



UOHSX00AOHPK

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0044/2017/VZ-35406/2017/323/PMo

Brno 4. prosince 2017

V řízení o rozkladu ze dne 21. 2. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Svazem měst a obcí České republiky**, IČO 63113074, se sídlem 5. května 1640/65, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 21. 12. 2016 Mgr. Robertem Perglem, advokátem, ev. č. ČAK 08440, IČO 14767643, se sídlem Na Ořechovce 580/4, 162 00 Praha 6, na základě substituční plné moci ze dne 21. 12. 2016 dále zastoupen Mgr. Václavem Kacálkem, advokátem, ev. č. ČAK 14736, IČO 01338129, se sídlem Na Ořechovce 580/4, 162 00 Praha 6,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0760/2016/VZ-03609/2017/531/VNe ze dne 3. 2. 2017, vydanému ve správním řízení zahájeném na základě návrhu navrhovatele –

- společnosti **Becker a Poliakoff, s.r.o.**, advokátní kancelář, IČO 25098039, se sídlem U Prašné brány 1078/1, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Právní poradenství pro Centra společných služeb obcí**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 9. 2016 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 27. 9. 2016 pod ev. č. 639474, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 1. 10. 2016 pod ev. č. 2016/S 190-342208,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) a § 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-S0760/2016/VZ-03609/2017/531/VNe ze dne 3. 2. 2017

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

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

1. Zadavatel – Svaz měst a obcí České republiky, IČO 63113074, se sídlem 5. května 1640/65, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 21. 12. 2016 Mgr. Robertem Perglem, advokátem, ev. č. ČAK 08440, IČO 14767643, se sídlem Na Ořechovce 580/4, 162 00 Praha 6, na základě substituční plné moci ze dne 21. 12. 2016 dále zastoupen Mgr. Václavem Kacálkem, advokátem, ev. č. ČAK 14736, IČO 01338129, se sídlem Na Ořechovce 580/4, 162 00 Praha 6, (dále jen „**zadavatel**“) dne 26. 9. 2016 odeslal oznámení o zahájení zadávacího řízení do Věstníku veřejných zakázek a tímto dnem bylo dle § 26 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ zahájeno zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku (dále jen „**veřejná zakázka**“). Předmětem veřejné zakázky, jejíž předpokládaná hodnota byla stanovena v částce 49 000 000 Kč bez DPH, je „Poskytování právního poradenství pro Centra společných služeb obcí (...)“.
2. Dne 28. 11. 2016 obdržel zadavatel od navrhovatele – společnosti Becker a Poliakoff, s.r.o., advokátní kancelář, IČO 25098039, se sídlem U Prašné brány 1078/1, 110 00 Praha 1, (dále jen „**navrhovatel**“) námitky ze dne 24. 11. 2016 proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky. Zadavatel těmto námitkám prostřednictvím rozhodnutí ze dne 5. 12. 2016, které bylo navrhovateli doručeno následujícího dne, nevyhověl.
3. S ohledem na skutečnost, že navrhovatel s negativním rozhodnutím zadavatele nesouhlasil, podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 15. 12. 2016, který byl Úřadu doručen téhož dne.

¹ Pokud je v 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.

4. Dnem, kdy byl Úřadu doručen návrh navrhovatele, bylo zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky.

II. Napadené rozhodnutí

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 3. 2. 2017 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0760/2016/VZ-03609/2017/531/VNe (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jímž ve výroku I. konstatoval, že zadavatel nedodržel postup dle § 56 odst. 5 písm. c) zákona a zásadu zákazu diskriminace dle § 6 odst. 1 zákona, když ve vztahu k technickému kvalifikačnímu předpokladu (dále jen „**TKP**“) dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona nevymezil min. úroveň tohoto kvalifikačního předpokladu tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž nastavené požadavky na prokázání TKP je nutno považovat rovněž za diskriminační vůči potenciálním dodavatelům, kteří by např. disponovali příslušnými zkušenostmi tak, aby veřejnou zakázku mohli zrealizovat, avšak nikoli v hodnotě a rozsahu požadovaném zadavatelem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a smlouva dosud nebyla uzavřena.
6. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel postup dle § 44 odst. 3 písm. h) zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona tím, že při stanovení dílčího hodnotícího kritéria „Návrh procesu realizaci zakázky“ neuvedl dostatečné upřesňující údaje tak, aby byl předem znám způsob hodnocení tohoto kritéria, resp. jaké nabízené hodnoty považuje zadavatel za nejpřínosnější, a které tedy budou hodnoceny vyšším bodovým hodnocením, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a smlouva dosud nebyla uzavřena.
7. Ve výroku III. napadeného rozhodnutí Úřad v rámci nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona zrušil zadávací řízení na danou veřejnou zakázku.
8. Ve výroku IV. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
9. V napadeném rozhodnutí se Úřad postupně v podrobnostech vyjádřil k namítaným skutečnostem. Ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že fakt, že konkrétní dodavatel obdržel za jím poskytnuté právní služby větší objem finančních prostředků, nemusí nutně značit, že se jedná o dodavatele více erudovaného, tedy o dodavatele nadaného většími znalostmi a zkušenostmi. Úřad proto podotkl, že zadavatelem, nad rámec již značného věcného rozsahu referenčních služeb, požadovaná minimální výše odměny je schopna pokrýt soutěžní prostředí, neboť nespovídá o kvalitách dodavatelů, přičemž ze soutěže o veřejnou zakázku a priori vylučuje ty potenciální dodavatele, kteří významnou službou o zadavatelem určeném minimálním finančním objemu nedisponují, ačkoli je u nich dán důvodný předpoklad, že by byli předmět plnění veřejné zakázky schopni v praxi řádně zrealizovat.
10. Úřad uvedl, že rozdílná výše odměny za jinak zcela identické právní služby s totožným výsledkem může být dána rozličnými faktory, což způsobuje, že výše odměny kvalitu potenciálních dodavatelů prokazatelně zkrsluje a má tak o jejich kvalifikaci pro plnění veřejné zakázky sníženou vypovídací hodnotu. Podle Úřadu je tak s ohledem na multifaktoriální způsob určení výše odměny poskytovatele právní služby, jenž neumožňuje stanovit přímou úměru mezi výší odměny a složitostí případu, zcela

irelevantní na základě výše odměny izolovaně posuzovat hloubku a rozsah znalostí a zkušeností poskytovatele právní služby. Výše vyinkasované odměny sama o sobě nikterak neosvědčuje a neověřuje kvalitu, resp. kvalifikovanost poskytovatele předmětné právní služby. Úřad v závěru odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí shrnul, že zadavatelem stanovená minimální výše odměny za poskytnuté právní služby nezaručuje zvýšenou odbornost dodavatele, který daný TKP splňuje, oproti dodavateli, jenž je schopen prokázat zkušenosti s právními službami, jejichž finanční ohodnocení bylo procentuálně nižší, přitom právě ověření odbornosti, resp. zkušenosti dodavatele je důvodem pro stanovení TKP podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona.

11. Výrok II. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil mj. tím, že zadavatel neučinil v zadávací dokumentaci výčet všech jeho potřeb, k jejichž uspokojování má předmět plnění veřejné zakázky směřovat. Podle Úřadu ze zadávací dokumentace není zřejmé, „co všechno“ může být vlastně považováno za potřebu zadavatele. Skutečnost, že ze strany zadavatele nedošlo k řádnému specifikování jeho potřeb, vede podle Úřadu k tomu, že by zadavatel následně ve fázi hodnocení nabídek mohl míru naplnění těchto potřeb hodnotit zcela libovolně, tj. bez předem známého „klíče“, což je nepřijatelné. Za situace, kdy potenciálním dodavatelům není dán zadavatelem přesný návod, co všechno hodlá zadavatel hodnotit a co tedy mají v jejich nabídkách reflektovat, nelze podle Úřadu vymezení způsobu hodnocení příslušného dílčího hodnotícího kritéria „Návrh procesu realizaci zakázky“ označit za souladné se zákonem.
12. K výroku III. napadeného rozhodnutí Úřad v jeho odůvodnění uvedl, že nápravu nezákonného postupu zadavatele nelze sjednat jiným způsobem, než zrušením předmětného zadávacího řízení s ohledem na to, že zadavatel závažně pochybil již při stanovení zadávacích podmínek v zadávací dokumentaci.

III. Námitky rozkladu

13. Dne 21. 2. 2017 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 6. 2. 2017. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
14. Na úvod zadavatel ve svém rozkladu odkazuje zejména na svá dřívější vyjádření a stanoviska, důkazy a podání.
15. Zadavatel v rozkladu v první řadě sděluje, že Úřad nesprávně posoudil přípustnost návrhu, když nedošlo v souvislosti s podáním návrhu k připsání kauce ve výši podle § 115 odst. 1 zákona na účet Úřadu ve lhůtě podle § 115 odst. 5 zákona, a bylo tedy povinností Úřadu zahájené řízení dle ustanovení § 117a odst. c) zákona zastavit. Navrhovatel byl dle názoru zadavatele schopen stanovit celkovou nabídkovou cenu, která pro všechny dodavatele činila 49 000 000 Kč, a pro paušální výši kauce ve výši 100 000 Kč nebyl splněn předpoklad dle § 115 odst. 1 věty druhé zákona.
16. Následně zadavatel v rozkladu ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí, tedy ke stanovení TKP, namítá, že rozsah zkušeností dodavatele, které měly být v rámci referencí doloženy, lze stanovit i formou odměny, která byla dodavateli za dané plnění poskytnuta, zvláště za situace, kdy zadavatel stanovil výši této odměny v symbolické výši. Na podporu svého tvrzení zadavatel poukazuje na znění ustanovení § 3 odst. 2 písm. a)

vyhlášky č. 232/2012 Sb., o podrobnostech rozsahu odůvodnění účelnosti veřejné zakázky a odůvodnění veřejné zakázky (dále jen „**vyhláška**“) a rovněž na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S326/2011/VZ-2436/2012/550/SWa ze dne 2. 5. 2012.

17. Dále zadavatel v rozkladu mj. argumentuje rozsudkem Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 80/2012, z něhož dovozuje, že je nutný restriktivní výklad skryté diskriminace a že při aplikaci kritéria zjevné nepřiměřenosti musí být poskytnut prostor pro ekonomickou úvahu zadavatele. Zadavatel odmítá názor Úřadu, že obdržená finanční hodnota nemusí být přímo úměrná náročnosti služeb a projeveným znalostem a dovednostem dodavatele a setrvává na stanovisku, že výše odměn k prokázání kvalifikace byla nastavena v symbolické výši tak, aby připustila účast maximálního počtu dodavatelů, kteří disponují zkušeností „do hloubky“ problému i dodavatelům, kteří mají zkušenosti s větším počtem jednodušších úkonů, nicméně bude zajištěno, že dodavatele budou disponovat příslušnou mírou zkušeností, přičemž se nebude jednat o zkušenost nahodilou či zanedbatelného rozsahu. S ohledem na uvedené je zadavatel nadále přesvědčen o legitimnosti a legálnosti stanovených požadavků na TKP, které nejsou nepřiměřené.
18. Zadavatel ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí uvádí, že dílčí hodnotící kritérium nepovažuje za nedostatečně vymezené, když Úřad dle jeho mínění požaduje příliš podrobnou specifikaci jeho potřeb, jež však případně zadavatel předem neví nebo mu na nich nezáleží a raději tedy ponechal širší prostor invenci dodavatelů. Zadavatel v rozkladu vyjadřuje přesvědčení, že postačí, když v rámci následného hodnocení nabídek bude posuzovat předložené návrhy ve vztahu k takto šířeji vymezeným požadavkům, pokud toto náležitě promítne do odůvodnění.
19. V závěru rozkladu zadavatel akcentuje, že napadené rozhodnutí nenaplnuje jednu ze základních zásad činnosti správních orgánů zakotvenou v ustanovení § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a sice zásadu legitimního očekávání, podle které správní orgán dbá, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. Zadavatel dodává, že se Úřad v dané věci odchýlil od své předchozí rozhodovací praxe, čímž došlo k porušení zásady legitimního očekávání.

Závěr rozkladu

20. S ohledem na skutečnosti uváděné v rozkladu zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Další průběh řízení

21. Dne 27. 2. 2017 oznámil Úřad účastníkům řízení, že rozklad nebyl opatřen uznávaným elektronickým podpisem a nebyl tedy učiněn v zákonem předvídané formě (§ 117c odst. 1 písm. b) zákona). Z toho důvodu se předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, (dále jen „**předseda Úřadu**“) nemohl věcí zabývat. Současně Úřad účastníkům řízení sdělil, že napadené rozhodnutí nabylo dne 22. 2. 2017 právní moci.
22. Dne 26. 5. 2017 vydal předseda Úřadu Sdělení k přípisu zadavatele ze dne 23. 5. 2017 č. j. ÚOHS-13901/2017/323/PMo, v němž dospěl k závěru, že po provedeném předběžném posouzení věci z moci úřední nelze mít důvodně za to, že napadené

rozhodnutí bylo vydáno v rozporu s právními předpisy, pročez zde nebyl dán prostor pro zahájení přezkumného řízení, v němž by bylo možné, postupem podle § 94 a násl. správního řádu pravomocné napadené rozhodnutí zrušit.

23. Dne 11. 9. 2017 obdržel Úřad rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) ze dne 7. 9. 2017 č. j. 7 As 221/2017-40 týkající se výkladu ustanovení § 117c odst. 1 písm. b) zákona. Nejvyšší správní soud v něm sice přisvědčil Úřadu, že jedinou formou, kterou lze podle citovaného ustanovení zákona podat rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu, je elektronicky s uznávaným elektronickým podpisem. Přesto však Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že *„ze systematického i teleologického výkladu plyne, že smyslem vložení § 117c odst. 1 písm. b) do zákona o veřejných zakázkách byla elektronizace zasílání podání týkajících se rozkladu ve věcech řízení o přezkoumání úkonů zadavatele“* a že *„podání podle § 117c odst. 1 zákona o veřejných zakázkách bylo možné učiniti prostřednictvím datové schránky“* s tím, že není třeba dalšího potvrzování podání zasílaných prostřednictvím datové schránky pomocí elektronického podpisu.
24. Dne 27. 9. 2017 vydal Úřad Oznámení o pokračování správního řízení, v němž účastníkům správního řízení sdělil, že plně respektuje tento nově poskytnutý výklad NSS a v souladu se zásadou dobré správy přistoupil ke změně své ustálené rozhodovací praxe při výkladu ustanovení § 117c odst. 1 písm. b) zákona.
25. Bez ohledu na již dříve provedené předběžné posouzení napadeného rozhodnutí v rámci zhodnocení předpokladů pro zahájení přezkumného řízení podle správního řádu je podaný rozklad proti napadenému rozhodnutí projednán v souladu s tímto zákonem.

V. Řízení o rozkladu

26. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele

27. Dne 6. 10. 2017 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele z téhož dne, v němž zadavatel předně vyjadřuje přesvědčení o oprávněnosti jím podaných argumentů v rámci návrhu, jelikož má za to, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem. Pokud jde o TKP, navrhovatel nesouhlasí s tvrzením zadavatele, neboť je přesvědčen, že stanovení minimální úrovně rozsahu referenčních služeb pouze prostřednictvím stanovení minimální odměny, která byla dodavateli poskytnuta za právní služby, žádným způsobem nevypovídá o rozsahu a složitosti poskytnutých právních služeb, jelikož zde absentuje provázanost s kvalitou a náročností realizovaných referenčních zakázek.
28. Ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí navrhovatel ve vyjádření mj. uvádí, že pokud je v zadávací dokumentaci uvedena preference zadavatele, potom jsou dodavatelé schopni vypracovat „Návrh procesu realizace veřejné zakázky“ více odpovídající potřebám zadavatele. Navrhovatel dodává, že způsob hodnocení byl zadavatelem stanoven neurčitě, nesrozumitelně a v konečném důsledku tedy i netransparentně a nepřezkoumatelně, když v zadávací dokumentaci není jasně a určitě stanoveno, jakým konkrétním způsobem budou jednotlivé nabídky na základě tohoto

kritéria hodnocení. Podle navrhovatele není jasné, co konkrétně, tj. jaké údaje, parametry a způsob zpracování hodlá zadavatel hodnotit a podle jakého klíče budou přidělovány body jednotlivým nabídkám. Dle navrhovatele rovněž není zřejmé, jaké parametry budou hodnoceny lépe než ostatní.

29. Vzhledem k tomu, že je navrhovatel přesvědčen o nesprávnosti postupu zadavatele v šetřeném zadávacím řízení, shledává napadené rozhodnutí souladné se zákonem.

Stanovisko předsedy Úřadu

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

K návrhu navrhovatele na nařízení předběžného opatření

33. V závěru vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele navrhovatel z procesní opatrnosti, tedy pro případ, že Úřad dojde ve vztahu k závěru, že předběžné opatření uložené zadavateli rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S0760/2016/VZ-00487/2017/531/VNe ze dne 4. 1. 2017 již není platné, navrhuje, aby Úřad zadavateli nařídil předběžné opatření, kterým zadavateli zakáže uzavřít smlouvu na realizaci veřejné zakázky, a to až do nabytí právní moci meritorního rozhodnutí.
34. K návrhu navrhovatele na nařízení předběžného opatření konstatuji, že sám navrhovatel ve svém návrhu uvádí, že jej činí z procesní opatrnosti a pro případ, že Úřad dospěje k závěru, že nařízené předběžné opatření není platné. Napadené (meritorní) rozhodnutí s ohledem na výše uvedený průběh řízení dosud nenabylo právní moci, proto i nařízené předběžné opatření nemohlo podle § 117 odst. 3 zákona pozbýt platnosti. Jelikož je zde existující předběžné opatření, které zakazuje zadavateli uzavřít smlouvu na přezkoumávanou veřejnou zakázku, není třeba, aby Úřad nově nařizoval další předběžné opatření na základě tohoto návrhu navrhovatele s tím, že o stejném návrhu navrhovatele již bylo v rámci daného správního řízení vedeného Úřadem rozhodnuto, a to rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0760/2016/VZ-00487/2017/531/VNe ze dne 4. 1. 2017.

VI. K námitkám rozkladu

35. Nejprve konstatuji, že argumentace obsažená v bodech 4. i) – 4. vii) a v bodě 7. rozkladu („K přípustnosti návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele resp. k výši kauce složené navrhovatelem“) je obsahově zcela totožná s obsahem vyjádření zadavatele ze dne 3. 1. 2017, tedy i příslušné rozkladové námitky zmíněné v těchto bodech rozkladu jsou, s níže uvedenou výjimkou, doslova totožné s námitkami uvedenými zadavatelem v jeho

vyjádření a popsané v bodech 78. až 86. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Námitky rozkladu v této pasáži nikterak nerozporují závěry Úřadu učiněné v napadeném rozhodnutí. Veškerá tato argumentace, obsažená již ve vyjádření zadavatele ze dne 3. 1. 2017, tedy i rozkladu, tak byla důkladně vypořádána již v napadeném rozhodnutí, a to v bodech 78. až 86 odůvodnění. S veškerými závěry uvedenými ve výše zmíněných bodech 78. až 86. odůvodnění napadeného rozhodnutí se plně ztotožňuji, jelikož je shledávám správnými, dostatečnými a plně srozumitelnými. Jsem tedy na rozdíl od zadavatele toho názoru, že Úřad řádně posoudil jeho námitky obsažené ve vyjádření a vypořádal je zcela v souladu se zákonem. S vypořádáním této zadavatelovy argumentace Úřadem se zcela ztotožňuji a v plném rozsahu na ni odkazuji.

36. Dále uvádím, že v případě argumentace obsažené v bodech 5. a 6. rozkladu nejde o argumentaci, jež by byla obsahově totožná s námitkami již dříve zadavatelem uvedenými v jeho vyjádření ze dne 3. 1. 2017 a popsány v bodech 78. až 86. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Jedná se o tvrzení zadavatele, v rámci něhož se neztotožňuje s odkazem Úřadu na rozsudek Nejvyššího správního soud (dále jen „**NSS**“) sp. zn. 8 As 158/2015 ze dne 1. 7. 2016, učiněným v bodě 83. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v němž bylo uvedeno, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky a nabídková cena nejsou tímž údajem. S tím zadavatel souhlasí, avšak uvádí, že nelze současně vyloučit případy, kdy předpokládaná hodnota veřejné zakázky a nabídková cena totožným údajem budou, a to např. z důvodu, že nabídková cena jednotlivých uchazečů odpovídá (resp. musí odpovídat) předpokládané hodnotě veřejné zakázky a nabídková cena případných uchazečů v jednotlivých položkách pouze určuje rozsah budoucího plnění, nikoli jeho konečnou cenu, což je dle zadavatele šetřený případ.
37. K této argumentaci považuji za vhodné zopakovat, že navrhovatel byl podle zadavatele schopen stanovit celkovou nabídkovou cenu, která pro všechny dodavatele činila 49 000 000 Kč, a pro stanovení paušální výše kauce ve výši 100 000 Kč nebyl splněn předpoklad zakotvený v ustanovení § 115 odst. 1 věty druhé zákona. Jak je uvedeno v bodě 52. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v bodě 2.3 zadávací dokumentace je stanoveno, že *„[c]elkový počet čerpaných hodin právních služeb a smluv bude určen zadavatelem dle jeho aktuálních potřeb mj. v závislosti na výši cen právních služeb tak, aby celková odměna Uchazeče za jejich poskytnutí současně nepřekročila částku ve výši 49.000.000,- Kč“*. Z této pasáže obsažené v zadávací dokumentaci nevyplývá, že bez ohledu na nabídkovou cenu jednotlivých uchazečů v podobě paušální odměny a v podobě hodinové odměny za poskytnuté právní poradenství byla pevně stanovena nabídková cena plnění veřejné zakázky ve výši 49 000 000 Kč, jak tvrdí zadavatel v rozkladu. Je zřejmé, že předmětná výše je pouze jakousi horní hranicí pro možné čerpání, nikoli tedy pevně stanovenou nabídkovou cenou plnění veřejné zakázky. Částka ve výši 49 000 000 Kč není ani celkovou nabídkovou cenou ve smyslu § 115 odst. 1 věty první zákona. Zadavatelem bylo stanoveno, že příslušné plnění poskytnuté dodavatelem nemusí této výše dosáhnout za všech okolností. S ohledem na výše uvedené skutečnosti je proto nezbytné zdůraznit, že zadavatel v rámci své argumentace obsažené v bodě 4 i) rozkladu nepřipustně směšuje pojem nabídková cena a předpokládaná hodnota veřejné zakázky.
38. Není zřejmé, jak mohl navrhovatel objektivně pevně stanovit nabídkovou cenu plnění veřejné zakázky ve výši 49 000 000 Kč, když zadavatel v bodě 2.3 zadávací dokumentace

výslovně uvedl, že „**[c]elkový počet čerpaných hodin právních služeb a smluv bude určen zadavatelem dle jeho aktuálních potřeb...** [pozn. vytučněno předsedou Úřadu]. Z toho vyplývá, že není předem zřejmé, jaký bude přesný rozsah služeb, poskytovaných dodavatelem zadavateli, a nelze tudíž ani pevně stanovit nabídkovou cenu tak, aby byla totožná s předpokládanou hodnotou veřejné zakázky.

39. Ve vztahu k výše uvedenému je tak třeba shrnout, že výše kauce byla složena zcela v souladu s ustanovením § 115 odst. 1 věta druhá zákona. Neobstojí proto rozkladová argumentace zadavatele, v rámci které označuje návrh navrhovatele za nepřípustný co do splnění podmínek obsažených v ustanovení § 115 odst. 1 zákona, konkrétně ve vztahu ke splnění povinnosti složit kauci v zákonem stanovené lhůtě, jelikož navrhovatel dne 15. 12. 2016 složil na účet Úřadu kauci ve výši 100 000 Kč.
40. Nad rámec těchto skutečností upozorňuji na to, že s ohledem na změnu procesní situace Úřad vyzval navrhovatele přípisem č. j. ÚOHS-S0760/2016/VZ-28064/2017/531/VNE ze dne 27. 9. 2017, který byl navrhovateli doručen dne 29. 9. 2017, k opětovnému složení kauce podle § 115 odst. 1 zákona, přičemž navrhovatel kauci ve výši 100 000 Kč opětovně složil na účet Úřadu dne 3. 10. 2017.

K výroku I. napadeného rozhodnutí

41. Rovněž úvodní část zadavatelovy argumentace týkající se výroku I. napadeného rozhodnutí, tedy argumentace uvedená v bodech 8. – 12. iii) rozkladu („*K výroku I. rozhodnutí - technické kvalifikační předpoklady*“) je obsahově zcela totožná s obsahem vyjádření zadavatele ze dne 3. 1. 2017, tedy i příslušná rozkladová námitka tvrzená v těchto bodech rozkladu je, s níže uvedenými výjimkami, doslova totožná s námitkami uvedenými zadavatelem v jeho vyjádření ze dne 3. 1. 2017 a popsané mj. v bodech 100. či 104. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Část rozkladové argumentace, obsažená již ve vyjádření zadavatele ze dne 3. 1. 2017, tak byla vypořádána již v těchto výše specifikovaných bodech napadeného rozhodnutí a já na tuto argumentaci Úřadu plně odkazuji.
42. Nad rámec své dříve uplatněné argumentace zadavatel v bodě 13. iii) rozkladu (a rovněž i v bodě 15. rozkladu) odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0310/2016/VZ-27620/2016/522/PKř ze dne 30. 6. 2016, v němž mj. Úřad konstatoval, že „*[j]e zřejmé, že pro různé dodavatele by byly nediskriminační různé technické požadavky zadavatele, a to odvisle od typu dodávaných přístrojů. Obecně by tak každý dodavatel mohl považovat za diskriminační takové technické podmínky, které by neodpovídaly jeho portfoliu výrobků*“. V tomtož bodě rozkladu pak zadavatel oprávněnost své námítky opírá i o rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S326/2011/VZ-2436/2012/550/SWa ze dne 2. 5. 2012. K těmto odkazům zadavatele uvádím následující. Z výše citovaného rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S310/2016/VZ vyplývá, že vymezení předmětu plnění veřejné zakázky závisí na uvážení zadavatele, který musí být schopen posoudit naplnění svých potřeb. Zde nezpochybňuji skutečnost, že s přihlédnutím k odbornému charakteru předmětu plnění veřejné zakázky má zadavatel při dodržení zákonných norem právo na vlastní úvahu o tom, čím mají dodavatelé prokázat svou způsobilost poskytnout zadavateli požadované plnění, a dále, že zadavatel není povinen, a ze zákona také nevyplývá, že by měl stanovovat, resp. přizpůsobovat, předmět veřejné zakázky nikoli svým potřebám, ale

nárokům nebo možnostem jednotlivých dodavatelů. Nadto, Úřad v rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S310/2016/VZ posuzoval otázku, zda TKP zadavatele týkající se prokázání některých významných právních služeb jsou diskriminační, či nikoli a následně zde učinil závěr, že stanovením maximální a nepřekročitelné sazby (ve výši 3 000 Kč bez DPH za 1 hodinu) poskytování právních služeb zadavatel v odkazovaném případě nepostupoval v rozporu se zákonem. V odkazovaném případě se tedy jednalo o odlišnou problematiku než v šetřeném případě, neboť zadavateli není vytýkáno, že by požadavky na technickou kvalifikaci byly nepřiměřené co do jejich výše, ale že zadavatelem stanovená minimální výše finanční odměny za poskytnuté právní služby postrádá vypovídající hodnotu.

43. V návaznosti zadavatel v bodě 13. iv) rozkladu cituje z rozsudku NSS č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008 a v bodě 13. v) rozkladu cituje z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 80/2012. Z těchto rozsudků zadavatel dovozuje, že je nutný restriktivní výklad skryté diskriminace, a že při aplikaci kritéria zjevné nepřiměřenosti musí být poskytnut prostor pro ekonomickou úvahu zadavatele. Jak připouští zadavatel v rozkladu, na tento jím akcentovaný rozsudek NSS poukázal i samotný Úřad mj. v bodě 91. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Zadavatelův postup lze kvalifikovat jako diskriminační, odporující zásadám podávaným v § 6 zákona, neboť někteří z dodavatelů mají a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. NSS však v tomtéž rozsudku připustil limity konceptu skryté diskriminace, a vyjádřil se v tom smyslu, že samotná podstata zakazu skryté diskriminace znemožňuje jakoukoli mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potenciální uchazeče stejné dopady. Takový požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Napadené rozhodnutí tedy není v rozporu s uvedenými rozsudky, neboť Úřad řádně odůvodnil, proč se zadavatel dopustil diskriminačního jednání.
44. Zadavatel v bodě 13. vi) rozkladu shrnuje, že shledat skrytou diskriminaci u stanovených TKP je možné jen tam, kde jsou kvalifikační předpoklady vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb zadavatele, s čímž se v obecné rovině ztotožňují. V bodě 13. vii) a následujících rozkladu zadavatel tvrzenou neexcesivnost a přiměřenost jím stanovených požadavků rozvádí v rámci konkrétních námitek. K jednotlivým námitkám zadavatele se proto vyjádřím v následujících bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí.
45. V bodě 13. vii) rozkladu zadavatel uvádí, že při vymezení předmětu veřejné zakázky (předmětem je poskytování právních služeb pro více než 1 600 subjektů po dobu 32 měsíců, přičemž se předpokládá poskytnutí cca 20 000 hodin právního poradenství a vyhotovení cca 16 500 individualizovaných smluv) a předpokládané hodnotě 49 000 000 Kč zadavatel považuje požadavek na pouhých 11 referencí v celkové hodnotě 1,35 mil. Kč za minimalistický a nikoli za zjevně nepřiměřený. Podle zadavatele se totiž nejedná o běžnou veřejnou zakázku na právní služby, ale o veřejnou zakázku specializovanou. Nelze tedy očekávat obecné zkušenosti s jednotlivými právními odvětvími u každého advokáta zapsaného v seznamu advokátů vedeném Českou advokátní komorou. Zadavatel tedy v této souvislosti namítá, že jde o právní poradenství

pro specifickou skupinu subjektů a pro úspěšné plnění veřejné zakázky je tak třeba se specializovat na požadovanou problematiku práva územně samosprávných celků. Zadavatel tak v rozkladu upozorňuje na to, že naopak vymezení příliš konkrétních „typů“ právních služeb by mohlo být Úřadem posouzeno jako příliš přísné a diskriminační, viz rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R86/2014/VZ, kde bylo konstatováno, že je to právě kombinace uvedených institutů, které samy o sobě nejsou nijak neobvyklé, ale které činí požadavky diskriminačními.

46. Předně je třeba zdůraznit, že v rámci zkoumání toho, zda zadavatelem nastavené zadávací podmínky, a to včetně jeho požadavků na prokázání kvalifikace, odpovídají zákonu, musí být vždy pečlivě zohledněny veškeré aspekty konkrétního případu. Do úvahy proto musí být brána, vedle dalších okolností, i povaha poptávaného předmětu veřejné zakázky, tzn. jeho „běžnost“, či naopak „exkluzivnost“ a od ní se odvíjející šíře relevantního trhu. Znaky porušení zákona bude vykazovat, ve vztahu k vymezení zadávacích podmínek, tedy i požadavků na kvalifikaci, výlučně takové jednání zadavatele, kdy tento vymezí zadávací podmínky skutečně excesivně, čili tak, že dopad jeho jednání na konkurenční prostředí bude zjevně nepřiměřený důvodům, které zadavatele k takovému vymezení zadávacích podmínek vedly.
47. Zadavatel nastavil v bodě II.1.5) oznámení o zakázce a v bodě 2.3 zadávací dokumentace předmět plnění šetřené veřejné zakázky jako „*Poskytování právního poradenství pro Centra společných služeb obcí (...)*“. Zadavatel v daném případě k prokázání TKP požadoval předložení 11 významných služeb (referenčních zakázek) ze 7 oblastí právního poradenství, a sice z oblasti nakládání s majetkem obce podle § 85 zákona č. 128/2000 Sb., z oblasti dobrovolného sdružení obce podle zákona č. 128/2000 Sb., dále z oblasti související s problematikou dotací podle zákona č. 218/2000 Sb. nebo č. 250/2000 Sb., z oblasti související se správním řízením dle zákona č. 500/2004 Sb., z oblasti poskytování informací podle zákona č. 106/1999 Sb. nebo podle zákona č. 123/1998 Sb., z oblasti školství podle zákona č. 561/2004 Sb., a z oblasti územního plánování podle zákona č. 183/2006 Sb.
48. Není zřejmé, co zadavatel považuje za natolik specifického v povaze činnosti, jakou je např. poskytování právního poradenství v oblasti související se správním řízením podle zákona č. 500/2004 Sb. či oblast nakládání s majetkem obce podle § 85 zákona č. 128/2000 Sb. (podrobněji viz oznámení o veřejné zakázce). Mám za to, že požadované činnosti lze označit za běžné právní služby. Stejně je však skutečnost, že Úřad zadavateli v napadeném rozhodnutí nevytýkal specializovaný charakter služeb stanovený v rámci TKP. Jestliže tedy zadavatel odůvodňuje své rozkladové námitky specifičností předmětného plnění veřejné zakázky, nejedná se o námitky, jež by brojily proti závěru Úřadu, neboť Úřad netvrdil, že by zadavatel nebyl oprávněn požadovat takovýto typ referencí, pokud jde o jednotlivé oblasti právního poradenství. Stejně tak pokud zadavatel namítá, že ve vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky ve výši 49 000 000 Kč je třeba považovat požadavek na 11 referencí v celkové hodnotě 1,35 mil. Kč za minimalistický a nikoli za zjevně nepřiměřený, je třeba zopakovat, že Úřad zadavateli nevytkl výši jednotlivých požadovaných referencí. Závěr Úřadu je založen na tom, že zadavatel požadoval zkušenost s právními službami z určitých oblastí práva, avšak tím, jak

stanovil TKP, dal najevo, že je mu lhostejno, jaký byl obsah takovýchto služeb. Zadavatel nijak nespécifikoval jejich náročnost a hodnotil pouze odměnu, kterou dodavatelé za tyto služby obdrželi. Dodavatelé tak mohli prokázat své zkušenosti jednoduchými, opakujícími se právními úkony, jež nijak nedokazují jejich schopnost poskytovat zadavateli – dle jeho slov – „specializované“ právní poradenství, stejně dobře, jako mohli předložit referenci, v rámci které zastupovali klienta ve složitém sporu. Hodnota reference, bez její návaznosti na obsah předmětného poskytovaného právního úkonu, nemůže bez dalšího prokázat zadavateli způsobilost dodavatele. Pokud zadavatel v rozkladu argumentuje náročností služeb, které by měly být předmětem plnění veřejné zakázky, pak musím souhlasit s Úřadem, že z požadovaných referencí nelze seznat, že by zadavatel kladl na dodavatele nároky, které by odrážely náročnost těchto služeb.

49. K námitkám uvedeným v bodech 13. ix – 13. xi) rozkladu vysvětluji tvrzení Úřadu, že *„[v] případě právních služeb obdržená finanční hodnota nemusí být přímo úměrná náročnosti služeb a projeveným znalostem a dovednostem příslušného dodavatele“*. Je zřejmé, že jako v každém jiném odvětví může být totožné nabízené plnění oceněno různými dodavateli různě. Do takové nabídky vstupuje celá řada proměnných vstupních hodnot a je to v podstatě to, co zajišťuje hospodářskou soutěž o předmět plnění. Tedy schopnost dodavatelů udělat si vlastní kalkulaci, vyhodnotit rizika, vstupní náklady a nabídnout pokud možno co nejkvalitnější službu za nejprůhodnější cenu. Je zřejmé, že čím složitější a náročnější právní služby, tím vyšší cena za takové služby bude dodavateli požadována. Úvaha Úřadu ale směřovala jinak. Pasáž bodu 97. odůvodnění napadeného rozhodnutí je třeba vykládat spolu s úvahami uvedenými v další části tohoto odstavce, tedy s tím, že zadavatel sice stanovil nějakou finanční hodnotu referencí, avšak nijak nevymezil složitost úkonů, které měly danou referenci představovat. V souhrnu takové nastavení TKP znamená, že dodavatel, který poskytl dříve právní poradenství ve velmi složitých kauzách, při které například zastupoval klienta od správního řízení až po soudní řízení s podáním třebas i mimořádných opravných prostředků je pro zadavatele stejně kvalitní, jako ten, který poskytl služby spočívající v prostém opakování týchž úkonů, které nijak složité být nemusí, ale byly poskytovány velice často. V součtu tak takové služby budou mít stejnou hodnotu, ale nebudou vypovídat ničeho o schopnostech dodavatele, které jsou dle tvrzení zadavatele pro něj tak důležité. Je možné, že zadavateli by ani tato skutečnost nevadila, pokud však zadavatel navázal reference na finanční ohodnocení, které dodavatel za své služby obdržel, pak je zřejmé, že dva dodavatelé mohli stejné služby nabídnout za různé ceny, a to z různých důvodů. Pak však pouze výše ohodnocení takové poskytnuté služby ničeho nevyovídá o kvalitě daného dodavatele. Pokud pak zadavatel opakovaně zdůrazňuje, že jeho cílem bylo zajistit pro sebe plnění kvalifikovaným dodavatelem, pak souhlasím s Úřadem, že takto nastavené TKP mu tuto jistotu nezajišťují. Obzvláště u služeb mohou dodavatelé více pracovat s nabídkovou cenou tak, aby získali zakázku a nabídnout tak jednorázově nižší cenu, avšak rozsah služeb bude stejný. Takový dodavatel pak nebude schopen doložit požadované reference, byť znalosti a zkušenosti požadované zadavatelem má. Je třeba upozornit i na úvahu, kterou Úřad uvedl v pasáži „obiter dictum“ (bod 109. odůvodnění napadeného rozhodnutí). I skutečnost že při jazykovém výkladu TKP je možné dovodit, že by bylo možné skládat reference několika dílčími „zakázkami“, tedy i vůči různým dodavatelům, je signálem, že

zadavatel nenastavil TKP správně a srozumitelně, ale primárně to podtrhuje tu skutečnost, že takto nastavené zadávací podmínky nemají vypovídající hodnotu o poskytnutém plnění uchazeči o veřejnou zakázku.

50. Zadavatel v bodě 13. xi) rozkladu uvádí, že stanovení hodnoty referenčních zakázek je v rámci praxe veřejných zakázek zcela běžné a rovněž v tomto bodě rozkladu uvádí, že rozdílná odměna za totožné plnění může být zajisté účtována i v jiných případech, a to např. i v případě stavebních prací. K této argumentaci opakují, že povaha stavebních prací je od dodávek či služeb odlišná, přičemž tato námitka nijak nevyvrací předmětné tvrzení, že zadavatel při stanovování TKP náležitě nezohlednil, jaké plnění ve veřejné zakázce poptává, a o čem má kvalifikace dodavatele vypovídat, srov. bod 96. odůvodnění napadeného rozhodnutí.
51. V bodech 13. xiv) a 13. xv) rozkladu zadavatel uvádí, že při nastavování TKP vycházel ze svých mnohaletých zkušeností při poskytování poradenství obcím. Zadavatel doplňuje, že i v minulosti konzultoval potřebu, efektivitu a rozsah právních služeb s funkčními dobrovolnými svazky obcí, které mají dlouholeté zkušenosti s poskytováním služeb obcím. Zadavatel v rámci této argumentace v ničem nerozporuje závěry Úřadu obsažené v napadeném rozhodnutí, přičemž mu není nijak upíráno právo vycházet při formulaci zadávacích podmínek z jeho zkušeností či potřeb, ale současně zadávací podmínky musí být souladné se zákonem, což v daném případě nebyly.
52. V bodě 13. xvi) rozkladu zadavatel uvádí, že neuvedením předmětných požadavků by se zadavatel vystavil nepřiměřenému riziku, kdy v rámci zadávacího řízení by mohl být vybrán dodavatel prakticky „bez zkušeností“, což by s ohledem na množství subjektů, kterým má být předmětné plnění poskytováno, vyvolávalo zvýšené riziko různých sankcí (včetně krácení dotace), v případě postupu na základě nesprávného poradenství ze strany „nezkušeného“ vybraného dodavatele. Tato námitka je zcela lichá, neboť Úřad zadavateli neupírá právo nastavit si zadávací podmínky a TKP tak, aby mu předmět plnění poskytl kvalifikovaný dodavatel. To bylo Úřadem zdůrazněno mj. v bodech 97. či 100. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Samotná skutečnost, že poskytovatel dotace může zadavateli v důsledku jeho sankcionování Úřadem zkrátit dotaci, nemůže mít vliv na postup Úřadu při rozhodování, zda zadavatel porušil relevantní ustanovení zákona, a při následném uložení nápravného opatření. K tomuto závěru dospěl NSS v rozsudku č. j. 1 Afs 23/2012–102 ze dne 28. 11. 2012, v němž uvedl, že pro rozhodování je nepodstatná skutečnost, že v případě uložení správní pokuty může být zadavateli krácena dotace (případně vymáhána sankce) za porušení rozpočtových pravidel. Se zřetelem na výše uvedené tedy nelze požadovat ani po správním orgánu, ani po soudu, aby „přehlédly“ porušení zákona z důvodu, že zadavatel ponese ještě jiné důsledky svého protiprávního jednání. Předmětnou námitku zadavatele je tedy třeba pro její nedůvodnost odmítnout.
53. V bodě 13. xvii) a v bodě 13. xviii) rozkladu zadavatel dodává, že svým postupem otevřel možnost účasti v zadávacím řízení co nejširšímu okruhu možných dodavatelů, a to jak specialistům (zaměřeným na konkrétní část problematiky), tak i těm dodavatelům, kteří mají zkušenost získanou kvantitou (byť s méně náročnou agendou). Jak Úřad uvedl v bodě 107. odůvodnění napadeného rozhodnutí, o tom, že zadavatelem požadovaná minimální úroveň významných služeb byla diskriminační, svědčí mj. i to, že proti tomuto TKP nebrojil

výhradně navrhovatel, ale zadavatel vůči tomuto kvalifikačnímu předpokladu obdržel námítky i od dalších 3 potenciálních dodavatelů. O diskriminačním charakteru předmětného TKP svědčí dále skutečnost, že zadavatel v šetřeném zadávacím řízení obdržel pouze dvě nabídky, byť na trhu České republiky působí více dodavatelů schopných předmět plnění veřejné zakázky zrealizovat. K výše uvedenému tedy uzavírám, že obecné zadavatelovo konstatování spočívající v tom, že pro různé dodavatele by byly v obecné rovině nediskriminační různé technické požadavky zadavatele, nemůže nic změnit na skutečnosti, že v daném případě zadavatel nastavil TKP diskriminačně, resp. v rozporu se zákonem, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval podle zákona, nabídky by podali i další uchazeči, a to s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele.

54. Nemůže tak obstát rozkladové tvrzení zadavatele, podle něhož byla v důsledku jeho postupu otevřena možnost účasti v zadávacím řízení co nejširšímu okruhu možných dodavatelů, neboť tomu tak ve skutečnosti nebylo, jak jsem již odůvodnil výše. Skutečnost, že zadavatel obdržel dvě nabídky, v žádném případě nebyla primárním ukazatelem Úřadu při posuzování, zda zadavatel svým postupem porušil relevantní ustanovení zákona či nikoli. Upozornění na tuto skutečnost v bodě 107. odůvodnění napadeného rozhodnutí představuje pouze podpůrný argument ve prospěch stěžejního závěru Úřadu.
55. Se zřetelem na výše uvedené mám proto za správný závěr Úřadu, že zadavatel nedodržel zákonný postup, když ve vztahu k TKP dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona nevymezil minimální úroveň tohoto kvalifikačního předpokladu tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, když v relevantní pasáži zadávací dokumentace požadoval seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech čítající minimálně 11 referencí ze 7 právních oblastí, kdy současně ve vztahu k takto objemnému počtu referencí stanovil ještě požadavky na finanční odměnu za poskytnuté referenční právní služby, které nezohledňovaly kvalitu a náročnost poskytovaného referenčního plnění. Takto nastavené požadavky na prokázání TKP jsou proto diskriminační vůči potenciálním dodavatelům, kteří by např. disponovali příslušnými zkušenostmi tak, aby mohli veřejnou zakázku zrealizovat, avšak nikoli v hodnotě a rozsahu požadovaném zadavatelem.

K výroku II. napadeného rozhodnutí

56. V bodě 19. rozkladu zadavatel vyjadřuje nesouhlas s konstatováním Úřadu, že zadavatelem určený způsob hodnocení dílčího hodnotícího kritéria č. 4 je naprosto nedostatečný, jelikož postrádá bližší specifikaci. Zadavatel dále spekuluje, že v případě, kdy by zadavatel stanovil, že lépe bude hodnocen návrh, který bude obsahovat zadavatelem předem určený či podrobněji specifikovaný postup realizace, tak:
- a) všichni dodavatelé by navrhli přesně takový zadavatelem předem určený postup, neboť by věděli, že jim přinese největší bodový zisk a získali by tak stejný počet bodů, což by popřelo smysl takového hodnotícího kritéria; a
 - b) takové hodnotící kritérium by postrádalo smysl z důvodu, že by se vytratila jakákoli invence dodavatelů a možnost, že by na základě znalostí a zkušeností navrhli lepší

a efektivnější řešení než jaké jsou představy a znalosti zadavatele, což má být přidanou hodnotou samotného návrhu procesu realizace zakázky.

57. Následně zadavatel v rozkladu zpochybňuje tvrzení Úřadu, podle něhož způsob hodnocení zadavatele postrádal bližší specifikaci. Zadavatel dodává, že rámcovou specifikaci předmětu plnění, a tedy i rámcový proces realizace zakázky, obsahuje samotný návrh smlouvy na veřejnou zakázku coby příloha zadávací dokumentace, kde je např. stanoven způsob komunikace se zadavatelem, lhůty, ve kterých má být poradenství prováděno a podobně. K této rozkladové argumentaci uvádím následující.
58. K výše uvedenému považuji za nutné nejprve vyjasnit tu skutečnost, že ve smyslu ustanovení § 78 odst. 4 a § 79 zákona je stanovení hodnotících kritérií a hodnocení nabídek v rámci zadávání veřejné zakázky nejzásadnějším okamžikem celého procesu, neboť má přímý vliv na to, která nabídka bude vybrána jako nejvhodnější. Jak bylo uvedeno např. v rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R197/2013/VZ-7683/2014/310/LPa ze dne 10. 4. 2014, je tak třeba, aby zadavatel naprosto přesným způsobem stanovil a popsal a) co bude hodnotit, tedy předmět hodnocení, b) jakou metodou bude hodnotit a c) jak bude zvolenou metodu aplikovat na předmět hodnocení. K vymezení toho, co bude hodnotit, musí zadavatel dostatečně jasně a srozumitelně stanovit, jaké parametry budou podrobeny hodnocení, což uchazeči dává informaci o tom, co má v rámci své nabídky zadavateli předložit. Z hlediska toho, jak bude nabídky hodnotit, je zadavatel povinen stanovit metodu hodnocení, podle níž bude postupovat. Zadavatel tak musí určit, zda bude jednotlivým parametrům v nabídkách přiřazovat body a v jakém rozsahu, případně zda zvolí jiný způsob hodnocení, který však musí být dostatečně přesně popsán. Výše popsané kroky jsou důležité pro to, aby pak zadavatel mohl přistoupit k samotnému hodnocení nabídek, které spočívá v tom, že zadavatel předem zvoleným parametrům přiřazuje metodou hodnocení jednotlivé hodnoty. Je však nutné zdůraznit, že pro to, aby zadavatel mohl zvolenou metodu hodnocení aplikovat na předmět hodnocení, je třeba současně stanovit, jak mají uchazeči splnit jednotlivé parametry tak, aby mohli obdržet co nejvyšší hodnocení. Z hlediska uchazečů o veřejnou zakázku je v rámci hodnocení zásadní, aby věděli, jak mají koncipovat svoji nabídku pro to, aby tato nejen splňovala všechny podmínky stanovené zadávacími podmínkami, ale pro to, aby mohla být v rámci hodnocení nabídek ohodnocena jako nejvhodnější. Jak je uvedeno např. v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 42/2014-71 ze dne 20. 6. 2016, „[j]e pochopitelné, že u kritérií, která nejsou kvantifikovatelná je zcela objektivní poměrování nabídek nemožné; vždy je v takovém případě nezbytný určitý volní aspekt a úvaha hodnotící komise. Hodnotící komise ovšem musí jednotlivé nabídky zhodnotit takovým způsobem, aby byla vyloučena jakákoliv libovůle a aby bylo možné toto hodnocení přezkoumat. Při svém hodnocení tedy musí být vedena jasně stanovenými vodítky a u každé jednotlivé nabídky a dílčího kritéria hodnotit stejné oblasti“.
59. V šetřeném případě zadavatel v bodě 6. „HODNOTÍCÍ KRITÉRIA, ZPŮSOB HODNOCENÍ NABÍDEK“, konkrétně v části 6.3. „Způsob hodnocení nabídek“, zadávací dokumentace uvedl, že pokud jde o kvalitu „Návrhu procesu realizace zakázky“, bude jako vhodnější hodnocen takový návrh řešení, který prokáže vyšší míru porozumění problematice zadání a potřebám zadavatele specifikovaným v zadávací dokumentaci. Dále zde zadavatel uvedl,

že pokud jde o míru propracovanosti a proveditelnosti „Návrhu procesu realizace zakázky“, bude jako vhodnější hodnocen návrh řešení, který prokáže vyšší míru propracovanosti, adekvátnosti a proveditelnosti, a že pokud jde o kvalitu organizace práce a komunikace, bude jako vhodnější hodnocen takový návrh řešení, který nabídne srozumitelnější, přehlednější a pro zadavatele efektivnější způsob realizace zakázky, včetně způsobu organizace a vykazování odvedené práce. Z nastavení samotného způsobu hodnocení předmětného dílčího hodnotícího kritéria tedy není zřejmé, jaké splnění parametrů považuje zadavatel za lepší či horší a není tedy zřejmé, jaké bodové hodnocení tyto parametry od zadavatele obdrží. Jde o pojmy natolik obecné, že ani zadavateli (hodnotící komisi) nemohlo být zřejmé, jakým způsobem má nabídky hodnotit. Zadavatel by měl uchazečům vyjasnit, co od jejich nabídek očekává, a jak bude ten který aspekt hodnotit. To se ale v tomto případě nestalo.

60. Důsledkem takto stanoveného způsobu hodnocení je to, že uchazeči o veřejnou zakázku nemohli mít konkrétní představu o tom, jak mají koncipovat svou nabídku, aby obdrželi co nejvíce bodů a naplnili potřeby zadavatele, neboť taková informace se ze zadávacích podmínek nepodává. Pokud tedy ze způsobu hodnocení není uchazečům o veřejnou zakázku zřejmé, jak budou jejich nabídky hodnoceny, pak takové nastavení způsobu hodnocení neodpovídá znění § 44 odst. 3 písm. h) zákona a současně neodpovídá ani zásadě transparentnosti. Lze tedy uzavřít, že za situace, kdy uchazeči o veřejnou zakázku nedostanou informace o tom, jak bude jejich nabídka hodnocena, tak se celý proces zadávání veřejné zakázky stává nečitelným a netransparentním. Jak již uvedl Úřad, zadavatel ani neupřesnil, co vlastně od nabídek očekává a jaké jsou jeho preference ve vztahu k jeho potřebám. Jde o skutečnost, která si musí vyjasnit primárně zadavatel a uchazeči mají tyto zadavatelovy potřeby pouze jistým způsobem naplnit a nikoli soutěžit o to, kdo lépe porozumí jeho představám. Argumentace zadavatele, v rámci které zpochybňuje předmětný závěr Úřadu, tak pro nepřiléhavost neobstojí.
61. Zadavatel dále v rozkladu vyjadřuje nesouhlas s argumentací Úřadu obsaženou v bodě 123. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad v rámci této argumentace uvedl, že za situace, je-li jednou z potřeb, jež měla být v rámci plnění veřejné zakázky vybraným dodavatelem uspokojována, vzdělávání zaměstnanců Center společných služeb obcí formou školení a lektorské činnosti, je nutné, aby zadavatel uvedl, s jakou frekvencí má takové vzdělávání probíhat, zda se bude jednat o prezenční způsob vzdělávání, vzdělávání formou e-learningu či kombinace obou těchto způsobů. Za situace, kdy tyto podrobnosti zadavatel neví, nezáleží mu na nich, nebo jejich konkrétní řešení nechává na budoucím dodavateli, nelze po něm dle tvrzení zadavatele spravedlivě požadovat, aby je takto podrobně v rámci zadávací dokumentace specifikoval. V situaci, kdy zadavatel požadavky na návrh řešení specifikuje stručněji, je v rámci hodnocení povinen hodnotit posuzovaný návrh řešení i ve vztahu k takto šířeji vymezeným požadavkům a svůj výběr při zohlednění takto šířeji vymezených požadavků je povinen náležitě odůvodnit. K této zadavatelově argumentaci uvádím následující.
62. S ohledem na to, jak zadavatel stanovil způsob hodnocení nabídek, přičemž vůbec nestanovil konkrétní způsob přidělování bodů jednotlivým nabídkám (stanovil pouze to, že je seřadí), potenciální dodavatelé nemohli mít povědomí, zda zadavatelem bude

z hlediska zajištění potřeby vzdělávání jako nejvíce kvalitní hodnocen takový „Návrh procesu realizace zakázky“, v němž bude popsán prezenční způsob vzdělávání, vzdělávání formou e-learningu či kombinace obou těchto způsobů. Tito potenciální dodavatelé tak nemohli vědět, který z výše popsaných způsobů vzdělávání (pokud vůbec nějaký z nich) nejvíce vyhovuje představám zadavatele a odpovídá jeho potřebám, což bude spojeno s kladným bodovým ohodnocením. Zadavatel se tak sám vystavil riziku, že v zadávacím řízení obdrží neporovnatelné nabídky, neboť není zřejmé, jak by hodnotil nabídky, které nabízejí různý typ školení v různém rozsahu, a to tak, aby jeho rozhodnutí bylo zpětně přezkoumatelné jak uchazeči, tak Úřadem.

63. Jak uvedl Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 30 Af 42/2014-71 ze dne 20. 6. 2016, *„[u]chazeči před samotným podáním nabídek proto musí dostatečně jasně a konkrétně vědět, k jakým otázkám bude zadavatel při posuzování efektivit navržených opatření přihlížet ... Postup, kdy hodnocené oblasti zadavatel zvolí až na základě podaných nabídek, je ovšem dosti netransparentní neboť umožňuje zadavateli v podstatě neomezenou možnost výběru jednotlivých parametrů pro jejich hodnocení a přináší také nejistotu uchazečů při tvorbě těchto nabídek“ ... dílčí kritéria, resp. parametry postupu měly být vymezeny již v zadávací dokumentaci, včetně toho na základě čeho bude hodnoceno (dle zadávací dokumentace zvýhodněno) nejefektivnější řešení“*. Jestliže tedy zadavatel v bodě 6.3 zadávací dokumentace použil v souvislosti s dílčím hodnotícím kritériem č. 4 termíny – nejvyšší míra porozumění, vyšší míra propracovanosti, adekvátnosti a proveditelnosti, srozumitelnější, přehlednější a efektivnější – pak měl již v zadávací dokumentaci i s ohledem na výše specifikovaný rozsudek Krajského soudu v Brně jasně stanovit, na základě čeho budou výše uvedené termíny hodnoceny, a jak budou v jejich rámci přidělovány body.
64. S ohledem na výše uvedené mám tedy za správný závěr Úřadu, podle něž se zadavatel dopustil porušení § 44 odst. 3 písm. h) zákona a zásady transparentnosti zakotvené v § 6 odst. 1 zákona tím, že u výše uvedeného dílčího hodnotícího kritéria neuvedl, jakým způsobem budou nabídky podle tohoto kritéria hodnoceny.
- K tvrzenému porušení zásady legitimního očekávání*
65. V samotném závěru rozkladu, resp. v bodě 23. rozkladu (*„K rozhodnutí obecně“*), zadavatel uvádí, že napadené rozhodnutí nenaplnuje jednu ze základních zásad činnosti správních orgánů zakotvenou v ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu, a sice zásadu legitimního očekávání.
66. K této námitce zadavatele uvádím následující. Zásada legitimního očekávání, jejíž porušení zadavatel namítá, je upravena v § 2 odst. 4 správního řádu, dle kterého správní orgán dbá, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. Zásadou legitimního očekávání se opakovaně zabýval NSS. V usnesení rozšířeného senátu NSS sp. zn. 6 Ads 88/2006 ze dne 21. 7. 2009 je uvedeno, že *„[s]právní praxe zakládající legitimní očekávání je ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. i nečinnost) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů“*. Ve svém rozsudku sp. zn. 1 Afs 50/2009 ze dne 16. 3. 2010 pak NSS konstatoval, že zásada legitimního očekávání slouží de facto k ochraně takové dobré víry

účastníků řízení, která jim vznikne do okamžiku předmětného jednání, které je následně posuzováno správním orgánem.

67. V rozsudku sp. zn. 1 Afs 50/2009 ze dne 16. 3. 2010 NSS dále konstatoval, že existenci legitimního očekávání účastníka je nutné dále posoudit k okamžiku vydání rozhodnutí správního orgánu. NSS v tomto rozsudku konkrétně dospěl k závěru, že „[p]okud v okamžiku rozhodování správního orgánu existují jiná jeho rozhodnutí pojednávající o skutkově týchž či obdobných případech, je nutno chránit víru účastníků, že správní orgán bude také v jejich případě rozhodovat stejným způsobem“. K argumentaci zadavatele poukazující na nejednotnost rozhodovací praxe Úřadu v šetřené věci dále zdůrazňují, že Úřad v obdobných případech dlouhodobě vykazuje zcela konstantní rozhodovací praxi. Příkladem mohou odkázat na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0808/2015/VZ-03601/2016/541/MSc ze dne 29. 1. 2016, rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R197/2013/VZ-7683/2014/310/LPa ze dne 10. 4. 2014 či na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 42/2014-71 ze dne 20. 6. 2016. K výše uvedenému proto akcentují, že z ničeho nevyplývá, že by se napadené rozhodnutí jakkoli odchýlilo od dřívější rozhodovací praxe Úřadu, jak tvrdí zadavatel, který ani v této souvislosti v rozkladu dostatečně nespecifikuje, z jakého důvodu má za to, že došlo k jím tvrzenému odklonu Úřadu od jeho dřívější rozhodovací praxe. Současně zadavatel ani neuvedl taková rozhodnutí Úřadu, která by zakládala jím tvrzené porušení zásady legality.
68. Rovněž neobstojí navazující rozkladové tvrzení zadavatele, že Úřad v napadeném rozhodnutí neuvedl žádná skutkově obdobná rozhodnutí ze své rozhodovací praxe, jimiž by napadené rozhodnutí podpořil. Úřad totiž např. v bodě 100. odůvodnění napadeného rozhodnutí explicitně odkázal na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0625/2015/VZ-39857/2015/523/LKa ze dne 18. 11. 2015.

K zákonnosti výroků III. a IV. napadeného rozhodnutí

69. Ve vztahu k výroku III. napadeného rozhodnutí uvádím, že podle § 118 odst. 1 zákona může Úřad uložit opatření k nápravě, pokud budou splněny podmínky v tomto ustanovení předvídané. Těmito jsou a) že se zadavatel dopustí porušení postupu stanoveného zákonem, přičemž b) toto je způsobilé ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a c) zadavatel dosud neuzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, současně platí, že aby Úřad mohl uložit nápravné opatření, musí být všechny tyto podmínky splněny kumulativně. V daném případě Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil porušení postupu stanoveného zákonem, konkrétně pak § 56 odst. 5 písm. c) zákona, resp. § 44 odst. 3 písm. h) zákona, ve spojení s § 6 zákona. V rozhodovaném případě Úřad správně konstatoval, že postup zadavatele byl způsobilý ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Současně z obsahu správního spisu vyplývá, že zadavatel dosud neuzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. S ohledem na výše uvedené mám tedy za to, že byly naplněny všechny zákonné podmínky pro to, aby Úřad mohl uložit nápravné opatření ve smyslu § 118 odst. 1 zákona.
70. Vzhledem k tomu, že zadavatel se dopustil porušení postupů stanovených zákonem již při vypracování zadávacích podmínek, pak za takového stavu nelze uložit jiné opatření k nápravě, než je zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Napadené rozhodnutí

ve výroku III. napadeného rozhodnutí, kterým Úřad rozhodl o zrušení zadávacího řízení, považuji za správné a zcela odpovídající skutkovému stavu rozhodované věci.

71. Pokud jde o výrok IV. napadeného rozhodnutí, konstatuji, že i v tomto výroku považuji napadené rozhodnutí za správné, neboť Úřad v souladu s ustanovením § 119 odst. 2 zákona uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč, což zcela koresponduje se zněním zákona a prováděcích předpisů k němu.
72. Ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když jsem napadené rozhodnutí shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil porušení zákona. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil, a které ho vedly k závěrům uvedeným ve výrocích napadeného rozhodnutí. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzení zadavatele, že napadené rozhodnutí je nesprávné a nesouladné se zákonem.

Závěr

73. 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 zadavatele.
74. 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 tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1, ve spojení s § 152 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Mgr. Robert Pergl, advokát, Na Ořechovce 580/4, 162 00 Praha 6
2. Becker a Poliakoff, s.r.o., advokátní kancelář, U Prašné brány 1078/1, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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