



UOHSX00AXI6R

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0007/2018/VZ-07309/2018/321/EDy

Brno 9. března 2018

V řízení o rozkladu ze dne ze dne 4. 1. 2018, doručeném téhož dne Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, podaném zadavatelem –

- **Česká republika – Ministerstvo zahraničních věcí**, IČO 45769851, se sídlem Loretánské náměstí 101/5, 118 00 Praha 1, Hradčany,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0433/2017/VZ-37304/2017/512/AKp ze dne 20. 12. 2017 ve věci možného stanovení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem při zadávání části 4 Rusko, Tádžikistán, Mongolsko veřejné zakázky „**EXTERNÍ POSKYTOVÁNÍ SLUŽEB KE ZPRACOVÁNÍ ŽÁDOSTÍ O KRÁTKODOBÁ VÍZA NA UKRAJINĚ, V ČÍNĚ, INDONÉSII, NA FILIPÍNÁCH, V GHANĚ, ÍRÁNU, LIBANONU, RUSKU, TÁDŽIKISTÁNU A MONGOLSKU**“ v koncesním řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 13. 4. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 4. 2017 pod ev. č. Z2017-009719 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 15. 4. 2017 pod ev. č. 2017/S 075-145979,

jsem podle § 152 odst. 6 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-S0433/2017/VZ-37304/2017/512/AKp ze dne 20. 12. 2017

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Na základě vlastní činnosti získal Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) – příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté – podezření na nezákonný postup zadavatele – České republiky – Ministerstva zahraničních věcí, IČO 45769851, se sídlem Loretánské náměstí 101/5, 118 00 Praha 1, Hradčany (dále jen „**zadavatel**“) – spočívající v možném stanovení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem při zadávání části 4 Rusko, Tádžikistán, Mongolsko (dále jen „**část 4**“) veřejné zakázky „**EXTERNÍ POSKYTOVÁNÍ SLUŽEB KE ZPRACOVÁNÍ ŽÁDOSTÍ O KRÁTKODOBÁ VÍZA NA UKRAJINĚ, V ČÍNĚ, INDONÉSII, NA FILIPÍNÁCH, V GHANĚ, ÍRÁNU, LIBANONU, RUSKU, TÁDŽIKISTÁNU A MONGOLSKU**“ zadávané v koncesním řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 13. 4. 2017 a uveřejněno dne 18. 4. 2017 pod ev. č. Z2017-009719 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 15. 4. 2017 pod ev. č. 2017/S 075-145979 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem veřejné zakázky je dle bodu 1.1 koncesní dokumentace „*zřízení stanoveného počtu vízových center v určených lokalitách, nejpozději do 30 dnů od podpisu koncesní smlouvy u povinně zřizovaných vízových center a nejpozději do šesti měsíců ode dne odeslání pokynu zadavatele dodavateli k otevření vízového centra u vízových center v Ruské federaci, jejichž otevření předpokládá zadavatel v následujícím roce.*“. Přičemž vízová centra mají zajišťovat zejména poskytování obecných informací k vízové povinnosti a formulářů žádostí o udělení víz, informování žadatele o požadovaných podpůrných dokladech formou kontrolního seznamu, shromažďování údajů a žádostí, včetně biometrických identifikátorů jejich elektronizace a předávání žádostí konzulátu, výběr vízových poplatků, organizaci sjednávání osobních schůzek (pohovorů) na konzulátu či u externího poskytovatele služeb, vyzvedávání cestovních dokladů (včetně případného sdělení o zamítnutí žádosti) na konzulátu a jejich předání žadatelům.
3. Předpokládanou hodnotu stanovil zadavatel v bodu 1.5 koncesní dokumentace veřejné zakázky pro část 4 částkou 1 073 315 700 Kč bez DPH.

4. Jako jedno z dílčích kritérií ekonomické výhodnosti nabídky zadavatel stanovil v bodu 6.1 písm. D. koncesní dokumentace - *Způsob řešení workflow a efektivita činnosti – váha 25 %* (dále jen „**dílčí kritérium hodnocení D**“) které vymezil následujícími podkritérii:
- *„Účastník je povinen ve své nabídce a v závazném návrhu smlouvy zohlednit požadavek čl. D písm. c) přílohy č. X Vízového kodexu, tedy při výkonu Koncese přijmout přiměřená opatření pro boj proti korupci, kterými se rozumí zejména přijetí a důsledné uplatňování pravidel pro odměňování zaměstnanců, pravidel pro výběr zaměstnanců; tzv. pravidlo čtyř očí (tedy dvojí kontrola prováděných úkonů), zásada rotace pracovníků apod. Způsob zabezpečení těchto povinností bude předmětem hodnocení v rámci tohoto dílčího hodnotícího kritéria. Lépe bude hodnocena nabídka, která bude mít podrobně popsán systém protikorupčních opatření.*
 - *Mimo míry naplnění požadavků uvedených v předchozím odstavci bude předmětem hodnocení i míra naplnění požadavků na pravidelné školení a vzdělávání zaměstnanců, systém kontroly a systém řízení v rámci každého Vízového centra i v rámci organizace Koncesionáře.*
 - *Konzulát oznamuje Koncesionáři v případě změny informace o nových prvcích vízového řízení (změny v seznamu podpurných dokumentů, výběru poplatků apod.). Koncesionář je povinen zajistit proškolení pracovníků při každé změně vízového procesu ve Vízovém centru před účinností každé změny.*
 - *Koncesionář je povinen prostřednictvím vedoucích zaměstnanců provádět průběžné kontroly zpracování žádostí přímo na pracovišti (namátkové kontroly zpracování žádostí, kontroly pracovníků v průběhu celého procesu). Pro zabránění chybovosti při zpracování žádosti dochází v rámci Vízového centra k rotaci pracovníků na jednotlivých pracovištích (přijímání žádosti, vydávání dokladů žadatelům, práce na informační lince, elektronizace žádosti v „back office“ apod.).*
 - *Všechna plánovaná opatření musejí být v nabídce účastníka zpracována v rámci organizační struktury Vízového centra s jednoznačným rozdělením odpovědnosti za jednotlivé části procesu zpracování žádostí.“*
5. V bodu 6.4 koncesní dokumentace pak zadavatel uvedl, že „[p]ři hodnocení nabídek dle dílčího hodnotícího kritéria C. a D. bude hodnotící komise posuzovat míru naplnění definovaných potřeb s ohledem na předmět plnění koncese ze strany dodavatele. Potřebou zadavatele je co nejlepší zabezpečení kvality a výkonu předmětu koncese se současnou maximalizací komfortu obsluhy žadatelů. Za každé jednotlivé kritérium (C. a D.) obdrží účastník maximálně 100 bodů, které přidělí hodnotící komise jako kolektivní orgán. Hodnocená nabídka následně získá bodovou hodnotu, která vznikne násobkem 100 a poměru hodnoty hodnocené nabídky k nejhodnější nabídce a násobkem váhy kritéria.“
6. Úřad na základě posouzení dokumentace k šetřené veřejné zakázce získal pochybnosti o tom, zda zadavatel nestanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem, a proto dne 2. 11. 2017 oznámil zahájení správního řízení.

II. Napadené rozhodnutí

7. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 20. 12. 2017 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0433/2017/VZ-37304/2017/512/AKp (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I. rozhodl, že zadavatel stanovil při zadávání části 4 veřejné zakázky zadávací podmínky v rozporu se zásadou transparentnosti a § 183 odst. 1 zákona ve spojení s § 116 odst. 3 zákona tím, že v rámci kritérií hodnocení nevymezil dílčí kritérium hodnocení D. tak, aby podle něj nabídky mohly být porovnatelné a naplnění tohoto kritéria ověřitelné, když stanovil podkritéria dílčího kritéria hodnocení D. uvedená pod druhou až pátou odrážkou bodu 6.1 D. koncesní dokumentace a způsob jejich hodnocení takovým způsobem, který znemožňuje jednoznačně určit, jaká nabídka bude lépe hodnocena, a který tak nezamezuje následně svévoli zadavatele při hodnocení nabídek. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli nápravné opatření podle § 263 odst. 3 zákona spočívající ve zrušení zadávací řízení na část 4 veřejné zakázky. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu dle § 263 odst. 8 zákona a výrokem IV. napadeného rozhodnutí zadavateli uložil uhradit náklady správního řízení ve výši 30 000 Kč.
8. Napadené rozhodnutí Úřad opřel o judikaturu národních soudů zabývající se zásadou transparentnosti zadávacích podmínek. Poukázal přitom na čtyři z pěti podkritérií (dále jen „**podkritéria**“) dílčího hodnotícího kritéria D, ze kterých dle Úřadu není zřejmý způsob hodnocení nabídek. Uvedená podkritéria posoudil i ve vztahu k bodu 6.4 koncesní dokumentace, na který poukazoval zadavatel, avšak konstatoval, že ani ve spojení s tímto bodem není zjevný způsob hodnocení nabídek. Posoudil i podkritéria ve vztahu k zadavatelem uvedenému prvnímu podkritériu dílčího kritéria hodnocení D, přičemž na základě gramatického výkladu dospěl k závěru, že způsob hodnocení v něm uvedený se vztahuje pouze k tomuto úvodnímu podkritériu a vypořádal i další argumentaci zadavatele.
9. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 20. 12. 2017.

III. Námitky rozkladu

10. Proti napadenému rozhodnutí podal zadavatel dne 4. 1. 2018 rozklad. V rámci včas podaného rozkladu, který směřoval do všech výroků napadeného rozhodnutí, uplatnil dále uvedené námitky.
11. Zadavatel namítl nesprávné právní posouzení věci. Úřad měl dle zadavatele dílčí hodnotící kritérium D, jakož i jeho podkritéria posuzovat ve spojení s bodem 6.4 koncesní dokumentace, který dle jeho názoru jednoznačně stanoví preference zadavatele, resp. způsob hodnocení, neboť stanoví, že potřebou zadavatele je co nejlepší zabezpečení kvality a výkonu předmětu koncese a současně maximalizace komfortu obsluhy žadatelů. Podle zadavatele se tak nejedná o dosažení poměru mezi těmito hodnotami, ale o dosažení maximy obojích. V souladu s unijním právem má pak zadavatel možnost přizpůsobit metodu hodnocení, kterou bude používat.
12. Zadavatel dále poukázal na nekonzistentnost odůvodnění v bodu 65 napadeného rozhodnutí, kde Úřad nejprve uvedl, že zadavatel nikde nedefinuje jaký je mechanismus priorit mezi v bodě 6.4 koncesní dokumentace uvedenými faktory (tj. nejlepším zabezpečením kvality výkonu předmětu koncese a maximalizací komfortu obsluhy žadatelů)

a poté v témže bodě dospěl k závěru, že definice v bodu 6.4 je vágní a nicneříkající. Dále zadavatel poukázal na bod 66 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad uvedl, že ze znění 6.4 koncesní dokumentace jednoznačně nevyplývá, zda se u maximalizace komfortu obsluhy jedná o komfort obsluhy žadatelů nebo samotné obsluhy, ač z přesného znění je dle zadavatele jednoznačné, že se jedná o maximalizaci komfortu obsluhy žadatelů.

13. Zadavatel dále poukazuje na to, že hodnocení nabídek se dotýká i bod 6.2 až 6.6 koncesní dokumentace a dále že bod 6.4 koncesní dokumentace se týká i dílčího kritéria hodnocení C.
14. Zadavatel připomíná, že je třeba rozlišovat mezi kritérii a podkritérii s ohledem na unijní právo. Nesouhlasí proto s body 77 až 80 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad vypořádával argumentaci zadavatele poukazující na aplikaci unijního práva, a akcentuje povinnost vykládat předpisy eurokonformně. Úřad proto nemůže transpoziční ustanovení vykládat způsobem stavějícím zadavatele do méně výhodného postavení z hlediska cílů směrnice. Dle zadavatele z unijních předpisů [zejm. čl. 41 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí (dále jen „**směrnice 2014/23/EU**“) a čl. 67 směrnice Evropského Parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „**směrnice 2014/24/EU**“)] nevyplývá povinnost stanovit metodu vyhodnocení nabídek v jednotlivých kritériích, jak stanoví § 115 odst. 1 zákona, natož pak podkritérií. Soudní dvůr Evropské unie (dále jen „**SDEU**“) v rozsudku ve věci C-6/15 *TNS Dimarso NV* (dále jen „**rozsudek Dimarso**“) k tomu uvedl, že směrnice nestanoví, že by byl veřejný zadavatel povinen informovat potenciální uchazeče v oznámení o zakázce nebo zadávací dokumentaci o metodě hodnocení, kterou použije při posouzení a konkrétním seřazení nabídek na základě kritérií pro zadání zakázky a jejich poměrné váhy, které byly předem uvedeny v dokumentaci veřejné zakázky. Zadavatel dále poukazuje na to, že SDEU v uvedeném rozsudku dokonce připustil, že veřejný zadavatel může po uplynutí lhůty k podání nabídek stanovit koeficienty poměrné váhy podkritérií. Zadavatel k tomu dodává, že i samotný § 115 odst. 1 písm. b) zákona týkající se metody hodnocení kritérií slouží k provedení čl. 67 odst. 5 směrnice 2014/24/EU, dle kterého zadavatel upřesní v zadávací dokumentaci poměrnou váhu, kterou přiřadí každému z kritérií zvolených pro stanovení ekonomicky výhodnější nabídky. Zadavatel zdůrazňuje, že ani ze směrnice 2014/24/EU, ani z rozsudku *Dimarso*, nevyplývá povinnost podrobnějšího vymezení podkritérií a jejich hodnocení. Zadavatel je tedy povinen stanovit pravidla pro hodnocení nabídek, která zahrnují metodu vyhodnocení nabídek v jednotlivých kritériích, nikoliv však již v podkritériích vymezujících tato kritéria, jak chybně zastává Úřad.
15. Dle zadavatele ho Úřadem provedený výklad staví do méně výhodného postavení, než mají veřejní zadavatelé v ostatních členských státech a upírá mu volnost přiznanou unijním právem. Uvedenou volnost přitom nelze zadavateli upřít s odkazem na nedodržení zásady transparentnosti, neboť i závěry SDEU byly přijaty s přihlédnutím k zásadám zadávacího řízení. Zadavatel přitom připomíná, že metoda hodnocení nabídek je stanovena v bodu 6.4 koncesní dokumentace a poukazuje i na souvislost mezi prvním podkritériem dílčího kritéria hodnocení D a ostatními dílčími podkritérii dílčího kritéria hodnocení. Závěrem dodává, že i pokud by metoda hodnocení nabídek nebyla u jednotlivých podkritérií vůbec stanovena, nejedná se dle něj v souladu s eurokonformním výkladem § 115 odst. 1 písm. b) zákona o pochybení přičitatelné zadavateli.

16. Vzhledem k tomu, že je zadavatel přesvědčen o zákonnosti svého postupu a výroky II., III. a IV. napadeného rozhodnutí navazují na dle něj nezákonný výrok I. napadeného rozhodnutí, považuje za bezpředmětné rozporovat blíže argumentaci Úřadu k těmto výrokům.

Závěr rozkladu

17. Vzhledem k uvedeným skutečnostem zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

18. 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

19. 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.
20. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V následující části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech uvedeny důvody, proč jsem napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.

V. K námitkám rozkladu

21. Zadavatel je přesvědčen o zákonnosti svého postupu při stanovení hodnotících kritérií v rámci koncesního řízení na veřejnou zakázku a namítá nesprávné právní posouzení věci provedené Úřadem v napadeném rozhodnutí.
22. Dle § 183 odst. 1 zákona je zadavatel povinen uvést kritéria hodnocení v oznámení o zahájení zadávacího řízení nebo ve výzvě k podání nabídek. Ustanovení § 114 až 118 zákona se použijí obdobně. Zadavatel může vždy postupovat podle § 115 odst. 2 zákona. Jako kritéria kvality zadavatel může stanovit i jiná kritéria než jsou uvedena v § 116 zákona, pokud jsou založena na objektivních skutečnostech vztahujících se k osobě dodavatele nebo k předmětu koncese. Pro postup při hodnocení nabídek se použije § 119 zákona obdobně.
23. Zadavatel je dále oprávněn vždy postupovat podle § 115 odst. 2 zákona, tedy je vždy oprávněn, i bez naplnění objektivních důvodů, na základě kterých není schopen stanovit váhu či jiný matematický vztah mezi jednotlivými kritérii hodnocení, uvést kritéria pro udělení koncese sestupně podle důležitosti.

24. V případě kritérií kvality může stanovit i jiná kritéria než uvedená v § 116 zákona, i zde ovšem platí § 183 odst. 3 zákona, že kritéria kvality musí být vymezena tak, aby podle nich nabídky mohly být porovnatelné a naplnění kritérií ověřitelné.
25. Současně nelze odhlížet ani od základních zásad zadávacího řízení ovládajících celý průběh zadávacího, resp. koncesního řízení, zde pak zejm. od zásady transparentnosti a rovného zacházení. V souvislosti se zásadou transparentnosti Nejvyšší správní soud již ve svých rozhodnutích ze dne 12. 5. 2008, čj. 5 Afs 131/2007 - 131, a ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, vyslovil závěry, že zásada transparentnosti je porušena tehdy, pokud jsou v zadavatelském postupu sledovány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Obdobně v rozsudku ze dne 25. 3. 2009, čj. 2 Afs 86/2008 - 222, Nejvyšší správní soud uvedl, že *„zadávací dokumentace musí být jednoznačná, jelikož musí být zcela patrná, 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 a aby bylo následně zřetelně přezkoumatelné, zda zadavatel hodnotil nabídky tak, jak předeslal v zadávacích podmínkách.“*
26. Zadavatel tedy musí dbát na vymezení kritérií hodnocení tak, aby obsah těchto kritérií byl přiměřený charakteru veřejné zakázky a umožňoval následné přehledné a jednoznačné hodnocení nabídek. Uvedené ostatně vyplývá i z § 36 odst. 3 zákona, který zadavateli ukládá povinnost zadávací podmínky (mezi které patří mimo jiné i kritéria hodnocení) stanovit a poskytnout dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel přitom nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele. Je proto na zadavateli stanovit přesné a konkrétní informace o tom, podle jakých konkrétních kritérií a jakým způsobem bude jednotlivé obdržené nabídky hodnotit.
27. Úřad tak správně s odkazem na judikaturu národních soudů zdůrazňuje povinnost zadavatele stanovit i podkritéria dílčího kritéria hodnocení jasně a srozumitelně, tak, aby nevzbuzovala pochybnosti o způsobu hodnocení nabídek. Tedy způsobem umožňujícím jednoznačně určit, která nabídka bude lépe hodnocena, a který zamezuje následnému svévolnému hodnocení nabídek zadavatelem. Takovýto postup zadavatele však Úřad neshledal.
28. Dle zadavatele měl Úřad dílčí hodnotící kritérium D, jakož i jeho podkritéria posuzovat ve spojení s bodem 6.4 koncesní dokumentace. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí (konkrétně bod 63 a násl.) vyplývá, že Úřad k tomuto posouzení přistoupil, přičemž dospěl k závěru, že ani z uvedeného nevyplývá mechanismus priorit zadavatele a že ve spojení s některými kritérii je možné dojít až k absurdním závěrům.
29. Posoudím-li vymezení způsobu hodnocení tak, jak jej uvádí zadavatel, tj. ve spojení s bodem 6.4 koncesní dokumentace, pak mi nezbývá než přiklonit se k závěrům obsaženým v napadeném rozhodnutí. Obsah bodu 6.4 koncesní dokumentace, kdy hodnotící komise má *„posuzovat míru naplnění definovaných potřeb s ohledem na předmět plnění koncese ze strany dodavatele. Potřebou zadavatele je co nejlepší zabezpečení kvality a výkonu předmětu koncese se současnou maximalizací komfortu obsluhy žadatelů“* nelze pokládat

za určitý, jednoznačný a průhledně definovaný. Jak správně Úřad uvedl, absentuje zde mechanismus, který by definoval postup při hodnocení podkritérií, kdy není zřejmý vztah mezi kvalitou a komfortem, resp. v jakém poměru bude kladen důraz na kvalitu a v jakém na komfort, u některých podkritérií přitom takové posouzení ani nedává smysl, jak správně uvádí Úřad v bodu 65 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Rovněž je třeba přisvědčit závěru Úřadu v bodu 66 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že není zřejmé ani o jaký komfort se jedná, zda je pro zadavatele důležitější komfort samotné obsluhy nebo komfort žadatelů, uvedené vyplývá z jazykového systematického i logického výkladu.

30. Pokud zadavatel namítá nekonzistentnost bodu 65 odůvodnění napadeného rozhodnutí, pak tuto jsem neshledal. Úřad v úvodu bodu 65 odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatuje, že *„zadavatel nikde nedefinuje, jaký je mechanismus priorit mezi v bodě 6.4 koncesní dokumentace uvedenými faktory, resp. potřebami zadavatele (tj. mezi nejlepším zabezpečením kvality a maximalizací komfortu obsluhy). Tedy neexistuje mechanismus, který by říkal, který poměr kvality/komfortu je pro zadavatele lepší.“* Jinými slovy řečeno, v koncesní dokumentaci chybí informace o vztahu mezi kvalitou a komfortem. Potenciálním dodavatelům ze zadavatelova požadavku nemůže být zřejmé, co bude u daných podkritérií hodnoceno lépe – dosáhne více bodů nabídka zabezpečující lepší komfort v daném podkritériu hodnocení nebo to bude nabídka dosahující v tomtéž podkritériu lepší kvality avšak „pokulhávající“ v komfortu oproti jiné nabídce? K tomu Úřad pro ilustraci uvádí i příklady v uvedeném bodu odůvodnění napadeného rozhodnutí. Z uvedeného tedy vyplývá, že vztah těchto „veličin“ (komfortu/kvality) nikde stanoven není – tedy závěr, že *„zadavatel nikde nedefinuje, jaký je mechanismus priorit mezi v bodě 6.4 koncesní dokumentace uvedenými faktory ...“* je správný.
31. Za pomoci příkladu spojení bodu 6.4 a posledního z podkritérií dílčího kritéria a hodnocení D Úřad v napadeném rozhodnutí poukazuje i na vágnost pojmů komfort a kvalita, kdy ani ve spojení s posledním podkritériem dílčího kritéria hodnocení D nelze určit, co je pro zadavatele myšleno komfortem/kvalitou daného požadavku. Komfort a kvalita tedy spadají pod vágní pojmy, neboť mohou být jednotlivými subjekty vnímány rozdílným způsobem, k osvětlení přitom nepomáhá ani spojení bodu 6.4 koncesní dokumentace s některým z posledních čtyř podkritérií dílčího kritéria hodnocení D. Proto závěr Úřadu, že *„definice uvedená v bodě 6.4 koncesní dokumentace je vágní a nic neříkající, na základě které nejde nabídky uchazečů hodnotit a v souvislosti s některými podkritérii dílčího kritéria hodnocení D. lze na jejím základě dojít až k nesmyslným závěrům“* je správný a odůvodněný.
32. K předchozím odstavcům dále dodávám, že má-li hodnotící komise přistoupit k hodnocení jednotlivých podkritérií z hlediska komfortu a kvality, kdy tyto pojmy nelze pro účely hodnocení jednoduše číselně vyjádřit (tak jako např. cena či doba dodání apod.), pak je povinností zadavatele, aby to, co vnímá pod těmito pojmy jasně a srozumitelně vymezil v zadávací dokumentaci a určil v ní metodu hodnocení (srov. k tomu např. rozsudek Krajského soud v Brně ze dne 9. 5. 2013, č. j. 62 Af 36/2012–104: *„(...) Má-li však hodnocení probíhat na základě natolik subjektivních hodnotících postupů, že má hodnotící komise odpovídat na otázku typu „atraktivitu“, „zajímavosti“ či „líbivosti“, pak musí být logicky vyšší požadavky kladeny jak na jasnost, srozumitelnost a dostatečnost pravidel samotného hodnocení, které by v zásadě měly vykazovat prvky zpětně jasně přezkoumatelného algoritmu otázek, jejichž řešení bude úkolem hodnotící komise, tak na jednoznačnost*

a přesnost požadavků, jež je třeba v rámci vlastní navazující invence dodavatelů vždy třeba dodržet (aby mohla být nabídka hodnocena příznivě).“ Jedině jasným a srozumitelným vymezením pojmů a určením metody hodnocení totiž zadavatel jednoznačně zaručí, že všechny nabídky budou v rámci takto stanoveného kritéria jednoznačně porovnatelné. Např. u podkritérií uvedených pod bodem C, kde třeba u prvního podkritéria dílčího kritéria hodnocení zadavatel uvedl, že „(...) lépe bude hodnocena ta nabídka, která nabídne vyšší komfort pro čekatelé o víza, tedy větší prostor, více míst k sezení, (...)“. Uvedl tedy, co je pro něj pod daným pojmem podstatné a co bude vnímat jako lepší. Všichni potenciální dodavatelé si tak byli schopni utvořit představu o tom, co a jak bude v rámci hodnocení nabídek podaných do veřejné zakázky u tohoto prvního podkritéria dílčího kritéria hodnocení C hodnoceno. To se však nedá konstatovat u čtyř posledních podkritérií dílčího kritéria hodnocení D:

- *Mimo míry naplnění požadavků uvedených v předchozím odstavci bude předmětem hodnocení i míra naplnění požadavků na pravidelné školení a vzdělávání zaměstnanců, systém kontroly a systém řízení v rámci každého Vízového centra i v rámci organizace Koncesionáře.*
- *Konzulát oznamuje Koncesionáři v případě změny informace o nových prvcích vízového řízení (změny v seznamu podpurných dokumentů, výběru poplatků apod.). Koncesionář je povinen zajistit proškolení pracovníků při každé změně vízového procesu ve Vízovém centru před účinností každé změny.*
- *Koncesionář je povinen prostřednictvím vedoucích zaměstnanců provádět průběžné kontroly zpracování žádostí přímo na pracovišti (namátkové kontroly zpracování žádostí, kontroly pracovníků v průběhu celého procesu). Pro zabránění chybovosti při zpracování žádosti dochází v rámci Vízového centra k rotaci pracovníků na jednotlivých pracovištích (přijímání žádosti, vydávání dokladů žadatelům, práce na informační lince, elektronizace žádosti v „back office“ apod.).*
- *Všechna plánovaná opatření musejí být v nabídce účastníka zpracována v rámci organizační struktury Vízového centra s jednoznačným rozdělením odpovědnosti za jednotlivé části procesu zpracování žádostí.*

33. Z uvedených podkritérií dílčího kritéria hodnocení D ani ve spojení se zadavatelem zmiňovaným bodem 6.4 koncesní dokumentace, ale ani ve spojení s jinými body koncesní dokumentace si nejsou dodavatelé schopni utvořit jasnou a konkrétní představu o tom, jaká nabídka bude v rámci hodnocení nabídek u těchto podkritérií dílčího kritéria hodnocení D lépe hodnocena. Jedině jasným a srozumitelným nastavení kritérií nevzbuzujících pochybnost o způsobu hodnocení nabídek, je však zadavatel schopen dostát zákonem stanoveným požadavkům, zejm. pak zásadě transparentnosti a porovnatelnosti nabídek stanovené v § 116 odst. 3 zákona. Pokud tedy Úřad v bodu 67 odůvodnění napadeného rozhodnutí dospěl k závěru, že čtyři poslední podkritéria dílčího kritéria hodnocení D nebyla stanovena způsobem umožňujícím jednoznačně určit, jaká nabídka bude lépe hodnocena, a který tak současně zamezuje následné svévoli zadavatele při hodnocení nabídek, pak mi nezbývá než konstatovat, že jde o závěr správný a vyslovený v souladu se zákonem.

34. Zadavatel dále uvádí, že hodnocení nabídek se dotýkají i body 6.2 až 6.6 koncesní dokumentace a dále že bod 6.4 koncesní dokumentace se týká i dílčího kritéria hodnocení C.

K uvedenému sděluji, že body 6.2 až 6.6 koncesní dokumentace nevnášejí do vágnosti definice uvedené v bodu 6.4 koncesní dokumentace žádné bližší osvětlení, když se obecně týkají rozdělení bodových hodnot podle úspěšnosti nabídky, aniž by blíže specifikovaly samotný požadavek na kvalitu a komfort obsažený v bodu 6.4 koncesní dokumentace. Ani ve spojení s uvedenými body koncesní dokumentace nelze jednoznačně určit, jaká nabídka bude lépe hodnocena.

35. K argumentu zadavatele, že bod 6.4 koncesní dokumentace se týká i podkritérií dílčího kritéria hodnocení C uvedeného v koncesní dokumentaci sděluji, že měl-li tento argument směřovat k podpůrné argumentaci, že ve spojení s podkritérii dílčího kritéria hodnocení C není definice 6.4 koncesní dokumentace vágní, pak je třeba tuto definici zkoumat ve vtahu s jednotlivými podkritérii, kdy v případě dílčího kritéria hodnocení C obsahují jednotlivá podkritéria podstatně bližší popis požadavků a priorit zadavatele. Jak už totiž bylo naznačeno na příkladu v odstavci 32 odůvodnění tohoto rozhodnutí, podkritéria dílčího kritéria hodnocení C obsahují vymezení a rovněž tak i metodu hodnocení, což umožňuje potenciálním dodavatelům utvořit si představu, jak budou nabídky hodnoceny, což v případě druhého až čtvrtého podkritéria dílčího kritéria hodnocení D absentuje. Nadto je však třeba upozornit i na tu skutečnost, že posouzení podkritérií dílčího kritéria hodnocení C není předmětem tohoto správního řízení, jehož rámec je stanoven mantinely oznámení o zahájení správního řízení ze dne 2. 11. 2017, proto mi nepřísluší ani jejich bližší hodnocení, avšak vzhledem k argumentu zadavatele jsem se k nim vyjádřil alespoň takto okrajově.
36. Další námitka zadavatele směřovala do rozporu závěrů napadeného rozhodnutí s eurokonformním výkladem práva. Jak poukazuje zadavatel, otázkou evropských směrnic se zabýval již Úřad v bodech 77 až 80 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad prvně obecně poukázal na to, že se jedná o sekundární normativní právní akty Evropské unie, které bylo třeba transponovat do českého právního řádu. Členské státy tak transponují směrnici do svého právního řádu zvolenou metodou a prostředky, přičemž sledovaný unijní cíl musí být zachován. Směrnice totiž neobsahují ve všech směrech konkrétní právní úpravu zadávacího řízení, ale pouze určitý rámec (soubor pravidel), jehož standardy je třeba respektovat. Členské státy jsou tedy povinny provést směrnici a dosáhnout žádaného výsledku, avšak disponují určitou volností ve výběru prostředků a metod, které k implementaci směrnice použijí. Úřad rovněž v bodu 79 podrobně rozvedl, jak byla transpozice pro nyní posuzovaný případ stěžejního článku 67 odst. 4 směrnice 2014/24/EU provedena, přičemž uvedl i konkrétní ustanovení zákona (§ 116 odst. 3 a § 115 odst. 1 písm. b) zákona), ve kterých je provedena. Z jejich znění pak jednoznačně vyplývá, že byly naplněny požadavky čl. 67 odst. 4 směrnice.
37. Pokud zadavatel poukazuje na to, že z unijních předpisů nevyplývá požadavek na povinnost stanovit metodu vyhodnocení nabídek v jednotlivých kritériích, jak stanoví § 115 odst. 1 zákona, natož pak podkritérií, pak k tomu uvádím, jak bylo předestřeno shora, směrnice 2014/24/EU v čl. 67 odst. 4 stanovila mj. tyto požadavky „*Kritéria pro zadání veřejné zakázky nesmějí ponechávat veřejnému zadavateli neomezenou volnost výběru. Musí zajistit možnost účinné hospodářské soutěže a být doplněna specifikacemi, které umožňují účinné ověření informací poskytovaných uchazeči, aby bylo možno posoudit, jakou měrou nabídky splňují kritéria pro zadání ...*“ pokud tedy český zákonodárce stanovil povinnost uvést pravidla pro hodnocení nabídek zahrnující metodu vyhodnocení v jednotlivých kritériích v zadávací

dokumentaci, pak uvedeným požadavkům směrnice dostál. Unijního cíle tak bylo dosaženo, prostředek byl pak v gesci českého zákonodárce.

38. Zadavatel dále poukazuje na rozsudek *Dimarso* a namítá, že SDEU v uvedeném rozsudku dokonce připustil, že veřejný zadavatel může po uplynutí lhůty k podání nabídek stanovit koeficienty poměrné váhy podkritérií. Zadavateli však v daném případě není vytýkáno nestanovení koeficientů poměrné váhy podkritérií, ale to, že v rozporu se zásadou transparentnosti a § 183 odst. 1 zákona ve spojení s § 116 odst. 3 zákona nevymezil dílčí kritérium hodnocení D. tak, aby podle něj nabídky mohly být porovnatelné a naplnění tohoto kritéria ověřitelné, když stanovil podkritéria dílčího kritéria hodnocení D. uvedená pod druhou až pátou odrážkou a rovněž způsob hodnocení výše uvedených podkritérií stanovený v bodě 6.4 koncesní dokumentace takovým způsobem, který znemožňuje jednoznačně určit, **jaká** nabídka bude lépe hodnocena, a který tudíž zároveň nezamezuje následné svévůli zadavatele při hodnocení nabídek. Zjednodušeně řečeno není mu vytýkáno „jak“ bude nabídka hodnocena, ale to že není zřejmé vymezení jeho představa o tom „jaká“ nabídka bude hodnocena lépe. Tedy nikoliv určení výpočtu, ale vysvětlení, toho co bude hodnoceno lépe, tak aby si dodavatelé mohli utvořit jasnou a srozumitelnou představu o hodnocení nabídek, resp. preferencích zadavatele, aby věděli, co vlastně mají nabídnout, pokud zadavatel např. sdělí, že např. preferuje komfort/kvalitu, pak je třeba uvést, v čem takový komfort/kvalita pro něj spočívá, co tedy zrovna pro něj bude hodnoceno jako více komfortní/kvalitní (srov. k tomu např. příklad uvedený v bodu 32 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
39. Předmětem rozsudku *Dimarso*, je otázka nastavení koeficientů, kdy SDEU připustil, že *„veřejný zadavatel může po uplynutí lhůty k podávání nabídek stanovit koeficienty poměrné váhy podkritérií, která v podstatě odpovídají kritériím, s nimiž byli uchazeči předem seznámeni, jsou-li splněny tři podmínky: toto stanovení ex post zaprvé nemění kritéria pro zadání zakázky vymezená v zadávací dokumentaci nebo v oznámení o zakázce, zadruhé neobsahuje prvky, které by – pokud by byly známy při sestavování nabídek – mohly toto sestavování ovlivnit, a zatřetí k němu nedošlo s přihlédnutím ke skutečnostem, jež by mohly mít na některého uchazeče diskriminační dopad (viz rozsudek ze dne 21. července 2011, Evropaïki Dynamiki v. EMSA, C-252/10 P, nezveřejněný, EU:C:2011:512, bod 33 a citovaná judikatura).“*
40. Jak již bylo dovozeno výše nestanovení koeficientů podkritérií však není zadavateli vytýkáno, v tomto je tedy rozsudek *Dimarso* na věc neaplikovatelný.
41. V rozsudku *Dimarso* jsou ale uvedena i východiska, která vedla k citovanému závěru rozsudku. Ta jsou na věc aplikovatelná, neboť se mj. týkají dodržení zásady transparentnosti. I v rozsudku *Dimarso*, je tak uvedeno, že *„předmět a kritéria pro zadání veřejných zakázek musí být jasně určeny již na začátku postupu směřujícího k jejímu zadání (rozsudek ze dne 10. května 2012, Komise v. Nizozemsko, C-368/10, EU:C:2012:284, bod 56) a že veřejný zadavatel nemůže u kritérií pro zadání zakázky uplatnit podkritéria, se kterými uchazeče předem neseznámil (rozsudek ze dne 21. července 2011, Evropaïki Dynamiki v. EMSA, C-252/10 P, nezveřejněný, EU:C:2011:512, bod 31). Veřejný zadavatel rovněž musí vykládat kritéria pro zadání zakázky stejně po celou dobu řízení (rozsudek ze dne 18. října 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, bod 43 a citovaná judikatura).“*

42. Jinými slovy z uvedeného vyplývá, že musí být dodavatelům jasné a srozumitelné, co bude předmětem hodnocení a co bude hodnoceno lépe.
43. Pokud tedy byť i podkritéria dílčího hodnotícího kritéria nebyla vymezena jednoznačně, kdy u nich absentovalo jakékoliv uvedení preferencí, a potenciální dodavatelé se tak mohli pouze dohadovat, co je pro zadavatele podstatné, pak nelze v daném případě hovořit o tom, že by byla splněna podmínka zamezení svévoli zadavatele při hodnocení nabídek. V tomto směru už pouze připomínám závěry z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 3. 2009, č. j. 2 Afs 86/2008-222, citované i Úřadem v rámci napadeného rozhodnutí a konstantně zastávané rozhodovací praxí: *„Nemůže tedy obstát taková zadávací dokumentace, z níž požadavky na zpracování nabídky a následně hodnotící kritéria nejsou zcela srozumitelná a jednoznačná, tj. pokud objektivně připouštějí rozdílný výklad a vzniká tak interpretační nejistota.“* Pro úplnost i na tomto místě dodávám, že zadavateli není vytýkáno porušení § 115 odst. 1 písm. b) zákona, na které se snaží i v závěru svého rozkladu s odkazem na uvedený rozsudek SDEU poukazovat, ale § 116 odst. 3 ve spojení s § 6 zákona.
44. Pouze obecně k tomu dále doplňuji, že v nyní posuzovaném případě se jedná o koncesní řízení, koncesím se přitom věnuje právě směrnice 2014/23/EU, kde je mimo jiné v čl. (8) úvodních ustanovení směrnice uvedeno *„[v] případě koncesí, které dosahují určité hodnoty nebo ji překračují, je vhodné zajistit při jejich udělování minimální koordinaci vnitrostátních postupů na základě zásad Smlouvy o fungování EU, aby bylo zaručeno otevření koncesí hospodářské soutěži a přiměřená právní jistota. Tato ustanovení o koordinaci by neměla přesahovat rámec toho, co je nezbytné k dosažení výše uvedených cílů a k zajištění určité míry flexibility. Členské státy by však měly mít možnost tato ustanovení doplnit a dále rozvíjet, považují-li to za vhodné, zejména k lepšímu zajištění dodržování výše uvedených zásad.“* Tedy je možné obecně shrnout, že zákon může stanovit i přísnější pravidla k dosažení kýženého výsledku směrnice.
45. Pokud jde o poslední zadavatelovu námitku, že jej Úřadem provedený výklad staví do méně výhodného postavení, než mají veřejní zadavatelé v ostatních členských státech a upírá mu volnost přiznanou unijním právem. Pak ani s touto námitkou se vzhledem k výše uvedenému nemohu ztotožnit. Navíc je třeba poznamenat, že rovné zacházení v zadávacím řízení je stanoveno v rámci zadávání veřejné zakázky jako takové, tedy jedná se o rovné postavení potenciálních dodavatelů. To, na co míří zadavatel, tedy k totožné právní úpravě pro všechny zadavatele v rámci Evropské unie při zadávání veřejných zakázek, není předpisy Evropské unie stanoveno a vedlo by to k absurdním závěrům a popření významu sekundárních právních aktů Evropské unie, k nimž se řadí právě směrnice Evropské unie, neboť by ve své podstatě znamenalo přímý účinek směrnic. Takovým účinkem však směrnice nedisponují, ten přísluší zejm. nařízením Evropské unie. Ani tuto námitku zadavatele tedy nelze přijmout jako důvodnou.
46. Dalších námitek zadavatel nevznesl. Závěrem proto shrnuji, že jsem ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí ve všech jeho výrocích a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když jsem shledal napadené rozhodnutí 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 a zda toto porušení bylo způsobitelné ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí

řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly splněny podmínky pro uložení nápravného opatření, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.

VI. Závěr

47. 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 důvodu uváděných v rozkladu.
48. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Česká republika – Ministerstvo zahraničních věcí, Loretánské náměstí 101/5, 118 00 Praha 1, Hradčany

Vypraveno dne:

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