



UOHSX009FKU0

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0286/2016/VZ-07268/2017/323/MOđ

Brno 28. února 2017

V řízení o rozkladu ze dne 18. 11. 2016 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **ČESKÁ CENTRÁLA CESTOVNÍHO RUCHU**, IČO 49277600, se sídlem Vinohradská 1896/46, 120 00 Praha - Vinohrady,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0610,0611/2016/VZ-44382/2016/541/PDz ze dne 2. 11. 2016, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů výše uvedeným zadavatelem, při zadávání

- veřejné zakázky „**Tvorba vzdělávacích modulů/publikací a komplexní zajištění realizace dalšího profesního vzdělávání**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 7. 2012 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 8. 2012 pod ev. č. 226589, ve znění oprav uveřejněných dne 7. 8. 2012 a dne 13. 8. 2012, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 1. 8. 2012 pod ev. č. 2012/S 149-249470, a
- veřejné zakázky „**Evaluace vzdělávacích akcí, lektorů, didaktických metod**“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném na základě výzvy k podání nabídek ze dne 12. 9. 2012,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 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-S0610,0611/2016/VZ-44382/2016/541/PDz ze dne 2. 11. 2016

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 vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 27. 7. 2012 zahájil zadavatel – ČESKÁ CENTRÁLA CESTOVNÍHO RUCHU, IČO 49277600, se sídlem Vinohradská 1896/46, 120 00 Praha - Vinohrady (dále jen „**zadavatel**“) – podle § 26 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹) odesláním oznámení ku veřejnění ve Věstníku veřejných zakázek, které bylo uveřejněno dne 1. 8. 2012 pod ev. č. 226589, ve znění oprav uveřejněných dne 7. 8. 2012 a dne 13. 8. 2012, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 1. 8. 2012 pod ev. č. 2012/S 149-249470, otevřené řízení na veřejnou zakázku s názvem „Tvorba vzdělávacích modulů/publikací a komplexní zajištění realizace dalšího profesního vzdělávání“ (dále jen „**veřejná zakázka 1**“).
2. Dle bodu 2.1 zadávací dokumentace bylo předmětem plnění veřejné zakázky 1 vytvoření a podrobné rozpracování obsahové náplně vzdělávacích modulů, odborných publikací a e-learningových vzdělávacích modulů určených pro zaměstnance a zaměstnavatele v cestovním ruchu, které budou mít specifické tematické zaměření na cestovní ruch a budou odpovídat potřebám cílových skupin, a rovněž zajištění realizace samotného profesního vzdělávání s ohledem na potřeby a možnosti jednotlivých profesních skupin včetně potřebné administrace, přičemž zadavatel jej rozdělil podle § 98 zákona na 6 částí.
3. V bodu 12. zadávací dokumentace zadavatel kromě dílčího hodnotící kritéria nejnižší nabídkové ceny stanovil 2 kvalitativní kritéria, a to: dílčí hodnotící kritérium č. 2 – „*Celková kvalita zpracování vzdělávacích modulů, odborných publikací a e-learningových vzdělávacích modulů pro stanovenou část veřejné zakázky*“ s vahou 30 %, a dílčí hodnotící kritérium č. 3 – „*Popis technicko – organizačního zajištění realizace vzdělávání a popis zajištění náboru účastníků na jednotlivé vzdělávací akce*“ s vahou 10 %.
4. Dne 12. 9. 2012 zahájil zadavatel podle § 26 odst. 1 zákona výzvou k podání nabídek zjednodušené podlimitním řízení na veřejnou zakázku s názvem „Evaluace vzdělávacích akcí, lektorů, didaktických metod“ (dále jen „**výzva**“ a „**veřejná zakázka 2**“).
5. Dle bodu 5.1 výzvy k podání nabídek byla předmětem veřejné zakázky 2 evaluace vzdělávacích modulů, zvolených didaktických metod a lektorů v rámci prezenční výuky projektu, vytvoření hodnotících dotazníků pro cílovou skupinu projektu, lektory

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

a zaměstnavatele, vytvoření evaluačních zpráv pro zadavatele a vyhodnocení dopadu/vlivu účasti v projektových aktivitách na konkurenceschopnost vysílajícího zaměstnavatele.

6. V bodu 14. výzvy zadavatel kromě dílčího hodnotící kritéria nejnižší nabídkové ceny stanovil 2 kvalitativní kritéria, a to: dílčí hodnotící kritérium č. 2 - „Kvalita zpracování návrhu měsíční evaluační zprávy“ s vahou 20 %, a dílčí hodnotící kritérium č. 3 - „Kvalita zpracování návrhu hodnotícího dotazníku určeného pro cílovou skupinu projektu a kvalita zpracování návrhu hodnotícího dotazníku určeného pro zaměstnavatele“ s vahou 20 %.

7. Zadavatel poté uzavřel:

- dne 8. 1. 2013 smlouvy na část 1 a 2 veřejné zakázky 1 s vybraným uchazečem uchazeče Asociace hotelů a restaurací České republiky z.s., IČO 00549436, se sídlem Revoluční 762/13, 110 00 Praha;
- dne 9. 1. 2013 smlouvy na část 3 veřejné zakázky 1 a dne 18. 1. 2013 smlouvy na část 4, 5 a 6 veřejné zakázky 1 s vybraným uchazečem MAG CONSULTING s.r.o., IČO 62586378, se sídlem Táboritská 1000/23, 130 00 Praha 3 – Žižkov;
- dne 22. 11. 2012 smlouvy na veřejnou zakázku 2 s vybraným uchazečem STEM/MARK, a.s., IČO 61859591, se sídlem Chlumčanského 497/5, 180 00 Praha 8 – Libeň

(dále jen „**vybraní uchazeči**“).

8. Dne 16. 9. 2016, kdy Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) doručil zadavateli oznámení o zahájení správního řízení v souvislosti s částmi 1, 2, 3, 4, 5 a 6 veřejné zakázky 1, bylo zahájeno správní řízení pod sp. zn. ÚOHS-S0610/2016/VZ, a dne 16. 9. 2016, kdy Úřad doručil zadavateli oznámení o zahájení správního řízení v souvislosti s veřejnou zakázkou 2, bylo zahájeno správní řízení pod sp. zn. ÚOHS-S0611/2016/VZ, přičemž obě správní řízení byla spojena usnesením č. j. ÚOHS-S0610,0611/2016/VZ-40311/2016/541/PDz ze dne 4. 10. 2016.

II. **Napadené rozhodnutí**

9. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností a po zhodnocení všech podkladů vydal Úřad dne 2. 11. 2016 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0610,0611/2016/VZ-44382/2016/541/PDz z téhož dne (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).

10. Úřad ve výrocích I. až VII. napadeného rozhodnutí konstatoval, že se zadavatel dopustil správních deliktů tím, že nedodržel postup dle § 44 odst. 3 písm. h) zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když nestanovil transparentně způsob hodnocení kvalitativních kritérií a jejich subkritérií tak, aby si uchazeči mohli udělat jasnou představu o tom, jaké řešení bude zadavatel preferovat, a to v souvislosti s

- částmi 1 až 6 veřejné zakázky 1, když k dílčímu hodnotícímu kritériu č. 2 pouze uvedl, že „*hodnotící komise posoudí předložené návrhy celkové koncepce dle výše uvedených hodnotících subkritérií, posoudí silné a slabé stránky jednotlivých nabídek v rámci každého subkritéria*“, a k dílčímu hodnotícímu kritériu č. 3 uvedl, že „*hodnotící komise posoudí předložené nabídky z pohledu míry rozpracovanosti popisu technicko – organizačního zajištění vzdělávání, vhodnost nabízených učeben*“

pro prezenční výuku, zvolené technické pomůcky a dále míry rozpracovanosti popisu zapojení uchazeče na zajištění náboru účastníků na jednotlivé vzdělávací akce a efektivity navrženého řešení pro nábor účastníků ... hodnotící komise posoudí předložené návrhy celkové koncepce dle výše uvedených hodnotících subkritérií, posoudí silné a slabé stránky jednotlivých nabídek v rámci každého subkritéria“,

- veřejnou zakázkou 2, když k dílčímu hodnoticímu kritériu č. 2 a č. 3 pouze uvedl, že *„hodnotící komise posoudí předložené návrhy dle výše uvedených hodnotících subkritérií, posoudí silné a slabé stránky jednotlivých nabídek v rámci každého subkritéria“,*

bez toho, aniž by uvedl své priority, požadavky, či aspekty nabídky, které jím budou hodnoceny lépe než u ostatních, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel s vybranými uchazeči smlouvy na realizaci obou veřejných zakázek.

11. Výroky I. až VII. Úřad odůvodnil mj. s ohledem na zásadu transparentnosti, jejíž porušení může spočívat i v nečitelnosti zadávacího řízení, pokud zadávací dokumentace neobsahuje jednoznačně a srozumitelně formulovaná pravidla pro hodnocení nabídek, a také s ohledem na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) č. j. 2 Afs 86/2008-222 ze dne 25. 3. 2009 (dále jen „**rozsudek NSS**“), ve kterém NSS mimo jiné zdůraznil nezbytnost toho, aby ze zadávacích podmínek bylo *„zcela patrné, v jakých otázkách a jak konkrétně spolu budou jednotlivé nabídky ,soutěžit‘. Rovněž jednotlivá dílčí kritéria a jejich hodnocení musí být natolik konkrétní, přesné a jednoznačné, aby se každému z uchazečů dostalo **informací téhož materiálního obsahu** [zvýraznění doplněno předsedou Úřadu] a aby bylo následně zřetelně přezkoumatelné, zda zadavatel hodnotil nabídky tak, jak předeslal v zadávacích podmínkách“.* Konkrétně v souvislosti s použitím kvalitativních kritérií Úřad odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně (dále jen „**KS**“) č. j. 31 Af 23/2012 ze dne 26. 9. 2012 (dále jen „**rozsudek KS**“), ve kterém KS popsal povinnost zadavatele při stanovení způsobu hodnocení takto: *„Je povinností zadavatele, aby u kvalitativních kritérií uvedl postup a způsob, jakým budou jednotlivé nabídky hodnoceny a porovnány.“*
12. Svůj závěr o spáchání správního deliktu zadavatelem Úřad odůvodnil především tím, že se zadavatel u většiny kvalitativních kritérií omezil pouze na konstatování, že hodnotící komise posoudí silné a slabé stránky jednotlivých nabídek v rámci, avšak žádným způsobem nepopsal, z jakých hledisek bude vlastní obsahovou náplň řešení předkládaných jednotlivými uchazeči posuzovat, jaké jejich parametry bude hodnotit pozitivně a jaké jejich vlastnosti bude naopak považovat za nedostatky. Ani z podrobnější formulace způsobu hodnocení dílčího hodnoticího kritéria č. 3 veřejné zakázky 1 podle Úřadu nebylo zřejmé, jaké aspekty bude zadavatel hodnotit kladně a jaké bude naopak považovat za nedostatky, a uchazeči tak ani v případě tohoto kvalitativního kritéria neměli jasnější představu, co bude ze strany zadavatele vnímáno jako silná či slabá stránka jejich nabídky, respektive, jaké konkrétní prvky či aspekty mají do svých nabídek zakomponovat, aby tím naplnili představy zadavatele a získali více bodů v rámci hodnocení nabídek.
13. Ve výroku VIII. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroci I. až VII. napadeného rozhodnutí podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 100 000 Kč.

14. Svůj závěr o výši pokuty odůvodnil Úřad především s ohledem na závažnost způsobu spáchání správního deliktu a jeho následků, když dovodil, že k porušení zákona došlo již na samém počátku zadávacího řízení při vymezení zadávacích podmínek, a dále, že váha 40 % u kvalitativních kritérií obou veřejných zakázek měla významný dopad na hodnocení jednotlivých nabídek, a tím i vliv na rozhodování potenciálních dodavatelů o jejich účasti, případně rozhodování uchazečů o koncipování jejich nabídek. Úřad vyměřil pokutu v souladu se zásadou absorpce za správní delikt podle výroku II. napadeného rozhodnutí. Jako přitěžující okolnost Úřad zohlednil spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I., III., IV., V., VI. a VII. napadeného rozhodnutí, avšak zároveň přihlédl i k pokutě ve výši 1 000 Kč již pravomocně uložené zadavateli za sbíhající správní delikt v rámci správního řízení vedeného u Úřadu pod sp. zn. ÚOHS-S863/2014/VZ.

III. Námitky rozkladu

15. Dne 18. 11. 2016 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne, jímž brojí proti napadenému rozhodnutí v celém rozsahu. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 2. 11. 2016. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
16. Zadavatel namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, a je přesvědčen, že se Úřad dostatečně nezabýval jeho námitkami, respektive odmítá správnost závěrů o nedostatečně stanoveném způsobu hodnocení kvalitativních kritérií a jejich jednotlivých subkritérií.
17. Zadavatel dále odkazuje na dokument „*Zadávání veřejných zakázek – Praktická příručka, jak předcházet nejčastějším chybám u projektů financovaný z evropských strukturálních a investičních fondů, určená odborníkům z praxe*“ připouštějící způsob individuálního hodnocení členy hodnotící komise podle bodové stupnice a domnívá se, že v době realizace předmětné veřejné zakázky neporušil zákon, a s ohledem na výsledek šetření podnětu vedeného pod sp. zn. ÚOHS-P0879/2016/VZ a rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0176/2016/VZ-20158/2016/511/JNv ze dne 11. 5. 2016, se nemohl z dnešního pohledu dopustit ani správního deliktu ve smyslu § 120 zákona, přičemž také namítá, že Úřad „*neučinil kvalifikovanou a srozumitelnou úvahu*“ v souvislosti s vlivem na výběr nejvhodnější nabídky tak, jak to vyžaduje NSS v rozsudku č. j. 9 As 63/2016-43 ze dne 18. 8. 2016.
18. Zadavatel je nakonec přesvědčen o nepřiměřenosti pokuty a proti posouzení jejích ekonomických dopadů namítá, že použité kritérium „výnosů“ není synonymem zisků například v kapitálové společnosti, a že je příspěvkovou organizací, která hospodaří s rozpočtem, který je určen zřizovatelem a řídí se zřizovací listinou a zejména příslušnými právními předpisy.

Závěr rozkladu

19. S ohledem na výše uvedené skutečnosti a argumenty zadavatel žádá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že se pokuta neukládá.

IV. Řízení o rozkladu

20. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“)

a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

21. 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 a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

23. V souvislosti s použitím základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, považuji za vhodné alespoň obecně uvést následující.
24. Povinností zadavatele je nejen natolik konkrétně vymezit své požadavky v zadávací dokumentaci, aby bylo uchazečům zřejmé, jak mají vypracovat své nabídky (ustanovení § 44 odst. 1 zákona), ale rovněž jim musí být zřejmé, jak budou následně jejich nabídky hodnoceny, neboť toto hodnocení pak musí proběhnout transparentně a dále musí být umožněn také jeho přezkum. Koncipování hodnotících kritérií a způsobu jejich hodnocení je jedním z nejdůležitějších kroků ze strany zadavatele, neboť na jejich základě zadavatel rozhoduje, jakým způsobem bude nabídky posuzovat, tedy kterou nebo které z vlastností nabídky považuje za nejvýznamnější. Stanovení hodnotících kritérií, jejich obsahu a způsobu hodnocení je klíčovou fází pro hodnocení nabídek ve smyslu § 79 zákona a jako na takové je na ně kladen požadavek určitosti, jednoznačnosti, schopnosti být předmětem hodnocení a nediskriminační charakter. Z každého dílčího hodnotícího kritéria musí být patrné, co je jím jednoznačně myšleno, resp. co má nabídka obsahovat, aby tomuto kritériu vyhověla a mohla být hodnocena. Nedodržení těchto požadavků může vést k nejednotnému pochopení významu a povahy dílčího hodnotícího kritéria a nepochopení priorit zadavatele, které budou hodnoceny a kterých má nabídka dosáhnout a tím i k podání nabídek, které nejsou vzájemně porovnatelné. Kvalita stanovení dílčích hodnotících kritérií a způsobu jejich hodnocení má zpravidla přímý vliv na kvalitu provedení nabídek. Závěrem těchto úvah tedy je, že pokud se zadavatel rozhodne pro způsob hodnocení pomocí dílčích hodnotících kritérií, musí dbát na dostatečné vymezení obsahu těchto kritérií a způsobu jejich hodnocení tak, aby z nich bylo patrné, co konkrétně zadavatel zamýšlí pod takto stanovenými parametry hodnotit. Povinností zadavatele je tak stanovit, které údaje uvedené v nabídkách bude hodnotit a tím deklarovat, jakou nabídku či její parametry bude považovat za nejvhodnější. Tento závěr vychází z faktu, že uchazeči o veřejnou zakázku mají samozřejmě zájem zpracovat svou nabídku tak, aby co nejlépe uspěli v jednotlivých kritériích hodnocení. Tato kritéria proto musejí být zvolena tak, aby uchazeči věděli, jak mají zpracovat své nabídky a na co se při sestavování nabídky zaměřit. Povinností zadavatele je proto stanovit hodnotící kritéria a způsob jejich hodnocení natolik určitě, aby nepotřebovaly následné upřesnění

v tom, jaké konkrétní nároky na ně zadavatel klade, a co bude v jejich rámci předmětem hodnocení.

25. Povinnost stanovit hodnotící kritéria transparentně tedy není samoúčelná, neboť pouze v případě transparentně stanovených hodnotících kritérií lze zpětně přezkoumat, zda hodnotící komise skutečně hodnotila pouze dle hodnotících kritérií, které byly stanoveny v zadávací dokumentaci, zda provedla hodnocení všech nabídek v celém rozsahu podle všech hodnotících kritérií a subkritérií, a zda hodnotila nabídky pouze podle hodnotících kritérií, které v zadávací dokumentaci jsou uvedeny, nikoliv dle nestanovených „hodnotících kritérií“.
26. Uvedené není významné pouze pro Úřad jako orgán dohledu nad dodržováním zákona, ale především pro samotného zadavatele, který ustanovil pro posouzení a hodnocení nabídek hodnotící komisi, za jejíž činnost nese v režimu zákona odpovědnost, vezme-li její závěry za své. Pokud tedy zadavatel přezkoumává jako řádný hospodář, zda hodnotící komise skutečně provedla hodnocení nabídek dle postupu stanoveného zadávací dokumentací a zákonem, je plně v jeho zájmu stanovit hodnotící kritéria přezkoumatelně.
27. K povaze rozkladových námitek předně uvádím, že tyto svědčí převážně o oborové relevanci kvalitativních kritérií, a jejich jednotlivých subkritérií, vůči předmětu plnění veřejné zakázky, případně o dostatečném vystižení jejich obsahu zvoleným vyjádřením.
28. Zadavatel v rámci svých námitek proti dostatečnému vypořádání jeho argumentů v napadeném rozhodnutí, respektive správnosti závěrů Úřadu o nich, vyjadřuje přesvědčení, že *„pro všech 6 částí veřejné zakázky 1 byly pro zpracování vzdělávacích modulů, odborných publikací a e-learningových vzdělávacích modulů zcela transparentně vybrány konkrétní náplně, které měli uchazeči zpracovat tak, aby bylo možno objektivně hodnotit celkovou kvalitu předložených nabídek, přičemž zadavatel nad rámec svých povinností a v zájmu objektivního a transparentního hodnocení vypracoval pro uchazeče i návodné obsahy konkrétních kurzů“*.
29. Zadavatel pak demonstruje transparentnost způsobu hodnocení například tím, že (u dílčího hodnotícího kritéria č. 2) *„stanovil pět společných, logických a předmětem veřejné zakázky odůvodněných oblastí ... stanoveny tak, aby bylo možno v rámci zpětného ověření hodnocení nabídek jednoznačně konstatovat, zda nebyly hodnoceny jiné oblasti jednotlivých subkritérií než ty, které byly uvedeny v zadávacích podmínkách, zda byl dodržen počet bodů stanovený v zadávacích podmínkách, zda byly hodnoceny všechny oblasti jednotlivých subkritérií, které byly uvedeny v zadávacích podmínkách“*, a doplnil, že zpětně ověřitelná byla jednoznačně i obsahová provázanost zpracovaných materiálů.
30. V této souvislosti považuji za nutné zdůraznit, že v přezkoumávaném případě Úřad ani tak nezpochybňuje vhodnost volby obsahu kvalitativních kritérií či jejich subkritérií z hlediska daného oboru či předmětu plnění. Zároveň je možno dodat, že například stanovení konkrétní náplně odborných publikací a e-learningových vzdělávacích modulů či vymezení rozsahu bodů od 1 do 25 přidělovaných jednotlivým subkritériím, nebylo předmětem posouzení sporné otázky v přezkoumávaném případě.
31. Rozhodující pro konstatování netransparentnosti vymezení kvalitativních kritérií, a tedy klíčová pro závěry Úřadu v souvislosti s výroky o vině, byla spíše nedostatečnost takového vymezení pro dosažení žádoucího stavu, kdy by byli dodavatelé, a nakonec i samotná

hodnotící komise, schopni objektivně určit zadavatelovy preference pro fázi realizace předmětných služeb.

32. Vypořádání rozkladových námitek zadavatele jsem tedy provedl v duchu toho, co uvedl NSS v rozsudku č. j. 5 Afs 25/2009 – 98 ze dne 25. 3. 2010, tedy že „*podle ustálené judikatury nelze povinnost soudu řádně odůvodnit rozhodnutí chápat tak, že musí být na každý argument strany podrobně reagováno (srov. náleží Ústavního soudu ze dne 15. 1. 2008, sp. zn. IV. ÚS 1903/07, náleží Ústavního soudu ze dne 16. 5. 2007, sp. zn. IV. ÚS 493/06, rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 19. 4. 1994, Van de Hurk v. Nizozemí, stížnost č. 16034/90, bod 61, rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 9. 12. 1994, Ruiz Torija v. Španělsko, stížnost č. 18390/91, bod 29)*“ a na co navázal i v rozsudku č. j. 2 As 134/2011 – 200 ze dne 27. 8. 2013, když v rámci přezkumu dané věci tyto úvahy blíže rozvinul následujícím způsobem: „*Nejvyšší správní soud má v posuzované věci za to, že ve světle citované judikatury krajský soud odůvodnil své rozhodnutí dostačujícím způsobem a se snahou postihnout žalobní body komplexně tak, aby reagoval na všechny výtky stěžovatele proti napadenému rozhodnutí. Na každé rozhodnutí je přitom nutno nahlížet jako na celek; není-li konkrétní žalobní námitka vypořádána samostatně (ale je součástí širšího hodnocení posuzované problematiky), nelze o nepřezkoumatelnosti takového rozsudku vůbec uvažovat. (...) Z odůvodnění rozsudku je zřejmé, že krajský soud uvedl srozumitelné a logicky na sebe navazující důvody ve prospěch právního názoru, k němuž dospěl, a vyjádřil se i ke stěžejním argumentům stěžovatele. Krajský soud sice výslovně nereagoval na každý dílčí argument stěžovatele, z jeho celkové úvahy je však zcela zřejmé, proč se s právním názorem stěžovatele neztotožnil.*“ Byť se výše uvedené vztahuje přezkumu rozhodnutí v rámci soudního řízení, mám za to, že jej lze aplikovat i na přezkum rozhodnutí v rámci správního řízení.
33. V souvislosti s použitím dílčích hodnotících kritérií vypovídajících o kvalitě nabízeného řešení, jakožto součásti základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, pak uvádím následující.
34. Účelem užití dílčích hodnotících kritérií vypovídajících o kvalitě nabízeného řešení realizace veřejné zakázky jinak vymezeného zadavatelem coby závazného minima poptávaných služeb, je nalezení pro zadavatele výhodnějšího – úvahy v rovině „více/méně“ nad rámec minima – předmětu plnění veřejné zakázky, jakožto protiváhy vůči nabídkové ceně.
35. Zadávacími podmínkami pevně stanovený předmět plnění veřejné zakázky, soutěžené kromě ceny i na základě kvality plnění, je totiž nutno chápat pouze jako nezbytné minimum budoucí spolupráce mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem, ke které mají být připojeny případné další návrhy uchazeče v souvislosti s budoucím plněním, tedy jakýsi nadstandard vzešlý z jeho vlastní ekonomické úvahy, avšak sledující „přání zákazníka“.
36. V případě veřejných zakázek pak zadavatelé musí nejen stanovit okruh nadstandardního plnění, které má relevanci a návaznost na nezbytné minimum definované předmětem plnění, ale také vyjádřit svá „přání zákazníka“ tak, aby bylo zřejmé, co budou konkrétně oni považovat za přínosnější, hodnotnější nabídku, tedy který z přínosů, nadstandardů zvolených uchazeči nad rámec povinného minima, bude preferován, a tedy lépe hodnocen.
37. Není přitom nezbytné beze zbytku vymezovat preferenci konkrétními variantami výhodnosti, ze kterých si dodavatelé budou moci vybrat. Je však nezbytné, aby zadavatel dostatečně

srozumitelně – přiměřeně jazyku daného oboru nezbytného k realizaci předmětu plnění – a jednoznačně – bez více možností výkladu, které by objektivně přicházely v úvahu – určil své priority alespoň jako myšlenkový základ či směr realizace předmětu plnění, který „považuje“ za výhodnější a který bude jeho projektu ku prospěchu více, než kdyby bylo zrealizováno pouhé minimum veřejné zakázky nebo byl použit směr jiný.

38. V případě služeb, jaké jsou poptávány pro veřejnou zakázku, není žádoucí, aby ke zkoumání zadavatelových preferencí docházelo až při hodnocení nabídek hodnotící komisí a při odhadování jeho výsledku dodavateli během přípravy nabídek na realizaci veřejné zakázky. Preference zadavatele dokonce nelze nahradit například odborným rozbořem toho, které řešení realizace předmětu plnění zadavatel „měl preferovat“ podle nejnovějších poznatků odborné nauky, pakliže chtěl dosáhnout co největšího užitku projektu, se kterým veřejná zakázka souvisí, ani předložením empirických důkazů z praxe o „obvyklých prioritách“ jiných zadavatelů při realizaci srovnatelných projektů, a z toho dovozovanou „fikcí“, že takový směr „v podstatě preferoval, byť to výslovně nevyjádřil“.
39. V rámci hodnocení větší či menší kvality nabídek je naopak žádoucí vyhnout se jakémukoliv „sporu“, který by svým charakterem směřoval k nalezení objektivně nejlepšího řešení pro realizaci dané zakázky, a který by ve svém důsledku mohl, v rámci přezkumu postupu zadavatele, vést až k přenesení odpovědnosti za projekty veřejné správy a jejich smysluplnost na Úřad, potažmo soudy.
40. Ať už je tedy „subjektivní“ názor zadavatele a z něj vycházející obsah preference jakýkoliv, z jejího vyjádření musí být „objektivně“ určitelný obsah této preference dostatečně srozumitelně a bez více možností jeho výkladu přicházejících oprávněně (tedy nikoliv na základě absurdních či umělých interpretací) v úvahu. V tomto smyslu se ostatně vyjádřil i NSS už 3 roky před zahájením veřejných zakázek v Úřadem citované části rozsudku NSS.
41. Konečně lze odkázat i na rozsudek sp. zn. 62 Af 36/2012 ze dne 9. 5. 2013, byť v tehdy přezkoumávaném případě bylo porušení postupu kvalifikováno podle § 78 zákona, ve kterém KS zdůraznil následující: *„Jsou to tedy zadávací podmínky, a tedy kromě oznámení či výzvy o zahájení zadávacího řízení především zadávací dokumentace, kde musí být veškeré požadavky zadavatele vyjádřeny a veškerá pravidla pro hodnocení nabídek jasně, srozumitelně a dostatečně popsána, aby měl každý z dodavatelů přesnou a konkrétní představu o tom, jak má svoji nabídku konstruovat, aby vyhověla požadavkům a „představám“ zadavatele a byla „co nejlépe“ hodnocena, to vše ve světle rozumně předpokládaných obecných znalostí dodavatelů a jejich schopností se sami dostatečně odborně připravit natolik, aby zadávacím podmínkám porozuměli.“* V tomtéž rozsudku se pak vyjádřil i k argumentu absencí žádostí uchazečů o dodatečné informace, přičemž tuto skutečnost vyhodnotil jako irelevantní.
42. Úřad v napadeném rozhodnutí neakcentuje účelnost kvalitativních kritérií či rozsah jejich popisu co do počtu stran, ale především netransparentnost způsobu hodnocení, pročez považují námitku zadavatele o nedostatečném vypořádání jeho tvrzení o dostatečnosti popisu způsobu hodnocení v průběhu správního řízení za nedůvodnou.
43. Zároveň se z výše uvedených důvodů ztotožňují se závěrem Úřadu o nedostatečně transparentním vymezení způsobu hodnocení kvalitativních kritérií. Bez ohledu na relevanci jejich dílčích subkritérií vůči předmětu plnění veřejné zakázky a bez ohledu na procentuální

vyjádření jejich vah, neobsahovalo zadavatelem provedené vymezení především popis způsobu hodnocení v tom smyslu, v jakém by vyjadřovalo priority a preference zadavatele pro fázi realizace služeb, resp. z provedeného vymezení způsobu hodnocení nebyl „objektivně“ určitelný obsah této preference dostatečně srozumitelně a bez více možností jeho výkladu přicházejících oprávněně v úvahu.

44. Vzhledem k tomu, že bez naplnění podmínky dostatečně transparentního vymezení způsobu hodnocení nezbylo Úřadu než konstatovat nesoulad postupu zadavatele se zákonem při vymezení kvalitativních kritérií a jejich subkritérií, je nutné potvrdit správnost výroků I. až VII. napadeného rozhodnutí.
45. Na tomto místě považuji za nutné reagovat na námitku zadavatele, že Úřad neučinil kvalifikovanou a srozumitelnou úvahu o tom, proč mělo dojít k ovlivnění výsledku výběru nejvhodnější nabídky. V první řadě konstatuji, že se Úřad ovlivněním výběru nejvhodnější nabídky zabýval v bodech 97 až 101 odůvodnění napadeného rozhodnutí, a to poměrně podrobně. V bodu 98 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad dovodil, že „... *Postupem zadavatele byli zvýhodněni ti uchazeči, jejichž nabídka obsahovala prvky či aspekty odpovídající představám zadavatele a zadavatel těmto prvkům přisoudil při hodnocení nabídek rozhodující význam, což však za situace, kdy nebyly dopředu známy preference zadavatele, nelze považovat za učiněné v souladu se zákonem. V této situaci tedy nelze vyloučit, že pokud by zadavatel jednoznačně specifikoval prvky či aspekty, které bude v nabídkách uchazečů hodnotit výhodněji než ostatní, přímo v zadávacích podmínkách, jednotliví uchazeči mohli své nabídky těmto požadavkům zadavatele přizpůsobit a předložili by tak nabídky v jiné podobě, než učinili za daných okolností, přičemž mohli od zadavatele obdržet jiné bodové ohodnocení, v důsledku čehož mohly být jako nejvhodnější vybrány nabídky jiných uchazečů, než tomu bylo v šetřeném případě*“. Po přezkoumání Úřadem provedených úvah a jeho závěru ohledně ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, mám za to, že Úřad své úvahy provedl logickým a srozumitelným způsobem, ze kterého jednoznačně vyplývá, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Posouzení materiálního znaku správního deliktu Úřadem tak dostalo požadavkům zákona a současné judikatury správních soudů, a proto námitku zadavatele neshledávám důvodnou.
46. Konečně námitky zadavatele, ve kterých odkazuje na Praktickou příručku k projektům financovaný z evropských strukturálních a investičních fondů, na výsledek šetření podnětu vedeného pod sp. zn. P0879/2016/VZ, a na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0176/2016/VZ-20158/2016/511/JNv ze dne 11. 5. 2016, nepřináší nic nového, na co by již Úřad nereagoval v bodech 92 až 95 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Pouze nad rámec nezbytného pak dodávám následující.
47. K pravidlům a dalším dokumentům, poskytovaným v souvislosti s administrací projektů financovaných z evropských strukturálních a investičních fondů doplňuji, že naplnění dalších podmínek, než podmínek zákona, nelze považovat za vyšší jistotu naplnění podmínek zákona, neboť tyto podmínky stojí vedle sebe a nikoliv v přímé hierarchii.
48. V souvislosti s podnětem vedeným sp. zn. P0879/2016/VZ je nutno zdůraznit, že skutečnost, že Úřad následně nezahájil z moci úřední řízení týkající se spáchání jednoho správního deliktu, nemůže být vykládána jako potvrzení správnosti postupu zadavatele v tomto

případě. Kromě toho, že na zahájení správního řízení z moci úřední není právní nárok, je zřejmé, že pouze výrok meritorního rozhodnutí, ať už ve věci spáchání správního deliktu nebo ve věci návrhu, který je buď zamítnut podle § 118 odst. 5 zákona, případně je uloženo nápravné opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona, pakliže je takový výrok náležitě srozumitelný a odůvodněný, má vypovídací hodnotu o tom, jaký je závěr Úřadu o tom kterém postupu zadavatele.

49. K rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0176/2016/VZ-20158/2016/511/JNv ze dne 11. 5. 2016, a posouzení příznivosti nové právní úpravy potvrzují, že na rozdíl od odkazovaného případu nedošlo v přezkoumávaném případě k zániku trestnosti předmětného jednání zadavatele, jak bude podrobněji rozvedeno v další kapitole tohoto rozhodnutí.
50. Nakonec není možno souhlasit ani s námitkou nepřiměřenosti pokuty a nesprávnosti posouzení jejích ekonomických dopadů. I přesto, že použité kritérium „výnosů“ není synonymem zisků například v kapitálové společnosti, je třeba říci, že stanovená pokuta představuje pouze marginální část z možných výnosů zadavatele. S ohledem na výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého hospodaření disponuje, jsem toho názoru, že uložená pokuta nepředstavuje takový zásah do majetkové základny zadavatele, jež by měl likvidační charakter.
51. V daném případě jsem z hlediska námitek obsažených v rozkladu zadavatele přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí ve výroku VIII. napadeného rozhodnutí i zákonnost postupu Úřadu a jeho věcnou správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, když napadené rozhodnutí jsem shledal zákonným a věcně správným.

Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy

52. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“).
53. Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „trestní zákoník“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury NSS aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.
54. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek NSS č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že „[t]restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...) Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (...) Přijetí tohoto principu pak

znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání“. K totožnému závěru dospěl NSS též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.

55. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu konstatuji, že i ve smyslu ZZVZ by zadání veřejné zakázky podléhalo působnosti ZZVZ a zadavatel (ve smyslu § 4 odst. 2 ZZVZ) by byl povinen postupovat při formulaci zadávacích podmínek podle relevantních ustanovení ZZVZ.
56. Deliktní odpovědnost zadavatele konstatovaná napadeným rozhodnutím se opírá o závěr Úřadu, že v daném případě zadavatel nedodržel postup dle § 44 odst. 3 písm. h) zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když nestanovil transparentně způsob hodnocení kvalitativních kritérií a jejich subkritérií tak, aby si uchazeči mohli udělat jasnou představu o tom, jaké řešení bude zadavatel preferovat, přičemž i dle § 36 v návaznosti na § 116 odst. 3 ve spojení s § 6 ZZVZ by byl zadavatel povinen v zadávacích podmínkách transparentně popsat způsob hodnocení nabídek v rámci jednotlivých kvalitativních kritérií.
57. Z uvedeného vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se jednalo o správní delikt, konkrétně dle § 268 odst. 1 písm. b) ZZVZ. Nelze opomenout, že podle pozdější právní úpravy již není třeba zkoumat ani potencialitu vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, neboť tento znak nadále nepatří mezi znaky skutkové podstaty správního deliktu podle § 268 odst. 1 písm. b) ZZVZ, kterého se zadavatel dopustí tím, že stanoví zadávací podmínky v rozporu se ZZVZ a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
58. Co se výroku II. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu týká, uvádím, že ZZVZ v § 268 odst. 2 stanoví vyšší pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. b) ZZVZ ve stejné výši jako § 120 odst. 2 zákona. Pozdější právní úprava tak ani ve vztahu k výroku VIII. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější.
59. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť právní úprava dle ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější, tudíž je třeba správní delikt posuzovat podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy dle zákona. Šetřený správní delikt zadavatele naplňuje obdobné znaky skutkové podstaty, přičemž i výše sazby pokuty a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle § 268 a 270 ZZVZ, tak i podle zákona.

VI. Závěr

60. 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.
61. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. ČESKÁ CENTRÁLA CESTOVNÍHO RUCHU, Vinohradská 1896/46, 120 00 Praha - Vinohrady

Vypraveno dne:

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