



UOHSX005ATT3

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R163/2013/VZ-16224/2013/310/MŠe

Brno 28. srpna 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 5. 6. 2013 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 6. 6. 2013) podaném zadavatelem –

- **KULTURA A SPORT CHOMUTOV s.r.o.**, IČ 47308095, se sídlem Boženy Němcové 552/32, 430 01 Chomutov, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 24. 10. 2012 společností ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S602/2012/VZ-9421/2013/511/MKI ze dne 22. 5. 2013, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Facility management IPRM Chomutov, Areál bývalých kasáren a přilehlého okolí**“, formou otevřeného řízení, jehož řádné oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 28. 3. 2012 pod ev. č. 7202011011061, první opravné oznámení dne 18. 5. 2012 pod ev. č. 7202011017291 a druhé opravné oznámení dne 30. 5. 2012 pod ev. č. 7202021011061 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 9. 6. 2012 pod ev. č. 2012/S 109-181679, jehož dalšími účastníky jsou –

- navrhovatel – **AB Facility, a.s.**, IČ 24172413, se sídlem Kodaňská 46, 101 00 Praha 10,

- vybraný uchazeč – **QARK CZ, a.s.**, IČ 28866215, se sídlem Chelčického 255/5, 430 01 Chomutov,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S602/2012/VZ-9421/2013/511/MKI ze dne 22. 5. 2013

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. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 19. 10. 2012 návrh navrhovatele – AB Facility, a.s., IČ 24172413, se sídlem Kodaňská 46, 101 00 Praha 10 (dále jen „**navrhovatel**“), na přezkoumání úkonů zadavatele – KULTURA A SPORT CHOMUTOV s.r.o., IČ 47308095, se sídlem Boženy Němcové 552/32, 430 01 Chomutov, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 24. 10. 2012 společností ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4 (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky „Facility management IPRM Chomutov, Areál bývalých kasáren a přilehlého okolí“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané formou otevřeného řízení, jehož řádné oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 28. 3. 2012 pod ev. č. 7202011011061, první opravné oznámení dne 18. 5. 2012 pod ev. č. 7202011017291 a druhé opravné oznámení dne 30. 5. 2012 pod ev. č. 7202021011061 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 9. 6. 2012 pod ev. č. 2012/S 109-181679. Dnem 19. 10. 2012 bylo na návrh zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a za účastníky řízení Úřad označil navrhovatele, zadavatele a vybraného uchazeče – QARK CZ, a.s., IČ 28866215, se sídlem Chelčického 255/5, 430 01 Chomutov (dále jen „**vybraný uchazeč**“). V návrhu navrhovatel, v návaznosti na své námítky, směřující proti postupu zadavatele při hodnocení nabídek a proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, namítal, že zadavatel při hodnocení nabídek postupoval netransparentně a dostatečně neodůvodnil výběr nejvhodnější nabídky. Oznámením Úřadu ze dne 29. 1. 2013, označeném jako „seznámení se skutečnostmi zjištěnými ve správním řízení sp. zn. S602/2012/VZ“ bylo

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, není-li uvedeno jinak.

účastníkům správního řízení oznámeno, že předmět správního řízení, původně vymezený obsahem návrhu, se z moci úřední rozšiřuje o skutečnosti v tomto oznámení popsání (dále jen „**oznámení**“ nebo „**oznámení o rozšíření předmětu řízení**“). V oznámení Úřad poukazuje na způsob, kterým zadavatel vymežil v části 10 zadávací dokumentace způsob hodnocení nabídek a v této souvislosti poukázal též na ustanovení § 6 zákona ve spojení s § 44 odst. 3 písm. h) zákona, podle kterého musí zadávací dokumentace obsahovat alespoň způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií. Úřad v oznámení uvedl, že posuzuje, zda zadavatel v šetřeném případě v zadávací dokumentaci dostatečně vymežil způsob hodnocení nabídek v hodnotícím kritériu „způsob poskytování služeb“.

II. Napadené rozhodnutí

2. Úřad posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů vydal dne 22. 5. 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S602/2012/VZ-9421/2013/511/MKl (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 44 odst. 3 písm. h) zákona v návaznosti na § 6 citovaného zákona tím, že nestanovil přesně a určitě způsob hodnocení nabídek v dílčím kritériu „Způsob poskytování služeb“, čímž současně nedodržel zásadu transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ve výroku II. Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele předmětné zadávací řízení zrušil. Výrokem III. byla zadavateli uložena povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.
3. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad mimo jiné uvedl, že údaje stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci musí být dostatečně konkrétní, jednoznačné a přesné, aby se každému z dodavatelů dostalo informací téhož materiálního obsahu a na straně uchazečů tak nevznikla jakákoliv interpretační nejistota. Tento požadavek lze podle Úřadu nepochybně vztáhnout i na vymezení jednotlivých dílčích hodnotících kritérií a subkritérií a vymezení samotného způsobu hodnocení. Každý z uchazečů musí být předem informován o preferencích zadavatele a o skutečnosti, jaké aspekty jeho nabídky a jakým způsobem budou zadavatelem hodnoceny. Pro dodržení zásad rovného zacházení a transparentnosti je důležité, aby veškeré skutečnosti, k nimž přihlíží zadavatel při určení ekonomicky výhodnější nabídky a jejich význam, byly potenciálním uchazečům známy již v okamžiku přípravy nabídek. Dále Úřad konstatoval, že dílčí hodnotící kritérium nemusí být dostatečně určitým vodítkem pro uchazeče při zpracování nabídek, je nutné s ohledem na dodržení zásad zadávacího řízení uvedených v § 6 zákona stanovit, jaké parametry z jejich nabídek budou předmětem hodnocení a jakým způsobem bude hodnocení provedeno. Zadavatel tedy má povinnost popsat v zadávací dokumentaci způsob hodnocení nabídek natolik přesně a srozumitelně, aby si uchazeči mohli vytvořit jasnou představu o tom, jakým způsobem budou jejich nabídky hodnoceny.
4. K dílčímu hodnotícímu kritériu „způsob poskytování služeb“ Úřad uvedl, že není zřejmé, jak například zadavatel zamýšlel hodnotit zajištění co nejlepší a nejefektivnější funkčnosti objektu, dále jak by poznal, že nabízená služba dodavatele nepovede k nadměrnému opotřebení majetku či jaké míry by toto opotřebení dosahovalo nebo například dle čeho by hodnotil komfort pro uživatele objektu. Takto zvolený popis hodnocení tohoto kritéria se jeví

jako zcela netransparentní a tudíž nepřezkoumatelný, vzhledem k jeho vysoké míře subjektivity. K tomu Úřad dále uvedl, že skutečnost, že zvolené dílčí kritérium a jeho popis hodnocení je netransparentní a tedy i nepřezkoumatelné, dokládá i zpráva o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20. 9. 2012, kde v článku 4. „Popis způsobu hodnocení nabídek“ není z odůvodnění hodnocení jednotlivých nabídek patrné, jakým způsobem hodnotící komise informace obsažené v nabídkách vztahující se k tomuto hodnoticímu kritériu hodnotila. Úřad dospěl k závěru, že zadavatel popsal hodnocení zmíněného dílčího kritéria velice obecně a bez představy, co vlastně a jakým způsobem bude hodnotit. Takto vymezený způsob hodnocení je netransparentní, neboť uchazeči nemohou při tvorbě své nabídky předem odhadnout, na co se v nabídce spíše soustředit, aby zvýšili své šance na úspěch v zadávacím řízení. Úřad s ohledem na výše uvedené konstatoval, že při takovém nastavení způsobu hodnocení nabídek není možno dosáhnout transparentního provedení hodnocení.

III. Námitky rozkladu

5. Dne 6. 6. 2013 obdržel Úřad v zákonné lhůtě od zadavatele rozklad, v němž namítá, že se Úřad při vydání napadeného rozhodnutí dopustil procesních pochybení již ve fázi zahájení a vedení správního řízení, když se zadavatelem zahájil správní řízení z moci úřední a účastníkem tohoto řízení učinil vedle zadavatele i navrhovatele a vybraného uchazeče, čímž podle zadavatele řízení zatížil vadou nezákonnosti. Tímto postupem se měl navíc Úřad vyhnout aplikaci § 118 odst. 5 písm. a) zákona, podle kterého byl povinen návrh, na jehož základě neshledal důvod pro uložení nápravného opatření, zamítnout.
6. Podle zadavatele Úřad oznámením o rozšíření předmětu řízení ze dne 29. 1. 2013 fakticky zahájil nové správní řízení, přičemž postupoval v rozporu se zákonem, když takto spojil dvě řízení s odlišným okruhem účastníků.
7. Další pochybení Úřadu spatřuje zadavatel v tom, že o návrhu navrhovatele jakkoli nerozhodl a s ohledem na to tedy řízení o návrhu neukončil. Podle zadavatele byl Úřad povinen v samostatné části výroku návrh zamítnout podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona a správní řízení zahájené na základě tohoto návrhu zastavit. Zadavatel má za to, že postupem Úřadu bylo zapříčiněno, že nedošlo k zamítnutí šikanózního návrhu, který dle jeho názoru neobsahoval argumentaci, která by mohla být důvodem k uložení nápravného opatření. Tímto způsobem mělo dojít k neoprávněnému vrácení kauce navrhovateli, ačkoli jím podaný návrh byl nedůvodný.
8. Zadavatel dále namítá, že rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, neboť Úřad napadené rozhodnutí vydal pouze na základě svých subjektivních názorů, které nevyplývají z provedení dokazování a závěry Úřadu nadto nejsou ani řádně odůvodněny. Konkrétně zadavatel Úřadu vytýká, že z rozhodnutí nevyplývá, jak se vypořádal s návrhy a námitkami zadavatele a s jeho vyjádřením k podkladům rozhodnutí a s ohledem na to rozhodnutí nespĺňuje náležitosti podle § 68 odst. 3 správního řádu.
9. Podle zadavatele představují skutečnosti uvedené v bodech 72 až 75 rozhodnutí pouze subjektivní názory Úřadu, resp. oprávněné úřední osoby a nemají oporu v provedeném dokazování. Zadavatel poukazuje na své vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 4. 2. 2013,

kde již dříve poukazoval na to, že proti stanovení dílčích hodnotících kritérií nebyly v průběhu správního řízení vzneseny žádné relevantní námitky. Zadavatel má za to, že vyslovením těchto pochybností vnáší Úřad do zadávacího řízení „umělý rozpor“, což je ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 3. 2011, č. j. 1 Afs 8/2011-107 nepřípustné. Zadavatel Úřadu vytýká, že se k tomuto jeho stanovisku v napadeném rozhodnutí nevyjádřil, čímž postupoval ve zjevném rozporu s § 38 odst. 3 správního řádu. Zadavatel má za to, že se Úřad argumentací zadavatele vůbec nezabýval, přičemž tato skutečnost je podle něj důvodem absolutní nepřezkoumatelnosti. Zadavatel zejména namítá, že z rozhodnutí není zřejmé, jakým způsobem se Úřad k jeho argumentaci postavil, resp. z jakých konkrétních důvodů tuto argumentaci shledal jako nepřipadnou a nesprávnou.

10. Zadavatel dále namítá, že v řízení nebyl řádně zjištěn skutkový stav a dále, že meritorní zjištění Úřadu jsou nesprávná, neboť vycházejí z nesprávného pochopení věci. Dále zadavatel Úřadu vytýká, že v rámci napadeného rozhodnutí nepřipustně vstupuje do pravomoci hodnotící komise a nahrazuje její odborný názor.
11. Další námitka zadavatele spočívá v tvrzení, že skutečnosti uváděné Úřadem v článku 74 nevyplývají z provedeného dokazování a nadto jsou nepravdivé. Podle zadavatele Úřad v napadeném rozhodnutí podává zprávu o informovanosti uchazečů, aniž by však byly jeho závěry jakkoli podloženy důkazními prostředky.
12. Vadou nezákonnosti měl Úřad rozhodnutí zatížit též tím, že v jeho odůvodnění uvádí další skutečnosti, které mají představovat doporučení adresovaná zadavateli. Tato doporučení považuje zadavatel za nezákonná s ohledem na to, že v rozporu s § 67 odst. 1 správního řádu nezakládají, nemění ani neruší práva nebo povinnosti konkrétní osoby ani neprohlašují, že nějaká osoba tato práva nebo povinnosti má či nemá.
13. Zadavatel namítá dále to, že ve smyslu závěrů Úřadu by měl zřejmě zadavatel popsat, co považuje za nejlepší způsob zajištění efektivity, jak nejlépe zajistit minimální opotřebení majetku, případně jaký konkrétní komfort považuje zadavatel za nejvýhodnější. Zadavatel zastává názor, že byl oprávněn definovat pouze cílový stav a součástí nabídek měl být mimo jiné návrh metody, jakou uchazeči pro zajištění cílového stavu zvolí. Podle zadavatele byli uchazeči jakožto odborníci schopni navrhnout lepší postupy, než by zadavatel byl schopen vymezit v zadávací dokumentaci. Zadavatel odmítá, že by byl povinen definovat např. konkrétní opatření k zajištění efektivity, která preferuje, neboť právě navržené nejvhodnějších metod zajištění efektivity bylo předmětem nabídek a konkurenčního boje uchazečů.
14. Další námitka zadavatele spočívá v tom, že Úřad nepřipustně zasahuje do pravomoci hodnotící komise, když se vyjadřuje k odbornému hodnocení nabídek. V této souvislosti zadavatel poukazuje na judikaturu, podle níž Úřadu nepřísluší posuzovat odborné závěry hodnotící komise.
15. Zadavatel dále v rozkladu poukazuje logický rozpor, který spatřuje v tom, že jako důkaz o údajné netransparentnosti dílčího hodnotícího kritéria předkládá Úřad způsob, kterým bylo

toto kritérium vyhodnoceno. Z toho podle zadavatele vyplývá, že nemusel pochybit zadavatel při vymezení dílčího kritéria, ale pochybit mohla až hodnotící komise. Podle názoru zadavatele jsou však závěry Úřadu nesprávné, neboť hodnotící komise provedla hodnocení v souladu s dílčím hodnotícím kritériem, když hodnotila popis způsobu poskytování služeb a to, nakolik každý popis vystihuje zamýšlenou metodu, nakolik naplnil požadavky zadavatele a nakolik zajišťuje požadovanou kvalitu poptávaných služeb.

Závěr rozkladu

Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

16. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb. správní řád, v platném znění (dále jen „správní řád“) věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

17. 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 ustanovení § 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.
18. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. S602/2012/VZ-9421/2013/511/MKl ze dne 22. 5. 2013, rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V následující části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech uvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

19. Je nutno odmítnout tvrzení zadavatele, že Úřad řízení zatížil vadou nezákonnosti tím, že zahájil řízení z moci úřední a současně jeho účastníky, v rozporu s § 116 zákona, učinil nejen zadavatele, ale též navrhovatele a vybraného uchazeče. V souvislosti s předmětným zadávacím řízením, resp. v souvislosti s vydáním napadeného rozhodnutí, bylo u Úřadu vedeno výlučně návrhové řízení, jež bylo zahájeno návrhem navrhovatele ze dne 17. 10. 2012. Okruh účastníků byl stanoven s ohledem na obsah návrhu, jež směřoval proti postupu zadavatele v průběhu hodnocení nabídek a v souvislosti s tím též proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Je nesprávný názor, že Úřad se zadavatelem zahájil řízení o přezkoumání úkonů z moci úřední. Z oznámení Úřadu ze dne 29. 1. 2013 jednoznačně vyplývá, že Úřad v průběhu návrhového řízení přistoupil pouze k tomu, že předmět tohoto řízení, vymezený návrhem navrhovatele, rozšířil o další související skutečnosti. Ačkoli Úřad i nadále vedl řízení o návrhu, v rámci efektivního a smysluplného přezkumu byl nucen přezkoumat nejprve ty úkony zadavatele, které úkonům zpochybněným v návrhu bezprostředně předcházely a s nimi úzce souvisely.

20. Pokud měl Úřad k návrhu navrhovatele přezkoumávat řádnost postupu při hodnocení nabídek a při výběru nejvhodnější nabídky, musel při tomto přezkumu posoudit, zda byla skutečně hodnocena zadavatelem vymezená dílčí hodnotící kritéria a zda tato byla hodnocena způsobem, který zadavatel uvedl v zadávacích podmínkách. Pokud měl tedy Úřad posoudit, zda hodnocení nabídek a výběr nejvhodnější nabídky proběhl v souladu se zadávací dokumentací a se zákonem, musel řádnost postupu zadavatele posuzovat ve vazbě na to, zda hodnotící komise při hodnocení nabídek (a tedy i nabídky navrhovatele) postupovala v souladu se způsobem hodnocení, který byl uveden v zadávací dokumentaci. V této souvislosti Úřad získal podezření, že zadavatel v dílčím hodnotícím kritériu „způsob poskytování služeb“ nestanovil způsob hodnocení nabídek přesně a určitě. Skutečnost, že v rámci posouzení návrhu bude Úřad posuzovat též otázku, zda zadavatel dostatečně vymezil způsob hodnocení nabídek v hodnotícím kritériu „způsob poskytování služeb“, oznámil zadavateli v rámci oznámení ze dne 29. 1. 2013.
21. S ohledem na povahu návrhem napadených úkonů zadavatele bylo nezbytné, aby v rámci řízení (stále však řízení návrhového) došlo též k posouzení dalších, s napadenými úkony bezprostředně souvisejících úkonů zadavatele. Pokud by Úřad v rámci řízení odhlédl od toho, jak zadavatel stanovil způsob hodnocení nabídek v dílčím hodnotícím kritériu „způsob hodnocení služeb“, nemohl by návrh řádně projednat. Vzhledem k tomu, že Úřad v rámci posuzování skutečností uvedených v návrhu zjistil, že způsob hodnocení nabídek byl v rozporu se zásadou transparentnosti stanoven neurčitě, je nutno konstatovat, že tento způsob hodnocení obecně neumožňoval transparentní a tedy přezkoumatelné hodnocení jakékoli nabídky, tedy nejen nabídky navrhovatele, ale i ostatních uchazečů, včetně nabídky vybraného uchazeče. Zjištění Úřadu o tom, že zadavatel způsob hodnocení nabídek stanovil netransparentně, pak z povahy věci znemožnilo, aby Úřad přezkoumával, zda na základě tohoto netransparentního způsobu hodnocení hodnotící komise provedla takové hodnocení nabídek, které by bylo v souladu se zákonem. Při netransparentně nastaveném způsobu hodnocení nabídek nemohlo být jejich hodnocení z povahy věci transparentní a tedy přezkoumatelné. Pokud tedy bylo zjištěno, že hodnocení nabídek nemohlo být transparentní, bylo takové hodnocení pro rozpor s § 6 zákona nezákonné, stejně jako je v návaznosti na to nezákonné rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.
22. V předmětném řízení tedy navrhovatel v návrhu tvrdil, že hodnocení jeho nabídky, resp. nabídek proběhlo nesprávně a tedy nezákonně, Úřad se s tímto závěrem ztotožnil a s ohledem na to návrhu navrhovatele vyhověl. Na překážku takovému postupu nemůže být skutečnost, že k takovému závěru Úřad dospěl na základě jiných důvodů, než které v návrhu uvedl navrhovatel ani to, že takový závěr se nepromítl ve výrokové části rozhodnutí. Pokud Úřad dospěl k závěru, že zadavatel v rozporu s § 44 odst. 3 písm. h) zákona ve spojení s § 6 zákona, nestanovil způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií tak, aby byl určitý a jednoznačný, takové zjištění vede ke stejnému závěru, k jakému dospěl v návrhu navrhovatel, a tedy, že hodnocení nabídek i na něj navazující rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky představují úkony zadavatele, které jsou v rozporu se zákonem. Z nezákonného úkonu zadavatele nemůže vzejít navazující úkon zadavatele, který by v souladu se zákonem byl. S ohledem na to nebylo nejen nezbytné, ale ani možné, aby Úřad nad rámec jím učiněných závěrů přezkoumával i to, zda hodnotící komise postupovala

v souladu se způsobem hodnocení stanoveným v zadávací dokumentaci. Je totiž zcela absurdní posuzovat, zda bylo postupováno podle způsobu hodnocení, který byl shledán netransparentním a tedy z povahy věci zpětně nepřezkoumatelným.

23. S ohledem na výše uvedené je tedy nutno konstatovat, že je nesprávný závěr zadavatele o tom, že o návrhu navrhovatele nebylo v rámci napadeného rozhodnutí rozhodnuto. Skutečnost, že nezákonně nastavený způsob hodnocení znemožnil Úřadu přezkoumání toho, zda hodnotící komise v souladu se stanoveným způsobem hodnocení postupovala, není projevem toho, že by o návrhu navrhovatele nebylo rozhodnuto, neboť bez ohledu na to Úřad dospěl k závěru, že návrh navrhovatele, založený na tvrzení, že zadavatel v souvislosti s hodnocením nabídek postupoval nezákonně, je důvodný. Nebyl tedy důvod pro to, aby Úřad postupoval v souladu s § 118 odst. 5 písm. a) zákona a návrh zamítl proto, že nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Vzhledem k tomu, že tvrzení navrhovatele ohledně nezákonnosti úkonů zadavatele se ukázala důvodnými, byť s ohledem na jiné skutečnosti než se domníval navrhovatel, návrh byl důvodný, nikoli šikanózní a s ohledem na to je bezpředmětná též námitka zadavatele, že v důsledku takového postupu Úřadu dojde k neoprávněnému vrácení kauce navrhovateli.
24. Nelze souhlasit s názorem zadavatele, že oznámením ze dne 29. 1. 2013 Úřad fakticky zahájil nové správní řízení ani s tím, že by Úřad toto nové správní řízení nezákonně spojil s řízením zahájeným na návrh. Jak již bylo uvedeno výše, Úřad uvedeným oznámením účastníkům návrhového řízení pouze sdělil, že předmět správního řízení, původně vymezený obsahem návrhu, se z moci úřední rozšiřuje o skutečnosti uvedené v tomto oznámení. Zde tedy zadavatel zjevně zaměňuje rozšíření předmětu řízení z moci úřední za zahájení správního řízení z moci úřední. V této souvislosti poukazuji na závěry uvedené v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 10. 11. 2011, č. j. 62 Af 52/2010, který se zabýval přezkumem rozhodnutí, jež bylo vydáno v řízení, v němž Úřad získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele i nad rámec podaného návrhu a řízení zahájené na návrh následně vedl o takto rozšířeném návrhu. V citovaném rozsudku se tedy Krajský soud v Brně zabýval otázkou, zda byl Úřad oprávněn předmět řízení zahájeného na návrh rozšířit za situace, kdy získal pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele v jiných otázkách, než které byly předmětem správního řízení. Soud dospěl k závěru, že takové rozšíření předmětu správního řízení nad rámec skutečností (podezření) plynoucích ze samotného návrhu na zahájení řízení uskutečnit lze. Krajský soud uvedl, že má-li být smysluplně a efektivně zajištěn dohled nad zadáváním veřejných zakázek, pak přestože návrhové řízení o přezkum úkonů zadavatele v sobě nutně obsahuje prvek kontradiktornosti, je Úřad oprávněn na základě podaného návrhu přezkoumat zadávací řízení jako celek a v něm dovodit i takové porušení zákona, na které původní návrh, který správní řízení o přezkum úkonů zadavatele vyvolal, Úřad neupozorňoval. Podle krajského soudu by nemělo žádný praktický důsledek, aby např. řízení o návrhu bylo přezkoumáno „slepě“ pouze v mezích uplatněného návrhu a případně zastaveno, pokud by Úřad v tomto rozsahu porušení zákona ze strany zadavatele nedovodil, či porušení zákona pouze v takto omezeném rozsahu dovozeno, a aby následně Úřad z moci úřední podle § 113 zákona zahajoval další samostatné správní řízení o přezkum jiných úkonů zadavatele, u nichž podezření z porušení zákona dovodil. Takový postup by podle Krajského soudu v Brně ani nikterak nešetřil procesní práva jeho účastníků (ledaže by bylo nad rámec

původně podaného návrhu přezkoumáváno i rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, pak by musel být jeho účastníkem podle § 116 zákona i vítězný uchazeč). Krajský soud tedy věc uzavřel s tím, že pokud Úřad vedl správní řízení i nad rámec vymezený návrhem vyloučeného uchazeče, pak nepochybil, ale naopak smysluplně naplnil svoji roli orgánu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek.

25. Námitka zadavatele, že rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, neboť bylo vydáno pouze na základě subjektivních názorů oprávněné úřední osoby, je taktéž nedůvodná. Důvody, pro které Úřad dospěl k závěru, že zadavatel nestanovil v dílčím kritériu „způsob poskytování služeb“ přesně a určitě způsob hodnocení nabídek, z napadeného rozhodnutí jednoznačně vyplývají. Z bodu 69 napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad při posuzování dílčích hodnotících kritérií nastavených zadavatelem, resp. při posuzování způsobu hodnocení těchto kritérií, vycházel z toho, že dílčí hodnotící kritérium či subkritérium nemusí být dostatečně určitým vodítkem pro uchazeče při zpracování nabídek, a je tedy nutné, s ohledem na dodržení zásad podle § 6 zákona, stanovit, jakým způsobem bude hodnocení provedeno. V tomto směru musí být podle Úřadu každý z uchazečů předem informován o preferencích zadavatele a o skutečnosti, jaké aspekty jeho nabídky a jakým způsobem budou zadavatelem hodnoceny. Pro dodržení zásad rovného zacházení a transparentnosti je důležité, aby veškeré skutečnosti, k nimž přihlíží zadavatel při určení ekonomicky výhodnější nabídky a jejich význam, byly potenciálním uchazečům známy již v okamžiku přípravy nabídek. Zadavatel má tedy podle Úřadu povinnost popsat v zadávací dokumentaci způsob hodnocení nabídek natolik přesně a srozumitelně, aby si uchazeči mohli vytvořit jasnou představu o tom, jakým způsobem budou jejich nabídky hodnoceny. Konkrétní důvody, pro které Úřad dospěl k závěru, že způsob hodnocení dílčího kritéria shora uvedeným požadavkům neodpovídá, jsou uvedeny v bodech 72 napadeného rozhodnutí, kde Úřad dále konstatuje, že zadavatelem zvolený popis hodnocení předmětného kritéria je nepřezkoumatelný vzhledem k jeho vysoké míře subjektivity. Nepodložené je též tvrzení zadavatele, že rozhodnutí bylo vydáno na základě skutečností, které nevyplývají z provedeného dokazování. K závěru ohledně netransparentního nastavení způsobu hodnocení nabídek dospěl Úřad na základě skutkových zjištění, vyplývajících z provedených důkazních prostředků, tj. ze zadávací dokumentace (zejména její části 10 a z přílohy č. 2). Pokud na základě těchto skutkových zjištění Úřad dospěl k závěru, že předmětné části zadávací dokumentace jsou v rozporu se zákonem, nejedná se o subjektivní názory úředních osob, ale o právní hodnocení skutkového stavu, k němuž je Úřad v rámci své působnosti povinen.
26. S úvahami a meritorními závěry Úřadu o tom, že zadavatel porušil povinnosti uložené v § 44 odst. 3 písm. h) zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že nestanovil přesně a určitě způsob hodnocení nabídek v dílčím kritériu „Způsob poskytování služeb“, se plně ztotožňuji.
27. Byť se závěry uvedenými v napadeném rozhodnutí se ztotožňuji, nelze bezvýhradně souhlasit s názorem Úřadu uvedeným v bodě 73 napadeného rozhodnutí, kde se uvádí, že fakt, že zvolené dílčí kritérium bylo netransparentní a nepřezkoumatelné dokládá i zpráva o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20. 9. 2012, kde v článku „popis způsobu hodnocení nabídek“ není z odůvodnění jednotlivých položek patrné, jakým způsobem hodnotící komise

informace obsažené v nabídkách hodnotila. K tomu uvádím, že skutečnost, že ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek nevyplývá způsob hodnocení nabídek je sice možným, nikoli však nezbytným důsledkem netransparentně nastaveného způsobu hodnocení. Lze si představit, že i při zadavatelem zvoleném způsobu hodnocení by hodnotící komise ve zprávě jí aplikovaný způsob hodnocení detailně popsala, tento by však nevycházel z pravidel pevně stanovených v zadávací dokumentaci (protože ta neexistují) a nastavení preferencí zadavatele (tj. volba způsobu hodnocení) by v takovém případě záviselo pouze na volném uvážení hodnotící komise.

28. Ani konstatování zadavatele, že se Úřad nevypořádal s jeho vyjádřením k podkladům rozhodnutí, nelze považovat za námitku rozkladu, kterou by bylo možno shledat důvodnou. Jak uvádí sám zadavatel, z napadeného rozhodnutí vyplývá, že s argumentací zadavatele se Úřad seznámil. Vzhledem k tomu, že toto vyjádření však neobsahovalo námitky, jež by vyžadovaly podrobné vypořádání, není v rozporu se zákonem, ani s požadavky uvedenými v § 68 odst. 3 správního řádu, že se jimi Úřad detailně nezabýval. Konkrétní námitky, s nimiž by se Úřad opomenul vypořádat, nespécifikuje v rozkladu ani sám zadavatel. Vyjádření zadavatele je tedy nutno chápat pouze jako právní názor odlišný od právního názoru Úřadu. Za situace, kdy Úřad své právní závěry, vzájemně neslučitelné s právními závěry zadavatele, řádně odůvodnil, tímto se de facto vyjádřil k tomu, proč argumentace předkládaná zadavatelem neobstojí. Z rozkladu zadavatele vyplývá pouze to, že v napadeném rozhodnutí postrádá uvedení toho, jak se Úřad vypořádal s jeho námitkami a návrhy, nicméně žádné své konkrétní námitky ani návrhy, s nimiž by se Úřad nevypořádal, ani v obecné rovině nespécifikuje. Za této situace je nutno tvrzení zadavatele ohledně porušení § 68 odst. 3 správního řádu označit za zjevně účelové.
29. Nedůvodná je též námitka zadavatele, že v průběhu správního řízení nebyly proti stanovení dílčích hodnotících kritérií vzneseny žádné relevantní námitky. K tomuto tvrzení uvádím, že závěr Úřadu o tom, že se zadavatel dopustil porušení zákona, není podmíněn tím, aby předmětné úkony byly již dříve v průběhu zadávacího řízení napadeny námitkami, nebo dokonce námitkami, které jsou podle zadavatele relevantní. Subjektem, který je nadán pravomocí rozhodovat o tom, zda se zadavatel při postupu v zadávacím řízení dopustil porušení zákona, je výlučně Úřad a získá-li o řádnosti postupu zadavatele pochybnosti, je oprávněn řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájit (ale též rozšířit) nejen na návrh, ale i z moci úřední. Argumentace zadavatele, že Úřad svým postupem vnáší do zadávacího řízení tzv. „umělý rozpor“ nemá v projednávané věci jakoukoli relevanci. Ačkoli v zadavatelem citovaném rozsudku Nejvyššího správního soudu se skutečně objevuje věta pojednávající o „rozporu, který se objevil teprve rozhodnutím krajského soudu“, tato ani při jejím vytržení z původního kontextu, nemůže při racionálním uvažování vést k závěru, k němuž zřejmě směřuje zadavatel, tj. k závěru, že pokud nezákonnost postupu zadavatele nenamítne, resp. nezaregistruje některý z účastníků již v průběhu zadávacího řízení, nemá se jí posléze zabývat ani Úřad. Jinými slovy, pokud nezákonnost nikomu nevadí, nechť se jí Úřad nezabývá. Takový přístup je nutno odmítnout a to již s ohledem na možnost Úřadu zahájit a vést řízení o přezkoumání úkonů zadavatele i z moci úřední.

30. Nedůvodná je též námitka zadavatele, že Úřad v rámci napadeného rozhodnutí nepřípustně vstupuje do pravomoci hodnotící komise a nahrazuje její odborný názor. Úřad do myšlenkových pochodů hodnotící komise nevstupoval a její odborný názor nenahrazoval, když se v rámci přezkumu omezil pouze na zjištění, že způsob hodnocení nabídek byl v dílčím kritériu „způsob poskytování služeb“ zadavatelem v zadávací dokumentaci stanoven v rozporu se zákonem. Úřad tedy zadavateli vytýká, že nevymezil přesná pravidla a mantinely, jež by byly účastníkům známy v době přípravy nabídek a v jejichž mezích by hodnotící komise nabídky musela hodnotit. To, jaké aspekty nabídek budou zadavatelem hodnoceny sice ze zadávací dokumentace zjistit lze, nicméně z ní není zřejmé, jakým způsobem a podle jakých pravidel budou tyto aspekty zadavatelem hodnoceny. Až v okamžiku, kdy má hodnotící komise v rámci zadávací dokumentace stanoveno najisto, jaké jsou preference zadavatele, jakým způsobem, podle jakých pravidel a s důrazem na jaké aspekty bude nabídky posuzovat, teprve pak může uplatňovat vlastní myšlenkové pochody ohledně toho, která nabídka se ve světle těchto požadavků zadavatele jeví jako nejvýhodnější.
31. K námitce, že skutečnosti uváděné Úřadem v bodě 74 rozhodnutí jsou nepravdivé a nadto nevyplývají z provedeného dokazování, uvádím následující. Uvedená námitka je zjevně účelová, neboť z kontextu bodu 74, stejně jako z kontextu celého rozhodnutí nemůže vyplývat jiný závěr než ten, že Úřad hovoří obecně o tom, zda a jakou si lze po prostudování zadávací dokumentace udělat představu o tom, co by měli uchazeči ve své nabídce akcentovat. Z kontextu článku 74 nelze dospět k závěru, že zde uvedené skutečnosti představují skutková zjištění Úřadu, ale naopak je z něj zřejmé, že se jedná o úvahy Úřadu ohledně toho, že ze zadávací dokumentace nelze dovodit, jakým způsobem bude zadavatele dosažení požadované kvality plnění hodnotit. Pokud tedy způsob hodnocení nelze dovodit obecně, nemohou je dovodit ani uchazeči o veřejnou zakázku, o nichž Úřad v uvedeném článku hovoří. Pokud Úřad v kontextu dotčené pasáže hovoří o uchazečích, činí tak z důvodu, že právě oni jsou subjekty, pro něž je zadávací dokumentace rozhodujícím podkladem při přípravě jejich nabídek. Stejně tak by mohl Úřad při svých úvahách zaměnit slovo „uchazeči“ za obecný termín „adresáti“ a zajisté by to neznamenal, že od blíže nespecifikovaného okruhu všech potenciálních uchazečů zjišťoval, jakou představu si o požadavcích na podobu nabídky učinili.
32. Nelze souhlasit ani s tvrzením zadavatele, že skutečnosti uvedené Úřadem v bodě 79 a 80 napadeného rozhodnutí jsou pro rozpor s § 67 odst. 1 správního řádu důvodem nezákonnosti napadeného rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že předmětné části napadeného rozhodnutí představují dílčí části jeho odůvodnění, nikoli jeho výrokovou část, není případná argumentace § 67 odst. 1 správního řádu, jež stanoví, že rozhodnutím správní orgán v určité věci zakládá, mění nebo ruší práva anebo povinnosti jmenovitě určené osoby nebo v určité věci prohlašuje, že taková osoba práva nebo povinnosti má anebo nemá, nebo v zákonem stanovených případech rozhoduje o procesních otázkách. Skutečnosti uvedené v bodech 79 a 80 napadeného rozhodnutí představují dílčí části odůvodnění a bez ohledu na absenci jejich relevance ve vztahu k výrokovým částem napadeného rozhodnutí, nejsou způsobilé založit rozpor napadeného rozhodnutí se zákonem.

33. Zadavatel napadené rozhodnutí nesprávně interpretuje, pokud z něj dovozuje, že Úřad po něm fakticky požaduje, aby v zadávací dokumentaci popsal, co považuje za nejlepší způsob zajištění efektivity, jak nejlépe zajistit minimální opotřebení majetku, případně jaký konkrétní komfort považuje zadavatel za nejvýhodnější. Takový závěr z napadeného rozhodnutí bezesporu nevyplývá. Ze závěrů uvedených v napadeném rozhodnutí lze dovodit jen to, že zadavatel měl v zadávací dokumentaci specifikovat, jakým způsobem bude hodnotit to, který způsob zajištění efektivity je nejlepší a nikoli to, jaký způsob zajištění efektivity skutečně nejlepší je (resp. zadavatel jej za nejlepší považuje) atd. Splněním takového požadavku by skutečně zadavatel definoval cílový stav (nalezení nejlepšího způsobu zajištění efektivity), byť ani tak by se v rámci zachování transparentnosti nemohl vyhnout tomu, aby v zadávací dokumentaci stanovil, jakým způsobem bude hodnoceno, která z nabídek cílovému stavu nejlépe odpovídá.

VI. Závěr

34. 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.
35. 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 dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4
2. AB Facility a. s., Kodaňská 1441/46, 101 00 Praha 10
3. QARK CZ, a.s., IČ 28866215, Chelčického 255/5, 430 01 Chomutov

Vypraveno dne:

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