



UOHSX008GEG8

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č.j.ÚOHS-R122,123/2014/VZ-21306/2016/323/EBr

Brno 20. května 2016

V řízení o rozkladu ze dne 9. 4. 2014 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **město Louny**, IČO 00265209, se sídlem Mírové náměstí 35, 440 01 Louny, ve správním řízení zastoupeným na základě mandátní smlouvy ze dne 13. 5. 2013 společností pro obce s.r.o., IČO 24315184, se sídlem Strupčice 224, 431 14 Strupčice,

a v řízení o rozkladu ze dne 10. 4. 2014 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne vybraným uchazečem –

- **AŽD Praha s.r.o.**, IČO 48029483, se sídlem Žirovnická 2/3146, 106 17 Praha 10,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S736/2013/VZ-6502/2014/511/PMc ze dne 26. 3. 2014, vydanému ve správním řízení zahájeném na základě návrhu navrhovatele –

- **ELTODO-CITELUM, s.r.o.**, IČO 25751018, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4, ve správním řízení zastoupeném na základě plné moci ze dne 25. 11. 2013 společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „**Přenesená správa veřejného osvětlení**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 12. 6. 2013, pod ev. č. 353103, ve znění opravy uveřejněné dne 11. 7. 2013 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 14. 6. 2013, pod ev. č. 2013/S 114-194965, ve znění opravy uveřejněné dne 12. 7. 2013, pod ev. č. 2013/S 134-232351,

jsem podle § 90 odst. 4 ve spojení s § 66 odst. 1 písm. g) 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. ÚOHS-S736/2013/VZ-6502/2014/511/PMc ze dne 26. 3. 2014

r u š í m

a správní řízení zahájené na návrh ze dne 27. 11. 2013, vedené pod sp. zn. ÚOHS-S736/2013/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Přenesená správa veřejného osvětlení“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 12. 6. 2013, pod ev. č. 353103, ve znění opravy uveřejněné dne 11. 7. 2013 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 14. 6. 2013, pod ev. č. 2013/S 114-194965, ve znění opravy uveřejněné dne 12. 7. 2013, pod ev. č. 2013/S 134-232351,

z a s t a v u j i .

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené 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 27. 11. 2013 návrh navrhovatele – společnosti ELTODO-CITELUM, s.r.o., IČO 25751018, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4 (dále jen „**navrhovatel**“), na přezkoumání úkonů zadavatele – město Louny, IČO00265209, se sídlem Mírové náměstí 35, 440 01 Louny (dále jen „**zadavatel**“), učiněných v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „Přenesená správa veřejného osvětlení“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 12. 6. 2013, pod ev. č. 353103, ve znění opravy uveřejněné dne 11. 7. 2013 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 14. 6. 2013, pod ev. č. 2013/S 114-194965, ve znění opravy uveřejněné dne 12. 7. 2013, pod ev. č. 2013/S 134-232351 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. V návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele navrhovatel spatřoval porušení zákona v postupu zadavatele při vyřízení námitek ze dne 8. 11. 2013 i námitek ze dne 20. 11. 2013, kdy zadavatel dle navrhovatele chybně posoudil tyto námitky a měl o nich věcně rozhodnout. Navrhovatel rovněž namítal, že zadavatel postupoval v rozporu se zadávacími podmínkami a s § 6 odst. 1 zákona, když technické kvalifikační předpoklady vybraného uchazeče – AŽD Praha s.r.o., IČO 48029483, se sídlem Žirovnická 2/3146, 106 17 Praha 10

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

(dále jen „**vybraný uchazeč**“), posoudil jako vyhovující a následně jej nevyločil ze zadávacího řízení. Vybraný uchazeč neprokázal dle navrhovatele splnění technických kvalifikačních předpokladů, a to z důvodu, že k jejich prokázání předložil doklady odpovídající svým charakterem a rozsahem pouze jedné službě obdobného charakteru a rozsahu realizované dodavatelem v posledních 3 letech (dále jen „**služba obdobného charakteru a rozsahu**“ či jen „**služba**“) a nikoli dvěma, jak požadoval zadavatel v bodě 4.2.4. zadávací dokumentace. Dále má navrhovatel za to, že zadavatel nesplnil svoji povinnost zabývat se mimořádně nízkou nabídkovou cenou vybraného uchazeče.

3. V bodě 3 zadávací dokumentace zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky tak, že se jedná o obnovu, správu, provoz, opravy a údržbu veřejného osvětlení včetně zajištění modernizace soustavy veřejného osvětlení za účelem snížení nákladů.
4. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla zadavatelem v bodě 2.3. zadávací dokumentace stanovena na 31 000 000 Kč bez DPH.
5. Dne 24. 10. 2013 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče.

II. Napadené rozhodnutí

6. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S736/2013/VZ-6502/2014/511/PMc ze dne 26. 3. 2014 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“) Úřad rozhodl ve výroku I. tak, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 59 odst. 1 zákona tím, že kvalifikaci vybraného uchazeče posoudil jako splněnou i přes to, že tento vybraný uchazeč neprokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného podle § 56 odst. 2 zákona v rozsahu požadavků uvedených v bodu 4.2.4. zadávací dokumentace.
7. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele podle § 118 odst. 1 zákona zrušil úkony zadavatele spojené s posouzením kvalifikace vybraného uchazeče a všechny následné úkony zadavatele v předmětném zadávacím řízení.
8. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
9. Co se týkalo oprávnění navrhovatele podat návrh, dospěl Úřad k závěru, že námitky navrhovatele ze dne 8. 11. 2013 byly podány řádně a včas, neboť se podle Úřadu jednalo o námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ve smyslu § 110 odst. 4 zákona, a proto měl Úřad navrhovatele za osobu oprávněnou podat návrh k Úřadu ve smyslu § 110 odst. 7 zákona.
10. V odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad při přezkumu posouzení kvalifikace vybraného uchazeče vycházel zejména z bodu 4.2.4. zadávací dokumentace, ve kterém zadavatel stanovil požadavky na prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 zákona, a ve kterém zadavatel taktéž vymezil, co považuje za službu obdobného charakteru a rozsahu.
11. Úřad rovněž vycházel z čestného prohlášení předloženého vybraným uchazečem, ve kterém k prokázání splnění požadovaných technických kvalifikačních předpokladů uvedl seznam významných služeb.

12. Za účelem přezkumu postupu zadavatele, resp. hodnotící komise, zda byl ze strany vybraného uchazeče splněn předmětný požadavek zadavatele, si Úřad vyžádal od města Boskovice kopie smluv, na základě nichž byla vybranému uchazeči vystavena jím předložená osvědčení.
13. Město Boskovice předložilo Úřadu kopii smlouvy o provozování a údržbě osvětlení a světelné dopravní signalizace ve městě Boskovice ze dne 29. 12. 2009 včetně dodatku č. 1, 2, a 3 (dále jen „**smlouva o provozování a údržbě VO**“) a kopii smlouvy o obnově veřejného osvětlení ve městě Boskovice ze dne 29. 12. 2009 včetně dodatku č. 1 (dále jen „**smlouva o obnově VO**“).
14. Po porovnání předmětů kopií smluv předložených městem Boskovice s definicí služby obdobného charakteru a rozsahu stanovenou zadavatelem Úřad dospěl k závěru, že plněním poskytovaným na základě uvedených smluv lze prokázat nanejvýš jednu službu obdobného charakteru a rozsahu, zatímco zadavatel požadoval předložení seznamu alespoň dvou služeb obdobného charakteru a rozsahu. Podle Úřadu z uvedených smluv vyplývá, že smlouva o provozování a údržbě VO zahrnuje veškeré činnosti, které zadavatel vymezil pro služby obdobného charakteru a rozsahu, avšak smlouva o obnově VO zahrnuje pouze obnovu a nikoli další zadavatelem stanovené činnosti v bodě 4.2.4. zadávací dokumentace. Plnění na základě smlouvy o obnově VO podle Úřadu tedy nebylo možné samostatně uznat za službu obdobného charakteru a rozsahu ve smyslu bodu 4.2.4. zadávací dokumentace.
15. K vyjádření zadavatele, že za relevantní je potřeba považovat období i jen jednoho kalendářního roku poskytované služby, Úřad uvedl, že takový výklad neodpovídá znění bodu 4.2.4. zadávací dokumentace a pokud zadavatel chtěl, aby byl kvalifikovaným i dodavatel, který plnil by i jen jednu (dlouhodobou) službu obdobného charakteru a rozsahu, měl v tomto smyslu formulovat požadavky na splnění technických kvalifikačních předpokladů.
16. S ohledem na zásadu procesní ekonomie se Úřad dále v napadeném rozhodnutí nezabýval zbylým obsahem návrhu navrhovatele v části směřující proti posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče, neboť rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. napadeného rozhodnutí.

III. Námitky rozkladu zadavatele

17. Dne 9. 4. 2014 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 26. 3. 2014. Zadavatel podal rozklad v zákonné lhůtě.
18. Zadavatel je přesvědčen, že u zakázky na služby se právě z jejího charakteru služeb coby zejména činností lidského výkonu logicky podává, že čím déle příslušnou službu uchazeč plní, poskytuje, provádí určité činnosti, tím je uchazeč zkušenější, tedy kvalifikovanější.
19. Zadavatel má za to, že Úřad posuzoval zákonem použitý pojem služba v rámci technických kvalifikačních předpokladů příliš formálně a rigidně a vztahoval jej k pojmu smlouva. Podle zadavatele je třeba při posuzování kvalifikace uchazeče, a to z hlediska technických kvalifikačních předpokladů, zejména pak v rámci referencí, pojem služba, použitý v zákoně, vnímat rozhodně šířeji, resp. v praktickém slova smyslu, tedy jako souhrn určitých činností v zásadě se opakujících a vedoucích k určitému požadovanému výsledku. V tomto směru pak podle zadavatele nemusí být nutně požadavek na dvě služby vnímán jen jako dvě zakázky,

resp. smlouvy. Podle zadavatele postačí, i pokud jen předmět jedné ze smluv s městem Boskovice zahrnuje činnosti, které požadoval zadavatel v rámci předmětné veřejné zakázky. K tomu zadavatel dodává, že druhá ze smluv pak jen dokládá další, resp. rozšiřuje uchazečovy zkušenosti o další činnosti, resp. zkušenosti.

20. Co se týká vymezení technického kvalifikačního požadavku, má zadavatel za to, že vymezení provedené v zadávací dokumentaci je dostačující a vyplývá z něj, že uchazeči musí doložit minimálně dvě alespoň roční služby v rámci tříletého období. Pokud se jedná o služby započaté dříve než před třemi lety, resp. stále trvající, pak jsou tyto služby akceptovatelné, neboť pokud platí pravidlo, že je kvalifikovaným uchazeč, který poskytuje službu kratší dobu, je jistě kvalifikovaným i uchazeč, který poskytuje službu delší dobu. Podle zadavatele tento závěr vyplývá i z textu zákona (§ 56 odst. 2 zákona), jelikož je zde použit dokonavý vid slova „poskytnutých“ za poslední tři roky, přičemž dále podotýká, že v rámci zakázek se takové smlouvy uzavírají třeba i na 5, 10 či 15 let. Uchazečům pak dle zadavatele nezbývá než vyžadovat potvrzení zadavatelů o poskytnuté službě za určité ucelené období, v daném případě za každý rok.
21. Ohledně skutečnosti, že zadavatel posuzoval v rámci referencí uchazečů službu z hlediska minimální délky jejího poskytování po dobu jednoho roku, zadavatel připouští, že to nebylo v zadávací dokumentaci explicitně uvedeno. Přes uvedené je zadavatel přesvědčen, že nikterak nepochybil ani se neodchýlil od smyslu a účelu zákona, zejména pak od institutu referencí. Na tomto místě zadavatel zdůraznil předmět veřejné zakázky (správa, obnova, provoz, údržba a opravy veřejného osvětlení) a skutečnost, že služby měly být poskytovány na dobu 5 let, z čehož je zřejmé, že každá příslušná činnost (zejména správa, provoz i údržba) měla být poskytována minimálně po dobu jednoho roku s ohledem na denní období – světlo, resp. tmu, roční období – povětrnostní vlivy, počasí apod., než se začnou příslušné činnosti opakovat. Podle zadavatele je tedy zřejmé, že minimálním obdobím z hlediska posouzení zkušeností uchazeče lze považovat období jednoho roku.
22. Závěrem zadavatel nesouhlasí s tím, že by měnil zadávací podmínky, či si přizpůsoboval jejich výklad po uplynutí lhůty pro podání nabídek.

Závěr rozkladu zadavatele

23. Zadavatel s ohledem na výše uvedené navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele

24. Úřad obdržel k rozkladu zadavatele dne 16. 4. 2014 vyjádření navrhovatele z téhož dne.
25. Navrhovatel zásadně nesouhlasí s tvrzeními v rozkladu zadavatele. Navrhovatel odkazuje na svá dřívější podání a doplňuje je následujícím.
26. S ohledem na obsah technického kvalifikačního předpokladu definovaného v bodě 4.2.4. zadávací dokumentace je dle navrhovatele zcela zřejmé, že zadavatel nestanovil jako dostatečné pro prokázání splnění kvalifikace poskytnutí významné služby po dobu jednoho roku tak, aby plnění zahrnovalo všechna roční období. Posouzení kvalifikace vybraného uchazeče z hlediska zadavatelem předestřené výkladu podle navrhovatele zcela jistě překročilo meze stanovené v zadávacích podmínkách a došlo tak k jejich změně, a to až po podání nabídek. Navrhovatel uvádí, že rovněž neobstojí výklad zadavatele, že za dostatečné

se považují činnosti ve vztahu k minimálnímu počtu 1000 světelných bodů bez uplatnění jakýchkoliv dalších požadavků. Za významnou zakázku lze podle navrhovatele považovat pouze takový ucelený soubor řádně realizovaných činností, který svým obsahem odpovídá stanoveným požadavkům, tzn., zahrnuje řádnou realizaci obnovy, správy, provozu a údržby veřejného osvětlení.

27. Navrhovatel dále konstatuje, že smlouvy mezi vybraným uchazečem a městem Boskovice nezahrnují plnění spočívající ve správě veřejného osvětlení. Dle navrhovatele je správou označována samostatná činnost, která na rozdíl od provozu, údržby nebo obnovy veřejného osvětlení spočívá zejména v administrativní a administrativně-technické činnosti a jde o koncepční a systémovou činnost.
28. Rovněž dle navrhovatele nelze na smlouvu pohlížet jako na podklad, který má být při realizaci plnění vnímán šířeji, jak činí zadavatel, neboť smlouva vymezuje rámec vztahu mezi smluvními stranami, a to zejména co do obsahu předmětu plnění.
29. S ohledem na výše uvedené navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

IV. Námitky rozkladu vybraného uchazeče

30. Dne 10. 4. 2014 obdržel Úřad rozklad vybraného uchazeče z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo vybranému uchazeči doručeno dne 27. 3. 2014. Vybraný uchazeč podal rozklad v zákonné lhůtě.
31. Vybraný uchazeč se závěry Úřadu zásadním způsobem nesouhlasí, neboť má za to, že zadavatelem požadovanou kvalifikaci v plném rozsahu splňuje, a proto zadavatel, resp. jím ustanovená komise, postupoval plně v souladu se zákonem, když ke stejnému závěru dospěl v rámci posouzení kvalifikace ve smyslu § 59 zákona.
32. Ze zadávací dokumentace dle vybraného uchazeče vyplývá, že zadavatel vymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu tak, že předmětem každé významné služby musí být obnova, správa, provoz a údržba veřejného osvětlení, v jakémkoli katastrálním území s min. počtem 1000 světelných bodů, a že žádné další požadavky na minimální požadovanou úroveň významné služby zadavatel nestanovil (dle vybraného uchazeče např. finanční rozsah či délku trvání služby).
33. S odkazem na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 51/2008-48 ze dne 15. 2. 2010 vybraný uchazeč tvrdí, že je výlučnou odpovědností zadavatele, jakým způsobem dopředu transparentně v zadávacích podmínkách vymezí minimální úroveň jím požadovaných technických kvalifikačních předpokladů. Vybraný uchazeč má za to, že zadavatel vymezil zadávací podmínky zcela určitě a jednoznačně a v souladu s § 6 odst. 1, s § 50 odst. 3 a § 56 odst. 5 písm. c) zákona, přičemž rovněž uvádí, že zadavatel v rámci posuzování kvalifikace neměnil stanovené podmínky a ani nepřizpůsoboval jejich výklad nastalé situaci.
34. Co se týká vymezení pojmu významné služby, je vybraný uchazeč toho názoru, že by bylo zcela absurdní a se zásadou zákazu diskriminace neslučitelné, aby zadavatel rozhodl o vyloučení uchazeče, který objektivně disponuje příslušnou kvalifikací, a současně tuto kvalifikaci prokázal způsobem, který je v souladu se zadávací dokumentací, resp. se jí žádným způsobem nepříčí.

35. Podle vybraného uchazeče byl zadavatel vzhledem ke stanoveným zadávacím podmínkám povinen akceptovat i osvědčení vystavená odděleně na základě jedné stále probíhající smlouvy, neboť nelze po dodavatelích požadovat, aby jejich nabídky splňovaly i požadavky v těchto zadávacích podmínkách výslovně neuvedené.
36. Dále vybraný uchazeč poukazuje na skutečnost, že služby v rozsahu dokládaném osvědčeními, tedy jednotlivé dílčí časové úseky, v plném rozsahu splňují požadavky zadavatele na významnou službu dle zadávací dokumentace. Vzhledem k tomu, že vybraný uchazeč uzavřel s městem Boskovice dodatky ke smlouvě o provozování a údržbě VO (měněna cena a navýšení světelných bodů), vybraný uchazeč konstatuje, že služby poskytované dle smlouvy o provozování a údržbě VO měly v uzavřených časových obdobích let 2010, 2011, 2012 navzájem různý obsah, a tedy i v tomto smyslu se jedná o různé významné služby.
37. Proti tvrzení navrhovatele, že došlo k umělému rozdělení jednoho plnění na několik samostatných zakázek, se vybraný uchazeč ohrazuje a namítá, že realizaci významných služeb uvedených v nabídce doložil osvědčením objednatele o řádném poskytnutí plnění, přičemž tato osvědčení představují jednostranný projev vůle příslušného objednatele a jen výlučně na něm závisí, jakým způsobem bude na základě okolností a podkladů týkajících se dokládané skutečnosti text osvědčení formulovat. Že se jednalo o neúčelové jednání, dle vybraného uchazeče rovněž dokládá skutečnost, že jednotlivá osvědčení byla vystavena v rozmezí jednoho a půl roku.
38. Závěrem vybraný uchazeč konstatuje, že Úřad podává zcela účelovou definici významné služby, aniž by tento výklad byl opřen o jakékoli zákonné ustanovení, přičemž tento výklad Úřadu umožňuje až absurdní závěry, kdy by kvalifikaci mohl splňovat subjekt s „přerušenou dobou plnění“ a s objektivně kratší dobou poskytování služeb a subjekt s „nepřerušenou dobou plnění“ a s objektivně delší dobou plnění by kvalifikaci nespĺňoval.

Závěr rozkladu vybraného uchazeče

39. Vybraný uchazeč s ohledem na výše uvedené navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

Vyjádření zadavatele k rozkladu vybraného uchazeče

40. Zadavatel je s ohledem na obsah rozkladu, který sám podal dne 9. 4. 2014 a s ohledem na obsah rozkladu vybraného uchazeče přesvědčen, že rozklad vybraného uchazeče se v podstatě shoduje s názorem a závěry obsaženými v rozkladu zadavatele, resp., že rozklad vybraného uchazeče zadavatelem podaný rozklad doplňuje.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu vybraného uchazeče

41. Navrhovatel zásadně nesouhlasí s tvrzeními v rozkladu vybraného uchazeče, které považuje za účelové. Navrhovatel odkazuje na svá dřívější podání a doplňuje je následujícími.
42. Tvrzení vybraného uchazeče, že za dostatečné je nutné považovat obnovu, správu, provoz a údržbu veřejného osvětlení ve vztahu k min. počtu 1000 světelných bodů bez jakýchkoliv dalších požadavků, je dle navrhovatele zavádějící. Dle názoru navrhovatele lze za významnou zakázku považovat pouze takový ucelený soubor řádně realizovaných činností, který svým

obsahem odpovídá stanoveným požadavkům, tzn., zahrnuje řádnou realizaci obnovy, správy, provozu a údržby veřejného osvětlení.

43. Co se týká obnovy veřejného osvětlení města Boskovice, navrhovatel dále upozorňuje na skutečnost, že předmětné plnění spočívající v obnově veřejného osvětlení města Boskovice ještě není a nemůže být dokončeno.

V. Řízení o rozkladu

44. Úřad neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Procesní vývoj během řízení o rozkladu

45. Dne 17. 12. 2015 obdržel Úřad oznámení zadavatele o zrušení zadávacího řízení, jehož přílohou byla kopie rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona ze dne 17. 12. 2015 (dále jen „**rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení**“), písemná zpráva zadavatele ze dne 17. 12. 2015 a výpis z Věstníku veřejných zakázek o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku. V návaznosti na výše uvedený přípis zadavatele obdržel Úřad návrh navrhovatele na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky, kterým bylo zahájeno správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S175/2015/VZ.
46. Dne 8. 6. 2015 vydal předseda Úřadu usnesení o přerušení řízení o rozkladu vedeného pod sp. zn. ÚOHS-R122/2014/VZ a o přerušení řízení o rozkladu vedeného pod sp. zn. ÚOHS-R123/2014/VZ, neboť dospěl v šetřeném případě k závěru, že otázka, která je předmětem správního řízení vedeného Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S175/2015/VZ je vzhledem k řízení o rozkladech vedených Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-R122/2014/VZ a pod sp. zn. ÚOHS-R123/2014/VZ otázkou předběžnou, přičemž na jejím rozhodnutí závisí vydání správního rozhodnutí ve věcech vedených Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-R122/2014/VZ a sp. zn. ÚOHS-R123/2014/VZ.
47. Dne 24. 3. 2016 nabylo právní moci druhostupňové rozhodnutí č. j. ÚOHS-R225/2015/VZ-12217/2016/323/EBr, které potvrdilo prvostupňové rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S175/2015/VZ-18224/2015/541/MSc ze dne 16. 7. 2015 konstatující zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona a zamítlo rozklad navrhovatele. Tímto okamžikem bylo ukončeno správní řízení ve věci vedené pod sp. zn. ÚOHS-S175/2015/VZ. Závěr daného řízení byl tedy takový, že zadavatel postupoval při zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona v souladu s právním řádem. Nabytím právní moci výše uvedeného rozhodnutí tedy došlo k pokračování obou řízení o rozkladech vedených Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-R122/2014/VZ a sp. zn. ÚOHS-R123/2014/VZ.

Stanovisko předsedy Úřadu

48. 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 s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

49. Jelikož jsem zjistil, že ve smyslu § 90 odst. 4 správního řádu nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího jsem napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.
50. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.

VI. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení

51. Podle § 118 odst. 1 zákona, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
52. Podle § 152 odst. 1 správního řádu proti rozhodnutí, které vydal ústřední správní úřad, ministr nebo vedoucí jiného ústředního správního úřadu v prvním stupni, lze podat rozklad.
53. Podle § 152 odst. 4 správního řádu nevylučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání.
54. Podle § 90 odst. 4 správního řádu jestliže odvolací správní orgán zjistí, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího zruší napadené rozhodnutí a řízení zastaví, ledaže jiné rozhodnutí o odvolání může mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků.
55. Podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu správní orgán řízení o žádosti usnesením zastaví, jestliže se žádost stala zjevně bezpředmětnou.
56. Bepředmětnost ve smyslu § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu je podle rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 20/2011-52 ze dne 16. 8. 2012, proti němuž směřující kasační stížnost byla rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 79/2012-37 ze dne 26. 6. 2013 zamítnuta, nutno vnímat jako „*stav, kdy jakýmkoliv rozhodnutím o žádosti, ať už kladným nebo záporným, nedojde k žádné změně v právním postavení žadatele*“.
57. K bezpředmětnosti žádosti, jakožto k důvodu pro zastavení správního řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, se vyjádřil např. Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 As 62/2009-68 ze dne 14. 10. 2010, v rozsudku č. j. 8 As 103/2011-92 ze dne 19. 3. 2012 a v rozsudku č. j. 7 Afs 79/2012-37 ze dne 26. 6. 2013 v nichž uvedl, že „*[d]ůvod pro zastavení řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu je dán tehdy, pokud v průběhu řízení o žádosti dojde k takové změně okolností, že rozhodnutí správního orgánu o žádosti již nebude mít pro žadatele význam.*“ Takový navrhovatelem sledovaný význam je potřeba vnímat jako právě ten zamýšlený význam, který by mělo pro navrhovatele eventuální budoucí rozhodnutí Úřadu, nikoli význam jiný. Tento význam přitom vždy vyplývá již z původního obsahu návrhu a v zásadě se kryje s předmětem řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky, tj. s cílem uložit konkrétní nápravné opatření, tj. právě to, kterého se navrhovatel v návrhu domáhal.

58. K předmětu řízení se vyjádřil rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v usnesení č. j. 8 As 47/2005-86 ze dne 21. 10. 2008, kde uvedl, že „[v] *obecné rovině lze předmět řízení definovat za pomoci dvou kritérií: subjektivního nebo objektivního. Subjektivní vymezení předmětu řízení je určeno hospodářským či společenským cílem, který subjekt vyvoláním řízení sleduje. Objektivní vymezení předmětu řízení je pak odvislé od veřejného zájmu a okruhu chráněných zájmů, o které se v tom či onom typů řízení jedná (...). Tyto dva typy vymezení předmětu řízení se přirozeně mohou a nemusí překrývat; sledování a naplnění jednoho (subjektivního) hospodářského cíle však může typicky zahrnovat posouzení několika okruhů veřejných zájmů, které mohou být upraveny celou řadou tzv. složkových zákonů.*“
59. Hospodářským cílem návrhu navrhovatele v tomto řízení bylo uložení nápravného opatření v podobě zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 24. 10. 2013. S tímto hospodářským cílem návrhu navrhovatele, tj. subjektivním kritériem pro definování předmětu správního řízení, se v zásadě kryje význam, který by pro navrhovatele mělo eventuální budoucí rozhodnutí Úřadu.
60. Správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele bylo zahájeno dle § 113 zákona na základě písemného návrhu navrhovatele. Předmětem správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S736/2013/VZ ve smyslu citovaného usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu, tj. hospodářským cílem návrhu navrhovatele, bylo tedy v době podání návrhu uložení nápravného opatření v podobě zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 24. 10. 2013.
61. Dne 17. 2. 2015 zadavatel rozhodl o zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky dle § 82 odst. 2 písm. e) zákona. Zrušením zadávacího řízení tak nově nastal stav, kdy zanikla možnost pravomocného uložení nápravného opatření, kterého se navrhovatel domáhal svým návrhem. Jednou z podmínek uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona je totiž skutečnost, že dosud nedošlo k ukončení zadávacího řízení.
62. V tomto správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S736/2013/VZ tak v průběhu řízení o rozkladu došlo k takové změně okolností, která zapříčinila, že návrh, který v době svého podání bezpředmětným nebyl, se jím stal, neboť po zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky již nelze dosáhnout cíle, ke kterému návrh směřoval, tj. zrušení úkonu zadavatele spočívajícího v rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 24. 10. 2013 pravomocným meritorním rozhodnutím Úřadu.
63. I kdyby bylo možné v rámci tohoto správního řízení docílit pravomocného meritorního výroku Úřadu ve věci návrhu navrhovatele, nedošlo by ke změně v právním postavení navrhovatele a pravomocné rozhodnutí Úřadu o návrhu navrhovatele by pro navrhovatele nemělo význam, neboť naplnění významu navrhovatelem zamýšleného v době podání návrhu by již nebylo objektivně možné. Prvotního cíle, kterého chtěl navrhovatel podáním návrhu dosáhnout (uložení nápravného opatření), tedy již dosáhnout nelze a návrh navrhovatele se tak stal bezpředmětnou žádostí ve smyslu § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu.
64. K tomu dodávám, že veřejný zájem v podobě dohledu nad dodržováním zákona je přitom Úřadem vykonáván nezávisle na trvání hospodářského cíle návrhu navrhovatele, a to v rámci projednávání správních deliktů podle § 112 odst. 2 zákona.

65. Situace, kdy se žádost stala zjevně bezpředmětnou, jelikož v důsledku zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky nelze dosáhnout prvotního cíle návrhu navrhovatele, je jedním z důvodů, na základě kterých musí správní orgán řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu zastavit.
66. Zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky zapříčiňuje odpadnutí předmětu řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterým je, jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 4 As 249/2014-43 ze dne 31. 3. 2015, „*trvajícím zadávacím řízením, které lze korigovat uložením opatření dle § 118 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách*“. Povinnost Úřadu vést řízení o přezkoumání úkonů zadavatele i poté, co bylo zadávací řízení veřejné zakázky zrušeno, tj. poté co odpadl předmět řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, by byla konstruována nad rámec platné právní úpravy a zákonem stanovené pravomoci Úřadu.
67. Zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky zapříčinilo stav, kdy zanikla možnost Úřadu zadavateli pravomocně uložit nápravné opatření a návrh se tak stal v průběhu vedení správního řízení zjevně bezpředmětnou žádostí ve smyslu § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu. V přezkoumávané věci by totiž případné rozhodnutí o rozkladech nesplnilo svůj účel, tj. i kdyby případně byly zadavatelovy námítky či námítky vybraného uchazeče shledány v řízení o rozkladech důvodnými. V takovém případě by totiž Úřad nemohl pravomocně uložit žádné nápravné opatření v již ukončeném zadávacím řízení veřejné zakázky, tj. pravomocně vyhovět návrhu navrhovatele, neboť již není zadávacího řízení, v rámci něhož by Úřad podle § 118 odst. 1 zákona mohl svým rozhodnutím pravomocně zrušit byť jen jednotlivý úkon zadavatele, v tomto případě rozhodnutí zadavatele o výběru nejhodnější nabídky ze dne 24. 10. 2013.
68. Ustanovení § 90 odst. 4 správního řádu výslovně normativně určuje postup odvolacího správního orgánu, při zjištění, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, v podobě zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení bez dalšího. Tím je ze zákona vyloučeno, aby v rámci tohoto řízení o rozkladu došlo k jinak samozřejmému přezkumu souladu napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnosti v rozsahu námitek rozkladu zadavatele a vybraného uchazeče podle § 89 odst. 2 správního řádu.
69. Co se týče námitek uvedených v rozkladu zadavatele a zároveň v rozkladu vybraného uchazeče, konstatuji, že jsem nebyl oprávněn se jimi zabývat, neboť je třeba se nejdříve vypořádat s tím, zda je naplněn procesní rámec pro věcný přezkum. To znamená, že nejdříve musí být splněny podmínky, za kterých lze vůbec řízení vést. V předmětné věci však tyto podmínky splněny nebyly, neboť zrušením zadávacího řízení veřejné zakázky došlo k odpadnutí předmětu řízení a vznikla tak překážka, díky které již Úřad nemůže ve věci rozhodnout.
70. Jelikož jsem z obsahu správního spisu zjistil, že dne 17. 12. 2014 oznámil zadavatel Úřadu, že zrušil dle § 82 odst. 2 písm. e) zákona zadávací řízení veřejné zakázky, přičemž tímto zrušením byl tedy ukončen proces zadávání veřejné zakázky, z povahy věci vyplynulo, že již nelze přezkoumat napadené rozhodnutí z pohledu správnosti postupu zadavatele, neboť již není materie, která by mohla být přezkoumávána. Nejprve musí existovat zadávací řízení, ve kterém může zadavatel provádět úkony, aby tyto úkony bylo možno přezkoumat a případně uložit opatření k nápravě ve smyslu § 118 zákona. Tato podmínka však v nyní šetřené věci již není splněna, neboť zadávací řízení, ve kterém by zadavatel mohl činit úkony, bylo ukončeno

zrušením zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Ze strany Úřadu se tedy již nemůže jednat o přezkum postupu zadavatele při „zadávání“ předmětné veřejné zakázky. S ohledem na zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku konstatuji, že návrh navrhovatele se stal bezpředmětným, neboť Úřad již z logiky věci nemůže věcně rozhodnout. Nastala tak skutečnost, která odůvodňuje zastavení správního řízení podle § 90 odst. 4 ve spojení s § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu. Proto jsem napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení bez dalšího zastavil.

71. Vzhledem k tomu, že je z obsahu spisu tohoto správního řízení zřejmé, že žádný z účastníků netvrdil ani neprokázal, že by jiné rozhodnutí o rozkladu mohlo mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků nezbyvá, než postupem podle § 90 odst. 4 správního řádu napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit.

VII. Závěr

72. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že zadavatel zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku, jsem dospěl k závěru, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.
73. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále nelze odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. AŽD Praha s.r.o., sídlem Žirovnická 2/3146, 106 17 Praha 10
2. MT Legal s.r.o., Jakubská 121/1, 602 00 Brno
3. pro obce s.r.o., Strupčice 224, 431 14 Strupčice

Vypraveno dne:

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