritérií hodnocení, které umožnilo spekulativní postup některých dodavatelů. Zadavatel rovněž uchazečům oznámil, že o zrušení zadávacího řízení rozhodl prostřednictvím Rady Pardubického kraje na jejím 65. jednání dne 23. 11. 2011, Usnesení číslo R/2235/11.
14. Úřad shledal nedostatečné vymezení zadávacích podmínek vedoucí k podání neporovnatelných nabídek, jako důvod objektivní a hodný zvláštního zřetele, neboť může mít přímý vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Pokud je po dodavatelích požadováno provádění zadávacích řízení, je pro stanovení souhrnné nabídkové ceny beze sporu nutné znát druh požadovaných zadávacích řízení a jejich alespoň přibližný počet. Pokud některý dodavatel např. počítá s tím, že většina zakázek bude, co se předpokládané hodnoty týče, malého rozsahu, dojde určitě k jiné konečné ceně než dodavatel, který počítá s většinou zadávacích řízení pro zadání nadlimitních veřejných zakázek, neboť časová a administrativní náročnost je nepochybně výrazně odlišná. Zadavatel nemůže ani nyní přesně znát počet budoucích zadávacích řízení, přičemž rovněž zkušenosti z minulých období pravděpodobně nepřinesou situaci, kdy má proběhnout optimalizace nákupů, relevantní výsledky. Na místě je tedy otázka, zda by nebylo vhodnější poptávat řádnou a bezvadnou správu a provoz systému optimalizace nákupů až ve chvíli, kdy bude zadavatel znát druh a alespoň orientační počet zadávacích řízení, u kterých bude chtít zajistit organizaci, tedy ve chvíli, kdy bude znát výsledky optimalizace.
15. Úřad pak uvedl, že skutečnost, že zadavatel obdržel vzájemně nesrovnatelné nabídky, které nasvědčují možnému spekulativnímu jednání některých uchazečů, v konečném důsledku pouze odhalilo nedostatečně definované zadávací podmínky a nesprávně nastavená dílčí hodnotící kritéria, která by s vysokou mírou pravděpodobnosti nemusela vést k výběru ekonomicky nejvýhodnější nabídky, čemuž nasvědčují nabídkové ceny uchazečů v jednotlivých dílčích hodnotících kritériích. S ohledem na § 111 odst. 6 zákona musel zadavatel přijmout opatření k nápravě, přičemž v daném případě již nešlo odstranit závadný stav například dodatečnými informacemi či změnou zadávacích podmínek, proto musel zadavatel přistoupit ke zrušení celého zadávacího řízení.

16. Úřad k věci dále podotkl, že podle § 84 odst. 8 zákona je zadavatel povinen odeslat písemné oznámení o zrušení zadávacího řízení do 2 pracovních dnů po přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu. Zadavatel v odůvodnění uchazečům uvedl stručně důvody, které ho ke zrušení zadávacího řízení vedly². Z rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení dle Úřadu vyplývá, že zadavatel při vyřizování námitek nehledal dodatečně nové důvody, kterými by lépe obhájil svoje rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, a rovněž ani nerozšiřoval důvody stávající, ale pouze navrhovateli podrobněji vysvětloval, co ho ke zrušení zadávacího řízení vedlo.
17. Úřad dále podotkl, že neshledal pochybení v jednání hodnotící komise, neboť ta, jako poradní orgán zadavatele, na základě přezkoumání podaných nabídek v kontextu se zadávací dokumentací vyhodnotila situaci a svůj závěr poté předložila zadavateli, který následně rozhodl o zrušení zadávacího řízení.
18. Úřad rovněž shledal jako opodstatněné obavy zadavatele, že při pokračování zadávacího řízení by mu hrozil možný postih ze strany Úřadu za nedodržení zákona. Byť má navrhovatel pravdu, že lhůta pro podání námitek proti zadávací dokumentaci již v době zrušení zadávacího řízení uplynula a není tedy možné v této věci zahájit správní řízení na návrh, neznamená to, že by se zadavatel možnému postihu v případě nedodržení zákona vyhnul. Pokud by Úřad získal podezření, že zadavatel nepostupoval při vymezení zadávacích podmínek v souladu se zákonem, mohl zahájit správní řízení z moci úřední, ve kterém by mohl zadavatele za nezákonný postup postihnout.
19. Úřad tedy dospěl k závěru, že v daném případě nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona, neboť v navrhovatelem namítaných skutečnostech nebylo shledáno pochybení zadavatele.

III. Námitky rozkladu

20. Proti výše uvedenému rozhodnutí podal navrhovatel rozklad, který byl Úřadu doručen v zákonné lhůtě dne 19. 3. 2012. Navrhovatel poukazuje na to, že argumentace Úřadu je zavádějící a účelová, založená na polopravdách a domněnkách, nikoliv na relevantních faktech, přičemž opomíjí argumentaci navrhovatele obsaženou v textu námitek proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení a v textu stanoviska navrhovatele k řízení.
21. Navrhovatel má za to, že argumentace Úřadu týkající se nedostatečného vymezení zadávacích podmínek, které ve svém výsledku vedly k podání neporovnatelných nabídek je nepravdivá. V daném případě nebyla doposud neporovnatelnost nabídek konstatována, přičemž navrhovatel má za to, že Úřad zcela ignoruje skutečnost, že hodnotící komise posouzení nabídek ve vztahu k jejich obsahové porovnatelnosti neprovedla. Naopak, jak vyplývá z protokolu o jednání hodnotící komise, tato pouze zkoumala výši jednotlivých

² Oznámení rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení odůvodnil zadavatel tak, že „v průběhu zadávacího řízení – po podání nabídek bylo zjištěno, že zadávací dokumentace obsahuje jednoznačné vymezení rozsahu (kvantifikace) požadovaných služeb v rámci správy, provozu a údržby systému a současně nesprávné nastavení vah jednotlivých dílčích kritérií hodnocení, které umožnilo spekulativní postup některých dodavatelů.“

nabídkových cen. Úřad dle navrhovatele zcela pominul skutečnost, že jednotliví uchazeči jsou odborníci na uvedenou problematiku, kteří mají zkušenosti s relevantním předmětem plnění (což osvědčili předložením referenčních plnění) a zcela jistě si ze zadávací dokumentace dokázali udělat představu o tom, co v rámci plnění předmětu veřejné zakázky bude zadavatel vyžadovat (mimo to v rámci plnění předmětu veřejné zakázky tvoří zadavatelské činnosti jednu, nikoliv jedinou z mnoha činností, které by uchazeč byl povinen plnit). To lze dle navrhovatele dovodit z toho, že po zodpovězení dotazu č. 4, jimž bylo zadavatelem uchazečům sděleno, že bude vyžadován výkon zadavatelských činností, nikdo nevyžadoval vyčíslení počtu zadávacích řízení a uvedení druhů, na něž se bude poskytované plnění vztahovat. Uchazeči tak nepovažovali dané informace za nezbytně nutné pro vypracování jejich nabídek, resp. kalkulaci souhrnné nabídkové ceny, přičemž dle přesvědčení navrhovatele bylo možné zpracovat nabídku i bez těchto informací.

22. Navrhovatel dále nesouhlasí s názorem Úřadu, že zadavatel obdržel vzájemně nesrovnatelné nabídky, neboť nabídnuté plnění uchazečů se nemůže kromě ceny zásadně lišit. Má za to, že požadavky na uchazeče jsou stanoveny zcela přesně a jednoznačně v obchodních podmínkách koncipovaných formou návrhu smlouvy, od něhož se uchazeči nemohli odchýlit. Navrhovatel má za to, že Úřad pouze spekuluje, když tvrdí, že nedostatečně definované zadávací podmínky a nesprávně nastavená dílčí hodnotící kritéria, by s vysokou pravděpodobností nemusela vést k výběru ekonomicky nejvýhodnější nabídky, čemuž mají dle Úřadu nasvědčovat nabídkové ceny uchazečů v jednotlivých dílčích hodnotících kritériích. Navrhovatel k tomuto poukazuje na to, že Úřad postupuje nezákonně, neboť nepracuje se skutkovým stavem, o němž nejsou důvodné pochybnosti, ale s údaji oplývajícím vysokou mírou pravděpodobnosti. Má za to, že nemohlo dojít k ohrožení výběru ekonomicky výhodné nabídky v rámci nabídnutých nabídkových cen, když jeho nabídka je cenově nejnížší v jednotlivých dílčích kritériích i v celkovém součtu. Navrhovatel má za to, že zadavatel by měl dojít k závěru, že nabídka navrhovatele obsahuje nejnížší nabídkovou cenu.
23. Navrhovatel má rovněž za to, že Úřad musel při rozhodování přehlédnout důvod zrušení, který zadavatel uvedl v rozhodnutí a důvod zrušení prezentovaný zadavatelem v rozhodnutí o námitkách. Poukazuje na to, že rozhodnutí zadavatele o zrušení veřejné zakázky bylo odůvodněno tím, že v průběhu zadávacího řízení – po podání námitek bylo zjištěno, že zadávací dokumentace obsahuje jednoznačné vymezení rozsahu (kvalifikace) požadovaných služeb v rámci správy, provozu a údržby systému a současně nesprávně nastavení vah jednotlivých dílčích kritérií hodnocení, které umožnilo spekulativní postup některých dodavatelů. Naproti tomu v rozhodnutí zadavatele o námitkách je uvedeno, že nastal stav, kdy zadavatel ve svém popise předmětu veřejné zakázky neposkytl dostatečně jednoznačné a přesné údaje vymezující předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky a takový stav nelze napravit jinak, než zrušením zadávacího řízení. Z uvedeného odůvodnění vycházel též Úřad. Navrhovatel k tomuto poukazuje, že textace zdůvodnění je zcela odlišná a nemohl být dle jeho názoru učiněn závěr, kdy konstatování o neposkytnutí dostatečně jasných a přesných údajů je logickým zpřesněním tvrzení o nesprávném nastavení vah jednotlivých dílčích kritérií hodnocení, jež umožnilo spekulativní postup některých dodavatelů. Toto vše za situace kdy zadavatel konstatoval v rozhodnutí

o zrušení veřejné zakázky, „že zadávací dokumentace obsahuje jednoznačné vymezení rozsahu (kvalifikace) požadovaných služeb v rámci správy, provozu a údržby systému“.

24. Na základě výše uvedeného pak má navrhovatel za to, že Úřad jako důvod zrušení zadávacího řízení spatřoval v nedostatečném vymezení zadávacích podmínek vedoucí k podání neporovnatelných nabídek, což je však zcela odlišný důvod, který je uveden zadavatelem v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Jakékoliv jiné odůvodnění zrušení zadávacího řízení je pouze snahou o jeho rozšíření, přičemž tento postup je zcela v rozporu se zásadou transparentnosti. Pokud by zadavatel mohl kdykoliv dodatečně rozšiřovat své důvody pro zrušení zadávacího řízení, znamenalo by to, že stěžovatel nemůže proti těmto dodatečným důvodům podat námitky.
25. Dále dle navrhovatele se Úřad nedostatečně vypořádal s navrhovatelem vytýkaným postupem hodnotící komise, který de facto předznamenal rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení. Je-li doporučení hodnotící komise zákonnou podmínkou pro rozhodnutí zadavatele, pak je zadavatel oprávněn se od doporučení hodnotící komise odchýlit pouze v případě porušení postupu stanoveného zákonem. Jestliže tedy navrhovatel poukázal na konkrétní porušení zákona hodnotící komisí, pak vyjádření Úřadu, že hodnotící komise vyhodnotila situaci na základě přezkoumání podaných nabídek v kontextu se zadávací dokumentací, je v rozporu se zákonnými ustanoveními. Závěr Úřadu je pak dle navrhovatele zcela nepřezkoumatelný.
26. Dále navrhovatel poukazuje na citaci Úřadu v odstavci 27 rozhodnutí, kde je uvedeno, že dle § 84 odst. 3 písm. b) zákona, je možné zrušit zadávací řízení až do doby rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, pokud byla podána jenom jedna nabídka nebo pokud byly všechny nabídky kromě jedné vyřazeny. Navrhovateli není zřejmé, proč Úřad odkazuje na citované ustanovení, když na předmětnou věc jeho skutková podstata nedopadá.
27. Navrhovatel rovněž poukazuje na to, že v daném případě nebyla splněna ani druhá podmínka pro možnost zrušení zadávacího řízení, a to bezodkladnost rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení.
28. Závěrem navrhovatel konstatuje, že nebyly splněny podmínky zrušení zadávacího řízení dle ust. § 84 odst. 2 písm. e) zákona, neboť zadavatelem vymezený důvod – nesprávné nastavení vah jednotlivých dílčích kritérií hodnocení, které umožňovalo spekulativní postup některých dodavatelů – nenaplňuje znaky příslušné skutkové podstaty. Dále podotýká, že rozhodnutí Úřadu je nesprávné a v rozporu se zákonem, přičemž poukazuje i na porušení ustanovení § 68 odst. 2 a § 3 správního řádu. Navrhovatel se tak domáhá, aby rozhodnutí Úřadu bylo v plném rozsahu zrušeno a věc mu byla vrácena k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

29. Správní orgán prvního stupně určil usnesením ze dne 30. 3. 2012. č. j. ÚOHS-S1/2012/VZ-6181/2012/510/MGr lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. Zadavatel se k rozkladu vyjádřil dopisem ze dne 3. 4. 2012, ve kterém uvedl, že svého práva na podání vyjádření k rozkladu nevyužije, neboť se již dostatečně vyjádřil v rámci rozhodnutí zadavatele

o podaných námitkách a následně ve stanovisku zadavatele k podanému rozkladu. Zadavatel dále navrhl, aby byl rozklad zamítnut a napadené rozhodnutí bylo potvrzeno.

30. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu, postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

31. 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 jsem dospěl k následujícímu závěru.
32. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S1/2012/VZ-3006/2012/510/MGr ze dne 1. 3. 2012 zamítl dle § 118 odst. 4 písm. a) zákona, návrh navrhovatele na uložení nápravného opatření dle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona, postupoval správně a v souladu se zákonem.
33. V odůvodnění tohoto rozhodnutí budou dále uvedeny bližší důvody, které mne vedly k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu.

V. K námitkám rozkladu

34. Předně uvádím, že jsem se ztotožnil s odůvodněním napadeného rozhodnutí. Nad rámec jeho odůvodnění však považuji za vhodné uvést následující. Jak vyplývá z podaného rozkladu, argumentace navrhovatele napadá postup zadavatele, kdy došlo ke zrušení zadávacího řízení s odkazem na ust. § 84 odst. 2 písm. e) zákona, aniž by dle jeho názoru byly splněny zákonem předpokládané podmínky. Předně se tedy zabývám otázkou, zda zadavatel mohl dle tohoto ustanovení a za jakých podmínek zrušit jím vyhlášené zadávací řízení.
35. Dle ust. § 84 odst. 2 písm. e) zákona, které bylo zadavatelem aplikováno, lze zadávací řízení zrušit tehdy, jestliže se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.
36. Jak již konstatoval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 27. 1. 2010, sp. zn. 2 Afs 64/2009, který se blíže vyslovil k výkladu § 84 odst. 2 písm. e) zákona, „*důvody zvláštního zřetele*“ jsou typickým neurčitým právním pojmem, jehož definice není v zákoně obsažena, a je tedy třeba mu přisoudit takový význam, který nejlépe odpovídá povaze, smyslu a účelu toho, co zákon o veřejných zakázkách upravuje, tj. v daném případě musí být interpretace ku prospěchu efektivní hospodářské soutěži. Při interpretaci neurčitého právního pojmu se dále správní orgán musí alespoň rámcově zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu, přičemž sám musí alespoň rámcově obsah a význam užitého neurčitého pojmu objasnit. Nutno k tomuto podotknout, že výklad neurčitého právního pojmu je následně ponechán na úvaze správního orgánu s tím, že hranice pro volnost kognice správního úřadu, je nutno hledat taktéž v účelu zákona.

37. Nejvyšší správní soud k tomuto dále dodal, že účelem zákona je vytvořit prostředí, v němž si zadavatel bude moci vybrat na základě transparentního postupu a předem definovaných kritérií nejvýhodnější nabídku a vytvořit mezi relevantními soutěžiteli nediskriminační konkurenční prostředí. Zásady pro postup zadavatele jsou výslovně obsaženy v § 6 zákona o veřejných zakázkách, v němž je uvedeno, že *zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace*. Zadávací řízení tak musí být zcela pregnantně vymezeno, podmínky nesmí být měněny v jeho průběhu a vybraný uchazeč nesmí být ex post vyloučen pro subjektivní pocit zadavatele. Pokud budou zadávací podmínky nejasné nebo následně umožní více výkladů pro výběr nejvhodnější nabídky (kdy fakticky bude jen na zadavateli, aby libovolně prohlásil, který výklad je správný a kdo bude tedy vybrán), pak je postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky reálně nekontrolovatelným. Jakékoliv zrušení zadávacího řízení v případě veřejné zakázky musí být vykládáno restriktivně tak, aby bylo zamezeno libovůli (svévůli) veřejného zadavatele, která by mohla vyústit v korupci či nepřípustnou veřejnou odplatu.
38. Je rovněž nutné podotknout, že zadavatel může zrušit zadávací řízení z důvodů objektivních, stojící vně zadavatele. Nemohou to být důvody subjektivního rázu, které by popřely smysl zákona. Současně lze však konstatovat, že důvodem může být i porušení postupu předepsaného zákonem pro zadávání veřejných zakázek, které zadavatel sám zjistil. Musí se přitom jednat o takový případ, kdy zadavatel již nemá možnost přijmout opatření k nápravě (§ 111 odst. 6 zákona), kterým by uvedené porušení zákona napravil a při následném řízení o přezkoumání úkonů zadavatele by mohlo dojít k uložení nápravného opatření nebo pokuty za správní delikt.
39. Na základě výše uvedeného pak nezbývá než posoudit, zda důvody, které zadavatele vedly ke zrušení zadávacího řízení, spadají pod výše uvedenou definici, tj. především zda mají objektivní povahu, zda stojí vně zadavatele, či zda by případné dokončení zadávacího řízení popíralo smysl zákona.
40. V daném případě se jednalo o veřejnou zakázku „Návrh a provoz systému optimalizace nákupů pro organizace Pardubického kraje“, přičemž zadavatel stanovil základní profesní a kvalifikační předpoklady, ekonomické a kvalifikační předpoklady, technické kvalifikační předpoklady a další požadavky. Současně stanovil i hodnotící kritéria: Cena za analýzu a implementaci navrženého systému (váha 25%), nabídková cena za provoz a správu systému (váha 45%), výše motivační složky (váha 30%).
41. Jak vyplývá ze zadávací dokumentace v rámci hodnotícího kritéria – nabídková cena za provoz a správu systému – měly nabídky uchazečů reflektovat požadavky zadavatele uvedené v *bodě 4.6. Správa a provoz systému elektronického nakupování*. Z uvedeného bodu kromě jiného vyplývá, že *uchazeč v rámci provozu systému zabezpečí na své náklady realizace vybraných zadávacích řízení s využitím elektronických nástrojů podle pokynů a požadavků zadavatele*. Tentýž požadavek vyplývá z obchodních podmínek, jež jsou součástí zadávací dokumentace (bod 6). Obdobně se zadavatel vyjádřil v rámci dodatečných informací č. 2, kdy na dotaz, zda dodavatel bude administrovat nebo zastupovat zadavatele

v jednotlivých zadávacích řízeních, uvedl, že se *jedná o kompletní model, včetně výkonu zadavatelských činností (tj. realizace veřejných zakázek /zadávacích řízení/ s využitím elektronické aukce a jejich provádění dodavatelem – viz čl. III – Předmět smlouvy, odst. 6 Správa a provoz systému nakupování) v rámci jednotlivých zadávacích řízení v souladu se zákonem č. 137/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů.*

42. Z protokolu o jednání hodnotící komise vyplynulo, že nabídnutá cena za provoz a správu systému je u všech nabídek značně odlišná: e Centre a. s. – 0,01 Kč, Alexis s. r. o. – 17 193 600 Kč, QCM s. r. o. - 43 200 Kč a TRIFID CONSULT a. s. (navrhovatel) – 5 760 000 Kč. Ačkoliv ze samotné rozdílnosti nabízených cen, nelze konstatovat, že jsou tyto hodnoty neporovnatelné, neboť je lze jednoduchou matematickou operací porovnat, přesto tato cenová rozdílnost v nabídce může vznášet pochybnost, o tom zda všichni dodavatelé skutečně naceňovali totožné požadavky zadavatele, resp. zda byl předmět veřejné zakázky zpracován v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Mám za to, spolu s Úřadem, že pokud je po dodavateli, kromě jiného, požadováno provádění zadávacích řízení, je pro stanovení souhrnné nabídkové ceny v daném případě nutné znát druh požadovaných zadávacích řízení a jejich alespoň přibližný počet. Pokud uchazeči tyto informace neměli, mohli jen stěží objektivně určit nabídkovou cenu za službu, u které neznají její rozsah a tím i finanční náročnost. Na uvedeném nic nemění ani skutečnost, že dodavatelé měli provádět zadávací řízení na své náklady. V takovém případě, pokud nebyla zřejmá konkrétní podoba požadavků zadavatele, nebylo možné nejen vyčíslit své náklady, ale samotná tato neurčitost mohla odradit další potencionální dodavatele od podání nabídky, neboť jsou dle podmínek v zadávací dokumentaci nuceni nést náklady, které jsou neurčité a které nebyly nikterak v zadávací dokumentaci blíže specifikovány.
43. Pokud by zadavatel na místo zrušení zadávacího řízení přistoupil k hodnocení kritéria ekonomické výhodnosti, takové hodnocení by dle mého názoru nemohlo být ve svém výsledku v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 zákona). Současně by mohlo dojít k reálné situaci, kdy neúspěšní či potencionální dodavatelé by u kritéria nabídková cena za provoz a správu systému, mohli poukazovat na to, že nemohli adekvátně připravit svoji nabídku, neboť obsah podmínek nebyl jasný, srozumitelný a tudíž hodnocení nabídek nemohlo být uskutečněno transparentním způsobem. Na základě výše uvedeného trvám na tom, že nebylo možné objektivně vyhodnotit tu z nabídek, která by byla ekonomicky nejvýhodnější. Tato nemožnost je pak objektivní a nikterak se nedotýká matematické porovnatelnosti cen uvedených v nabídkách. To vše za situace, kdy zadavatel již neměl možnost přijmout opatření k nápravě (§ 111 odst. 6 zákona), kterým by uvedené porušení zákona napravil a v případě, že by došlo k přezkoumání úkonů zadavatele, by mohlo dojít ze strany samotného Úřadu k uložení nápravného opatření nebo pokuty za správní delikt.
44. Mám za to, že dotčené skutečnosti týkající se počtu a druhu zadávacích řízení měly být v zadávací dokumentaci postaveny najisto. Ačkoliv navrhovatel poukazuje na to, že jednotliví uchazeči jsou odborníci na uvedenou problematiku, nemohli ani za těchto okolností bez dalších relevantních informací odhadnout počet zadávacích řízení či jejich druh a následně ani nemohli učinit kvalifikovaný odhad svých nákladů. Jsem přesvědčen, že i dodavatelé včetně potencionálních dodavatelů musí mít jasno ohledně svých dalších nákladů, které by

dle zadávací dokumentace měli nést za zpracovávání zadávacích řízení dle požadavků zadavatele, ať již z důvodů finančních, technických či kapacitních. Současně lze konstatovat, že z výše nabízených cen není zřejmé, zda jejich akceptováním by zadavatel hospodárně vynaložil náklady či nikoliv, za situace, kdy ani zadavateli nebyl zřejmý počet a druh zadávacích řízení. To vše i přes to, že tyto skutečnosti jsou jedním, nikoliv jediným z požadavků zadavatele.

45. Je skutečností, že žádný z uchazečů nepožadoval tyto informace v průběhu zadávacího řízení. Avšak vzhledem k tomu, že nebyl specifikován počet veřejných zakázek či forma a druh, které bude zadavatel požadovat, mohl si každý z dodavatelů učinit svoji představu při zpracování nabídky, aniž by měl pochybnost o správnosti „svého výkladu“. K tomu lze dodat, že objektivní neporovnatelnost předložených nabídek z hlediska kritérií ekonomické výhodnosti vyplynula zadavateli až po podání nabídek.
46. K námitce navrhovatele, že jeho nabídka je cenově nejnižší v jednotlivých dílčích kritériích i v celkovém součtu, podotýkám, že v tomto případě nejde o neporovnatelnost nabídek z hlediska výše nabídkových cen, ale z hlediska hodnocení kritéria ekonomické výhodnosti, neboť za situace, kdy nikomu včetně zadavatele není zřejmý předmět veřejné zakázky, nelze nabídkové ceny objektivně hodnotit ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.
47. Navrhovatel dále poukazuje na to, že v rozhodnutí zadavatele o námitkách a stejně i v napadeném rozhodnutí Úřadu je uveden jiný důvod zrušení zadávacího řízení než v rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení. V rozhodnutí o námitkách zadavatel kromě jiného konstatoval: „*následně, po podání nabídek zadavatel zjistil, že v části týkající se druhého hodnotícího kritéria...jsou nabídky výrazně odlišné. Posouzení této části nabídek pak zadavatel dospěl k závěru, že příčina této rozlišnosti leží s největší pravděpodobností v nepřesnosti zadávací dokumentace, když zadavatel v rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám stanovil, že v rámci provozu a údržby systému je i výkon zadavatelských činností, aniž by blíže specifikoval, kolik takových veřejných zakázek do toho výkonu spadá a jaká forma či druh zadávacího řízení bude použita. Tím mohl každý dodavatel zvolit jinou úvahu při modelování své nabídky a tím také mohl dospět k odlišné cenové nabídce, a že tedy přes všechnu pečlivost se zadavateli nepodařilo jednoznačně popsat předmět veřejné zakázky, což brání v podání obsahově srovnatelných nabídek...“.* Nutno podotknout, že Úřad obdobným způsobem argumentoval v napadeném rozhodnutí.
48. Naproti tomu navrhovatel poukazuje na to, že v odůvodnění oznámení rozhodnutí zadavatele je uvedeno, „*v průběhu zadávacího řízení – po podání nabídek bylo zjištěno, že zadávací dokumentace obsahuje jednoznačné vymezení rozsahu (kvalifikace) požadovaných služeb v rámci správy, provozu a údržby systému a současně nesprávné nastavení vah jednotlivých dílčích kritérií hodnocení, které umožňovalo spekulativní postup některých dodavatelů“.* K uvedenému nejdříve podotýkám, že rozhodnutí zadavatele či vyjádření hodnotící komise nejsou správné akty a nekladou se na něj tudíž stejné nároky. Přesto lze konstatovat, že uvedená formulace věty nebyla zadavatelem zvolena nejvhodněji, nebo se jedná o písařskou chybu zadavatele.

49. K tomuto názoru mne vede i odůvodnění uváděné hodnotící komisí v protokolu o jednání hodnotící komise, které však bylo zadavatelem nepřesně převzato: „... rozhodla o tom, že zadavateli doporučí zrušení zadávacího řízení, a to z důvodu popsanych v § 84 odst. 2 písm. e) zákona, kdy zadávací dokumentace obsahuje jednoznačné vymezení rozsahu (kvalifikace) požadovaných služeb v rámci správy, provozu a údržby systému a nastavení vah jednotlivých dílčích kritérií hodnocení, které umožnilo spekulativní postup některých dodavatelů“. I zde přes určitou gramatickou nejasnost, lze usuzovat, že kromě nastavení vah bylo z hlediska zákona shledáno jako problematické i samotné vymezení rozsahu požadovaných služeb, neboť obojí umožnilo spekulativní postup některých dodavatelů.
50. I přes výše uvedené formulační nejasnosti nelze jednoznačně potvrdit, že důvod zrušení se postupem měnil. Zadavatel při vyřizování námitek neargumentuje novými důvody, kterými lépe odůvodnil své dřívější rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, a rovněž ani nerozšiřuje důvody stávající, ale pouze navrhovateli již mnohem jasněji a podrobněji vysvětluje, co ho ke zrušení zadávacího řízení vedlo. Samotná formulační nejasnost, uvedená v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, nic nemění na skutečnosti, že zadavatel předmět veřejné zakázky nevymezil v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Rovněž nelze přisvědčit navrhovateli, že se nemohl adekvátně bránit postupu zadavatele, o čemž svědčí jeho argumentace uvedená v námitkách proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení, či další jeho postup v rámci správního řízení.
51. Skutečnost, že Úřad nesprávně cituje ust. § 84 odst. 3 písm. b) zákona nemá žádný vliv na výrok napadeného rozhodnutí či na argumenty uváděné v jeho odůvodnění. Z hlediska celého kontextu odůvodnění pak toto nelze hodnotit jinak než za nadbytečné, což však nezakládá nezákonnost napadeného rozhodnutí.
52. Navrhovatel má za to, že rozhodnutí je nepřezkoumatelné, neboť Úřad se nevypořádal s námitkou navrhovatele, týkající se pochybení v jednání hodnotící komise. Nutno podotknout, že Úřad pochybení hodnotící komise neshledal (bod 36). K tomuto konstatuji, že hodnotící komise je poradním orgánem zadavatele, která na základě přezkoumání podaných nabídek v kontextu se zadávací dokumentací vyhodnotila situaci a doporučila zadavateli určitý postup. Rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení bylo učiněno zadavatelem, prostřednictvím Rady Pardubického kraje na jejím 62. Jednání dne 23. 11. 2011 Usnesením číslo R/2235/11.
53. Navrhovatel dále poukazuje na to, že nebyla splněna i další nutná podmínka vyplývající z ustanovení § 84 odst. 2 zákona. Ačkoliv navrhovatel tuto námitku blíže nerozvíjí, poukazuje na to, že posledním z relevantních dokladů pro zrušení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, tedy vyjádření osoby pověřené zadavatelskými činnostmi, je datován dne 15. 11. 2011, přičemž Rada Pardubického kraje rozhodla o zrušení zadávacího řízení usnesením R/2235/11 dne 23. 11. 2011. Mám za to, že časový průběh nevzbuzuje pochybnosti o včasnosti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení, neboť se jedná o dobu několika dnů.

54. Souhlasím s návrhovátelem, že Úřad by se měl vyvarovat zvolené formulace „s vysokou mírou pravděpodobnosti“, jež uvedl v bodě 34 rozhodnutí. Avšak vzhledem k tomu, že otázkou skutkového stavu, tedy zda bylo možné vybrat ekonomicky nejvýhodnější nabídku, se Úřad poměrně pečlivě zabýval v bodě 33 rozhodnutí, mám za to, že tato návrhováteleva námitka se jeví jako účelová a vytržená z kontextu odůvodnění.
55. Závěrem konstatuji, že pokud se v dané věci nabízely dva výklady - postupy, pak zadavatel správně zvolil výklad, který více vyhovoval zásadě transparentnosti, což bylo v daném případě zrušení zadávacího řízení. Důvodem zvláštního zřetele hodný je zadavatelem nejednoznačně vymezený předmět veřejné zakázky v podrobnostech, což ve svém důsledku znamenalo nemožnost objektivního porovnání nabídek při hodnocení kritéria ekonomické výhodnosti. Současně lze konstatovat, že předmět veřejné zakázky, jehož součástí jsou již blíže nespecifikované služby – výkon zadavatelských činností, mohl odradit potenciální dodavatele od samotné účasti v zadávacím řízení. Mám za to, že mělo nejdříve dojít ke zhodnocení, jaké konkrétní služby či činnosti budou po dodavatelích požadovány, což znamená, že měl být nejdříve proveden alespoň kvalifikovaný odhad počtu, formy či druhu zadávacích řízení. Pokud tak nebylo učiněno, jednalo se o postup v rozporu se zákonem, neboť zadavatel uložil dodavatelům, kteří nemohou mít žádné nástroje na uvedený odhad, učinit cenovou nabídku s tím, že současně je jím uloženo nést další náklady související s vedením zadávacích řízení, které navíc nejsou nikterak konkretizovány. Vzhledem k tomu, že nedostatečné vymezení předmětu veřejné zakázky vyplynulo až po podání nabídek, nebyl ze strany zadavatele již prostor pro postup dle § 111 odst. 6 zákona. Zadavateli tak nezbývalo, než zadávací řízení zrušit postupem dle ust. § 84 odst. 2 písm. e) zákona, neboť jeho dokončení by popíralo smysl a účel zákona.

VI. Závěr

56. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu. 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 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
Předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Pardubický kraj, Komenského náměstí 125, 532 11 Pardubice
2. Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s. r. o., Mezníkova 273/13, 616 00 Brno

Vypraveno dne

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