



UOHSX00COVQR

## PŘESEDÁ ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0122/2019/VZ-26282/2019/322/HSc

Brno 25. září 2019

V řízení o rozkladu ze dne 4. 7. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 17. 5. 2019 JUDr. Janem Nemanským, advokátem, ev. č. ČAK 10599, IČO 71334271, Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o., IČO 28505913, se sídlem Těšnov 1059/1, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0195/2019/VZ-17201/2019/531/MKi ze dne 19. 6. 2019 vydanému ve správním řízení zahájeném dne 10. 5. 2019 na návrh navrhovatele -

- **Kapsch Telematic Services spol. s r.o.**, IČO 27371531, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 16. 5. 2019 Ing. Pavlem Pazourkem, zaměstnancem,

z téhož dne ve věci přezkoumání úkonů výše označeného zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Služby supervizora Systému elektronického mýtného**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 3. 2019 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 25. 3. 2019, pod ev. č. Z2019-009355, ve znění oprav uveřejněných dne 29. 4. 2019 a dne 6. 5. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 060-139170, ve znění oprav uveřejněných dne 29. 4. 2019 pod ev. č. 2019/S 083-197840, dne 30. 4. 2019 pod ev. č. 2019/S 084-202029 a dne 7. 5. 2019 pod ev. č. 2019/S 088-211857,

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

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0195/2019/VZ-17201/2019/531/MKi ze dne 19. 6. 2019 podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona

**ruším**

a věc

**vracím**

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

II.

Nařizuji z moci úřední podle § 61 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, toto

**předběžné opatření:**

Zadavateli – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – **se ukládá zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku s názvem „Služby supervizora Systému elektronického mytého“**, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 3. 2019 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 25. 3. 2019, pod ev. č. Z2019-009355, ve znění oprav uveřejněných dne 29. 4. 2019 a dne 6. 5. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 060-139170, ve znění oprav uveřejněných dne 29. 4. 2019 pod ev. č. 2019/S 083-197840, dne 30. 4. 2019 pod ev. č. 2019/S 084-202029 a dne 7. 5. 2019 pod ev. č. 2019/S 088-211857.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem, obdržel dne 10. 5. 2019 návrh navrhovatele – Kapsch Telematic Services spol. s r.o., IČO 27371531, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 16. 5. 2019 Ing. Pavlem Pazourkem, zaměstnancem (dále jen „**navrhovatel**“) –

---

<sup>1</sup> Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 56 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 17. 5. 2019 JUDr. Janem Nemanským, advokátem, ev. č. ČAK 10599, IČO 71334271, Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o., IČO 28505913, se sídlem Těšnov 1059/1, 110 00 Praha 1 (dále jen „**zadavatel**“) při zadávání veřejné zakázky „Služby supervizora Systému elektronického mýtného“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 3. 2019 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 25. 3. 2019, pod ev. č. Z2019-009355, ve znění oprav uveřejněných dne 29. 4. 2019 a dne 6. 5. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 060-139170, ve znění oprav uveřejněných dne 29. 4. 2019 pod ev. č. 2019/S 083-197840, dne 30. 4. 2019 pod ev. č. 2019/S 084-202029 a dne 7. 5. 2019 pod ev. č. 2019/S 088-211857 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Dne 10. 5. 2019, kdy Úřad obdržel návrh, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0195/2019/VZ.

## II. **Napadené rozhodnutí**

3. Dne 19. 6. 2019 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0195/2019/VZ-17201/2019/531/MKi (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl ve výroku I tak, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 36 odst. 1 zákona, když zadávací podmínku spočívající v pravidlu pro hodnocení nabídek týkající se metody vyhodnocení nabídek v dílčím kritériu hodnocení „Kvalita a zkušenosti osob, které se budou přímo podílet na plnění veřejné zakázky“, stanovené v čl. 8. „Hodnocení nabídek“ zadávací dokumentace, nestanovil tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo nezaručovala konkurenční výhodu, přičemž tímto postupem stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem.
4. Výrokem II napadeného rozhodnutí bylo uloženo zadavateli opatření k nápravě nezákonného postupu ve formě zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, výrokem III napadeného rozhodnutí byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem.
5. Výrokem IV byla zadavateli uložena povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
6. Z odůvodnění se podává, že zadavatel nastavil hodnocení nabídek tak, že 25 % váhu přiznal kritériu „Kvalifikace a zkušenosti osob, které se budou přímo podílet na plnění veřejné zakázky“. Pro porovnání splnění tohoto dílčího hodnotícího kritéria stanovil zadavatel bodové hodnocení členů týmu v závislosti na míře relevance a délce relevantní odborné praxe mimo jiné tak, že 5 bodů v případě vedoucích pozic a 3 body v případě odborných poradců byly přiděleny za každý dokončený rok zkušeností získaných při realizaci každé zakázky, jejímž předmětem byly průběžně poskytované služby kontroly a vyhodnocení kvalitativních a kvantitativních ukazatelů provozu otevřeného mýtného systému, a 2 body v případě vedoucích pozic a 1 bod v případě odborných poradců byly přiděleny za každý dokončený rok zkušeností získaných při realizaci každé zakázky, jejímž předmětem bylo řízení provozu otevřeného mýtného systému. V případě funkce zástupce vedoucího týmu –

manažer a koordinátor měření mělo pak být přiděleno 5 bodů za každý dokončený rok zkušeností získaných při realizaci každé zakázky, jejímž předmětem byl průběžný sběr dat o provozu vozidel na pozemních komunikacích, spojený s identifikací vozidel a jejich klasifikací, určováním jejich polohy v čase prostřednictvím optického snímání obrazu vozidel v dopravním proudu za účelem kontroly a vyhodnocení kvalitativních a kvantitativních ukazatelů provozu otevřeného mýtného systému, a to na pozici vedoucího realizačního týmu nebo jeho zástupce a 2 body za každý dokončený rok zkušeností získaných při realizaci každé zakázky, jejímž předmětem byl průběžný sběr dat o provozu vozidel na pozemních komunikacích prostřednictvím optického snímání obrazu vozidel v dopravním proudu za účelem jiným, než je shora uvedeno pod písm. a), a to na pozici vedoucího realizačního týmu nebo jeho zástupce.

7. Navrhovatel brojil proti uvedené metodě bodování dílčího kritéria hodnocení s tím, že vytváří bezdůvodnou výhodu dodavatelům, jejichž členové realizačního týmu disponují zkušenostmi s kontrolou a vyhodnocováním kvalitativních a kvantitativních ukazatelů provozu otevřeného mýtného systému, tj. dodavatelům nadaným zkušenostmi s tzv. externí kontrolou. Navrhovatel namítal, že i dodavatel, jenž disponuje zkušenostmi s řízením provozu otevřeného mýtného systému, tj. zkušenostmi s tzv. interní kontrolou, je schopen předmět plnění šetřené veřejné zakázky řádně realizovat.
8. Úřad předně uzavřel, že není přípustné, aby za výkon činností identického charakteru byl různým dodavatelům přidělován bezdůvodně nižší počet bodů, než jiným. Takový postup, byť zcela nevylučuje účast znevýhodněného dodavatele v zadávacím řízení, má dopad na férovost hodnocení nabídek. Takto nastavené zadávací podmínky se tak dostávají do rozporu se zákonem a Úřad je povinen dle § 263 odst. 3 zákona uložit nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení, a to i v případě, že by vadné zadávací podmínky neměly vliv na výběr dodavatele. Úřad dále konstatoval, že požadavky na předmět plnění stanoví zadavatel na základě svých potřeb s ohledem na poptávané plnění a tyto požadavky musí vždy vycházet z objektivně zdůvodnitelných potřeb zadavatele. Zadávací podmínky tedy mohou poskytovat některým dodavatelům konkurenční výhodu, avšak takový postup musí být ze strany zadavatele logicky a racionálně zdůvodněn.
9. Úřad dále uzavřel, že v posuzovaném případě měl zadavatel lépe hodnotit dodavatele, jehož členové realizačního týmu mají zkušenosti s prováděním externí kontroly provozu mýtného systému oproti dodavateli, jehož členové realizačního týmu mají zkušenosti s prováděním interní kontroly provozu mýtného systému (Úřad současně uzavřel, že interní kontrola je imanentně spjata se samotným provozem mýtného systému). Úřad vytýkal zadavateli, že veškerou argumentaci ke způsobu nastavení hodnotících kritérií směřoval k obhajobě přínosnosti externí kontroly, aniž by osvětlil důvody, pro něž nelze zkušenostem z provozu mýtného systému, v rámci něhož byla vykonávána interní kontrola, přikládat stejnou váhu a jeho důvody označil jako nezpůsobilé vysvětlit bodové rozdíly hodnocení. Svou argumentaci zadavatel dle názoru Úřadu nezaměřil na věcnou náplň činností, které u hodnocených osob bonifikuje a nezážil, že dle názoru Úřadu kvalita osob realizačního týmu závisí na odborných, osobnostních a dalších aspektech těchto osob a nikoliv na tom, za jakým účelem činnost vykonávali. Úřad následně dospěl k závěru, že kontrolní proces v případě interní a externí kontroly probíhá prakticky identickým způsobem a nelze tvrdit, že interní kontrola je méně kvalitní než externí, tím méně lze způsobem provozu kontroly

posuzovat kvalitu osob realizačního týmu dodavatele. Úřad tak dospěl k závěru, že zadavatel dostatečně neodůvodnil jím nastavené bodové hodnocení členů realizačního týmu dodavatele, čímž porušil § 36 odst. 1 zákona, neboť neodůvodněně vytvořil konkurenční výhodu pro určité dodavatele.

### III. Rozklad zadavatele

10. Dne 4. 7. 2019 podal zadavatel proti napadenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 19. 6. 2019. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
11. Zadavatel zásadně nesouhlasí se závěry Úřadu uvedenými v napadeném rozhodnutí, neboť podle něj Úřad svůj právní názor maskuje zdánlivě logickou premisou, že je zadavatel povinen nade vši pochybnost prokázat, že jsou dány takové objektivní důvody, jež budou jednoznačně prokazovat, že je bodové zvýhodnění činnosti spočívající v provádění „externí“ kontroly důvodné. Zadavatel je však názoru, že se Úřad při posuzování věci dopustil četných pochybení, kdy nechal v potaz argumentaci zadavatele jako celek, nýbrž se postupně zabýval samostatně každým jednotlivým argumentem, jenž však velmi často překroutil nebo nepochopil; nesprávně zaměnil zkušenost dodavatele a zkušenost člena realizačního týmu dodavatele, což má podle zadavatele zásadní dopad na výrok I napadeného rozhodnutí; dopustil se zcela zjevného omylu, když v bodě 85. odůvodnění napadeného rozhodnutí vyjádřil myšlenku, že nelze objektivně vyloučit, že člen realizačního týmu, který nemá přímou zkušenost s předmětem plnění veřejné zakázky, nýbrž pouze s jinou bodovanou zkušeností, by se v rámci plnění veřejné zakázky teoreticky mohl ukázat jako kvalitnější, než člen realizačního týmu, který takovou přímou zkušenost má.
12. Zadavatel namítá rovněž, že se Úřad napadeným rozhodnutím odchyluje od své dosavadní rozhodovací praxe, což může mít dopad na právní jistotu řady zadavatelů z pohledu zadávacích řízení, odkazuje na rozpor s rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R197/2014/VZ-00566/2016/323/KKř ze dne 7. 1. 2016 a skutečnost, že obdobnou logikou by mohla být zpochybněna i zákonnost hodnocení počtu zkušeností stejného druhu či délky zkušeností stejného druhu. Poukazuje na skutečnost, že obdobná hodnotící kritéria pracují s určitou mírou pravděpodobnosti, nikoliv jistotou kvality plnění.
13. Zadavatel dále Úřadu vytýká, že napadené rozhodnutí je založeno pouze na jeho názorech a domněnkách, kdy jako příklad zadavatel uvádí např. body 81. a 95. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad dle zadavatele při posuzování věci nechal v úvahu návrhy způsobu plnění veřejné zakázky, jež byli dodavatelé povinni předložit v rámci svých nabídek, z nichž má být seznatelný rozdíl ve zkušenostech klíčových členů realizačního týmu dodavatele, kteří mají přímou zkušenost s předmětem plnění veřejné zakázky, a klíčových členů realizačního týmu dodavatele, kteří mají zkušenost pouze s provozem mýtného systému. Je rovněž rozporováno, že Úřad porovnává vlastní dílčí činnosti měření, kontroly a vyhodnocování a dospívá k názoru, že v souvislosti s bodovým ohodnocením je lhostejno, zda určitá osoba vykonávala sběr dat či jejich kontrolu a vyhodnocení pro dodavatele, jenž provádí supervizi nad činností provozovatele mýtného systému, nebo pro dodavatele, jenž provozuje mýtný systém, s čímž zadavatel v obecné rovině souhlasí, avšak upozorňuje, že hodnotí členy realizačního týmu pouze za jejich zkušenosti na nejvyšších pozicích, nikoliv za zkušenosti na pozicích řadových pracovníků kontroly či sběru příslušných dat.

14. Úřad dále dle zadavatele v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí zcela přehnaným způsobem používá pojmy „externí kontrola“ a „interní kontrola“, ačkoliv v zadávací dokumentaci nejsou tyto pojmy obsaženy, a pomíjí, že zadavatel zakládá své rozlišování „externí“ a „interní“ kontroly nikoliv na zjednodušeném pohledu na to, kým je předmětná kontrola vykonávána, nýbrž na to, jakým způsobem je kontrola prováděna a zejména jak moc nezávisle se tak děje na provozovateli mýtného systému.
15. Napadené rozhodnutí má být opakovaným případem nesprávné rozhodovací praxe Úřadu, neboť Úřad opakovaně zakládá svá rozhodnutí pouze na domnělém porušení zásady zákazu diskriminace, přičemž tuto zásadu vůči zadavatelům vykládá ad hoc zcela nepředvídatelně, různým, resp. stále přísnějším způsobem. Zadavatel je přesvědčen, že Úřad by měl sankcionovat zadavatele pouze za flagrantní provinění proti povinnostem stanovených zákonem, popř. za očividnou a prokázanou diskriminaci některého z dodavatelů, v souvislosti s čímž odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008.
16. V další části rozkladu se pak zadavatel blíže vyjadřuje ke shora popsaným pochybením Úřadu, v souvislosti s nimiž odkazuje na konkrétní body odůvodnění napadeného rozhodnutí, tj. na body 74. až 99. odůvodnění napadeného rozhodnutí.

#### **Závěr rozkladu**

17. Zadavatel je přesvědčen, že napadené rozhodnutí je nezákonné a tudíž nesprávné, a proto navrhuje předsedovi Úřadu, aby jej změnil tak, že návrh navrhovatele zamítne a správní řízení zastaví.

#### **IV. Vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele**

18. Navrhovatel se k rozkladu vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 19. 7. 2019, k rozkladu obecně konstatuje, že ačkoliv je tento velmi obsáhlý, zadavatel v něm pouze z velké části opakuje a parafrázuje svoji argumentaci uvedenou již v rozhodnutí o námítkách a vyjádření k návrhu, aniž by jakkoliv věcně vypořádal skutečnosti, jež navrhovatel uvedl v návrhu, a z nichž Úřad vycházel při odůvodnění napadeného rozhodnutí, popř. hodnotí způsob, jakým Úřad přistoupil k posouzení návrhu navrhovatele, polemizuje nad odborností Úřadu a snaží se navodit dojem, že napadené rozhodnutí je založeno na neodborném přístupu Úřadu, a že bude mít zásadní dopad na jeho rozhodovací praxi.
19. K argumentaci zadavatele týkající se používání pojmů „externí kontrola“ a „interní kontrola“ ze strany Úřadu navrhovatel konstatuje, že se v obou případech, čili v případě „externí“ i „interní“ kontroly, jedná o zcela totožnou činnost, na vlastním příkladu uvádí, že naopak interní kontrola je mnohem složitější a rozsáhlejší.
20. V rámci tvrzené odlišnosti plnění externí a interní kontroly poukazuje sám zadavatel na odlišnost v činnosti týkající se validity sběru dat, dle navrhovatele je však i v rámci validace sběru dat činnost externího a interního kontrolora totožná. Stejně tak pokud zadavatel sám uvádí, že souhlasí s tím, že zkušenosti člena realizačního týmu dodavatele provádějícího interní kontrolu a člena realizačního týmu dodavatele provádějícího externí kontrolu by měly být v případě, kdy mezi jejich činnostmi není odlišnosti, hodnoceny bodově

shodně, neshledává navrhovatel žádný důvod k tomu, aby zadavatel nastavil bodové ohodnocení odstupňovaně, a tedy diskriminačně, jak reálně učinil.

21. Za irelevantní pak navrhovatel považuje argument zadavatele, že navrhovatel měl možnost uspět v zadávacím řízení i v případě, kdy by nedisponoval realizačním týmem s nejlépe bodovanými zkušenostmi, pokud by nabídl lepší podmínky v ostatních kritériích hodnocení. Rozporuje i tvrzení zadavatele týkající se odpovědnosti navrhovatele za to, že v podané nabídce prezentoval své zkušenosti pouze jako provozování mýtného systému, tj. neucházel se o vyšší počet bodů, a kvalitativní znaky jím prováděné kontroly prezentoval až v rámci návrhu, tedy pozdě. Navrhovatel naopak tvrdí, že se proti neodůvodněnému rozdílu v bodovém hodnocení ohrazoval již od počátku.
22. Podle navrhovatele se Úřad napadeným rozhodnutím naopak dosavadní rozhodovací praxe přidržuje a pouze poukazuje na obecně známou skutečnost, tj. že zadavatel nemůže v rámci hodnocení zkušeností členů týmu dodavatele nastavovat v rozporu se zákonem jiné bodové ohodnocení pro totožné činnosti. Závěrem navrhovatel mj. konstatuje, že s ohledem na vše shora popsané nadále trvá na svých tvrzeních uvedených v návrhu a navazující replice k vyjádření zadavatele, a že v rozkladu nespátřuje žádné nové skutečnosti, jež by byly způsobilé odůvodnit postup zadavatele, a pro které by mělo být napadené rozhodnutí zrušeno.

#### **V. Řízení o rozkladu**

23. 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.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

24. 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.
25. Úřad tím, že v napadeném rozhodnutí rozhodl tak, jak je výše uvedeno, rozhodl nesprávně a v rozporu se zákonem, neboť jsem shledal pochybnosti o tom, zda Úřad správně posoudil zadavatelem nastavené zadávací podmínky veřejné zakázky, konkrétně pravidla pro hodnocení nabídek - metody vyhodnocení nabídek v dílčím kritériu hodnocení „Kvalita a zkušenosti osob, které se budou přímo podílet na plnění veřejné zakázky“, stanovené v čl. 8. „Hodnocení nabídek“, a to zejména s ohledem na tvrzené bezdůvodné zaručení konkurenční výhody určitým dodavatelům, tedy zda bylo rozhodnuto v souladu se správným výkladem ustanovení § 36 odst. 1 zákona.
26. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou tedy v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

## **VI. K námitkám rozkladu**

### *Dotčená právní úprava*

27. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
28. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
29. Podle § 36 odst. 1 zákona platí, že zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
30. Podle § 116 odst. 1 zákona platí, že pro hodnocení ekonomické výhodnosti nabídky podle kvality je zadavatel povinen stanovit kritéria, která vyjadřují kvalitativní, environmentální nebo sociální hlediska spojená s předmětem veřejné zakázky.
31. Podle § 116 odst. 2 písm. e) zákona může být kritériem kvality rovněž organizace, kvalifikace nebo zkušenost osob, které se mají přímo podílet na plnění veřejné zakázky v případě, že na úroveň plnění má významný dopad kvalita těchto osob,
32. Podle § 116 odst. 3 platí, že kritéria kvality musí být vymezena tak, aby podle nich nabídky mohly být porovnatelné a naplnění kritérií ověřitelné.

### *Obecné závěry k výkladu § 36 odst. 1 zákona*

33. Předně lze uvést, že je to zadavatel, kdo stanovuje zadávací podmínky tak, aby odpovídaly jeho potřebám a tedy reflektovaly jeho požadavky na předmět plnění. Zadavatel je rovněž osobou, která je oprávněna stanovit zadávací podmínky tak, aby předmětná veřejná zakázka byla schopna zajistit nezbytné potřeby zadavatele (srov. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S437/2011/VZ-17139/2011/540/MKr ze dne 29. 2. 2012). Zadavatel je však i osobou, která nese plnou odpovědnost za stanovení zadávacích podmínek, včetně toho, že zadávací podmínky nebudou bezdůvodně klást překážky dodavatelům, nebudou bezdůvodně „protěžovat“ konkrétního dodavatele nebo okruh dodavatelů, budou transparentní a nediskriminační a nebudou jakýmkoli způsobem (a to jak přímo, tak skrytě) neodůvodněně omezovat hospodářskou soutěž mezi uchazeči o předmětnou veřejnou zakázku.
34. Z komentářové literatury se podává, že zadávací podmínky by měly být koncipovány tak, aby na jedné straně byla zaručena spravedlivá soutěž dodavatelů schopných realizovat veřejnou zakázku, na straně druhé aby plnění veřejné zakázky dle zadávacích podmínek bylo způsobitelné naplnit potřeby a legitimní očekávání zadavatele. Je tedy nesporné, že po zadavateli nelze spravedlivě požadovat, aby stanovené zadávací podmínky měly na všechny dodavatele stejný dopad. Nicméně případné omezení by mělo být vždy odůvodnitelné oprávněnými potřebami zadavatele. Jinými slovy, zadavatel může ve smyslu § 36 odst. 1 zákona omezit hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku prostřednictvím zadávacích podmínek, ale musí unést důkazní břemeno, že se nejedná o bezdůvodnou překážku v hospodářské soutěži dodavatelů o veřejnou zakázku, resp. že se nejedná o bezdůvodné přímé či nepřímé konkurenční zvýhodnění (protěžování) určitého dodavatele či skupiny dodavatelů stanovenými zadávacími podmínkami (srov. Dvořák, D., Machurek, T.,



Novotný, P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 212.).

35. Při nastavení zadávacích podmínek rovněž velmi výrazně působí zásada přiměřenosti uvedená v § 6 odst. 1 zákona. Zakotvení této zásady vychází ze skutečnosti, že zákon ponechává zadavatelům značnou míru diskrece ohledně volby konkrétního postupu v zadávacím řízení a zadavatel se touto zásadou má řídit ve všech fázích zadávacího řízení, typicky pak v případě nastavení parametrů zadávacího řízení. Nastavením zadávacích podmínek stanovuje zadavatel základní parametry plnění, kterými hodlá uspokojit určitou svou oprávněnou potřebu. Je tedy nutné, aby nastavené zadávací podmínky odrážely ve všech aspektech potřebu zadavatele, byly stanoveny ve vztahu k této potřebě přiměřeně a byly danou potřebou odůvodněny.
36. Samotnou důvodnost určité podmínky stanovené zadavatelem je pak nutno posuzovat rovněž prizmatem zásady přiměřenosti, tedy nikoliv pouze samotná zadávací podmínka musí být stanovena přiměřeně k určité potřebě zadavatele, ale rovněž důvod, proč zadavatel ke stanovení dané podmínky přistoupil, má být ve vztahu k této podmínce přiměřený. V praxi tak nelze po zadavateli požadovat, aby jednoduchou a nijak excesivní podmínkou stanovenou pro požadované plnění odůvodňoval sofistikovanými úvahami, výpočty či dokonce znaleckými posouzeními, pokud pro její použití svědčí jednoduché avšak logické vysvětlení. Při stanovení zadávacích podmínek tak nelze akceptovat libovůli na straně zadavatele, nelze však ani nutit zadavatele, aby každou stanovenou podmínkou zadávací dokumentace vyčerpávajícím způsobem obhajoval. V této souvislosti lze vycházet ze skutečnosti, že čím podrobněji a rovněž specifičtěji jsou určité podmínky zadávacího řízení nastaveny, tím podrobněji a specifičtěji musí být v případě pochybností ze strany zadavatele obhájeny. Shodně se vyjadřuje i Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí č. j. 1 Afs 69/2012 – 55 ze dne 28. 3. 2013, v němž bylo mj. uvedeno, že *„Dále zákon o veřejných zakázkách obsahuje ustanovení poskytující zadavateli možnost klást na dodavatele konkrétní požadavky (...). S ohledem na individuální povahu každé zakázky je pak zadavateli ponechána velká míra volnosti. Zadavatel může (např. v technických podmínkách, kvalifikačních požadavcích) stanovit konkrétní požadavky, bez jejichž splnění se dodavatel nemůže o veřejnou zakázku úspěšně ucházet. Jejich stanovením tak přímo ovlivňuje okruh možných dodavatelů. Z tohoto důvodu je zapotřebí k počtu a míře takových požadavků přistupovat striktně v duchu výše uvedených zásad. Tyto zásady se navíc přímo promítají i v některých ustanoveních zákona (např. § 50 odst. 3 ZVZ). Protože se jedná převážně o ustanovení dispozitivní, musí být potřeba takového požadavku odůvodnitelná. Zjednodušeně lze říci, že čím podrobnější a přísnější požadavky zadavatel zvolí, tím vyšší nároky budou kladeny na jejich odůvodnění.“*
37. Současně platí, že úprava obsažená v § 36 odst. 1 zákona se promítá i do nastavení způsobu hodnocení nabídek, v této souvislosti lze odkázat na rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 12. 8. 2010, čj. 62 Ca 10/2009-113, v němž se soud zabýval právě diskriminačním charakterem nastavení hodnotících kritérií a z něhož se podává následující: *„Zdejší soud především má za to, že není důvodu omezovat se při zkoumání možné "konkurenční výhody" a "překážky hospodářské soutěže" pouze na posouzení toho, kdo mohl nabídku podat, ale též na to, zda nabídka vycházející z konkrétního technického řešení může být za férových podmínek hodnocena.“* Klíčovým závěrem v dané věci je tak skutečnost, že případná

diskriminace nemusí postihovat samotnou účast dodavatele v zadávacím řízení, ale i postavení jeho nabídky v konkurenci nabídek ostatních.

38. Je tedy nutné, aby nastavené zadávací podmínky odrážely ve všech aspektech potřebu zadavatele, byly stanoveny ve vztahu k této potřebě přiměřeně a byly danou potřebou odůvodněny. Samotné odůvodnění nastaveného parametru, tedy jeho podrobnost a podloženost musí přiměřeně odpovídat charakteru daného parametru, jeho přísnosti a specifčnosti. Pouze takto nastavené zadávací podmínky mohou v případě zásahu do hospodářské soutěže obstát ve světle úpravy obsažené v § 36 odst. 1 zákona.

*Obecné závěry ke kvalitativní stránce plnění veřejné zakázky*

39. Pro zajištění zadavatelem požadované minimální míry kvality nabízeného plnění slouží kvalifikační kritéria, zejména pak kritéria technické kvalifikace dle § 79 zákona, v nichž zadavatel určuje své základní požadavky na dodavatele s ohledem na prokázání jeho lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Uvedená kritéria technické kvalifikace pak nesmí být nastavena v rozporu se zásadami zadávání veřejných zakázek, zejména pak se zásadou zákazu diskriminace. Otázkou aplikace zásady zákazu diskriminace ve vztahu k nastavení kvalifikačních předpokladů se podrobně zabývalo rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, v němž se uvádí: „*Zákaz diskriminace uvedený v § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, zahrnuje jednak formu zjevnou, jednak formu skrytou. Za skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením technických kvalifikačních předpokladů zjevně nepřiměřených ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku nemohou splnit někteří z potenciálních uchazečů, jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilým.*“ Úřad současně např. ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0155/2018/VZ-36195/2018/322/HSc ze dne 6. 12. 2018 konstatoval, že i zdánlivě přiměřeně nastavená kritéria technické kvalifikace ve spojení se skutečností, že na relevantním trhu nebylo objektivně možné požadované zkušenosti získat, mohou působit nepřiměřeně či diskriminačně.
40. Jestliže tedy zadavatel požaduje plnění, které je svým způsobem poměrně jedinečné, je ve světle shora uvedených závěrů vhodné nastavit kvalifikační kritéria tak, aby nebyli z účasti na veřejné zakázce přímo vyloučeni takoví dodavatelé, kteří např. sice nedisponují zkušenostmi s naprosto stejným typem plnění, jaké požaduje zadavatel, avšak jsou schopni realizovat veřejnou zakázku obdobně úspěšně jako dodavatelé ostatní.
41. Na druhé straně však nelze zadavateli vytýkat, pokud má zájem na co nejvyšší kvalitě plnění veřejné zakázky. Ideálním řešením v daném případě tak zůstává takový postup, kdy zadavatel nastaví kvalifikační kritéria či základní parametry veřejné zakázky méně přísně, aby se tak vyvaroval zbytečné diskriminaci některých způsobilých dodavatelů, avšak promítne svůj požadavek na co nejvyšší možnou kvalitu veřejné zakázky do jejího hodnocení prostřednictvím hodnotících kritérií kvality dle § 116 zákona. Toto ustanovení umožňuje zadavateli zohlednit kvalitativní stránky plnění, což může být vhodné zejména u určitých druhů veřejných zakázek, typicky v případě veřejných zakázek na služby. V některých případech totiž může hodnocení nabídek výhradně dle kritéria nejnižší nabídkové ceny vést

až k nevhodnému vynakládání prostředků, neboť kvalita poskytnutého plnění za nejnižší cenu může být nízká a je naopak ekonomicky výhodnější obdržet kvalitnější plnění, byť za cenu vyšší.

42. Předmětná hodnotící kritéria kvality pak musí být ve smyslu § 116 odst. 3 zákona nastavena jednoznačným a srozumitelným způsobem a současně musí být již ze své povahy ověřitelná. Zadavatel je tak při formulaci kritérií kvality zčásti omezen i určitou nutností zachovat co nejvyšší možnou míru objektivizace jím požadovaných kritérií.
43. V případě nastavení kritéria kvality spočívajícího v organizaci, kvalifikaci nebo zkušenosti osob, které se mají přímo podílet na plnění veřejné zakázky, je možný u takového předmětu plnění veřejné zakázky, jehož kvalita je přímo spojená a ovlivněná kvalitou a zkušenostmi jednotlivých osob participujících na jeho realizaci. Zadavatel může současně posuzovat i pouze některou z uvedených „kvalit“ realizujících osob, a to dle vlastních preferencí vztahujících se k předmětu veřejné zakázky.

#### *Posouzení postupu zadavatele*

44. V daném případě požadoval zadavatel plnění, které je na relevantním trhu poměrně velmi specifické. V rámci požadavků na technickou kvalifikaci dle § 79 odst. 2 písm. d) zákona pak požadoval u 6 vedoucích pracovníků realizačního týmu osvědčení praxe v oblasti řízení služeb informačních technologií nebo dopravní telematiky (tj. i mimo rámec mýtných systémů), a to na různých pozicích v různém rozsahu. Následně pak v rámci stanovení hodnotících kritérií kvality přidělil daným členům realizačního týmu určité bodové ohodnocení v závislosti na zkušenostech získaných při realizaci kontroly a vyhodnocení kvalitativních a kvantitativních ukazatelů provozu otevřeného mýtného systému resp. při realizaci jiných činností souvisejících s provozem mýtného systému nebo jiného telematického systému. Zadavatel tak s ohledem na shora uvedené závěry postupoval vhodně, když ve vztahu k osobám realizujícím veřejnou zakázku stanovil kvalifikační kritéria na jejich odbornost a zkušenosti mírněji, neboť s ohledem na specifický obor bylo obtížné získat zkušenosti se shodným plněním, jakým je předmět veřejné zakázky, přičemž zkušenosti se shodným předmětem plnění veřejné zakázky zohlednil v rámci hodnotících kritérií kvality.
45. Úřad zadavateli ovšem vytkl, že v posuzovaném případě nebyla metoda vyhodnocení dílčího kritéria hodnocení B zadavatelem stanovena tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně nezaručovala konkurenční výhodu, jelikož Úřadem nebylo shledáno, že mezi činnostmi externího kontrolora mýtného systému a osoby vykonávající interní kontrolu v rámci provozu mýtného systému, kdy zkušenosti členů týmu dodavatele s prováděním těchto kontrol měly být zadavatelem v rámci předmětného dílčího kritéria hodnocení hodnoceny, je dán rozdíl, jenž by odůvodňoval jejich rozdílné bodové ohodnocení.
46. Úřad předně uzavírá, že pokud je zadavatelem v rámci hodnocení nabídek u určitého dílčího kritéria hodnocení za výkon činností identického charakteru přidělován příslušným dodavatelům bezdůvodně nižší počet bodů, má tento fakt nepochybně dopad na proces hodnocení nabídek. Dále nikterak nepochybně, že se nejedná o skutečnost, která by příslušnému dodavateli zcela znemožnila se o konkrétní veřejnou zakázku ucházet, avšak takový dodavatel je v rámci hodnocení nabídek jednoznačně znevýhodněn. Úřad zde tudíž spatřuje dopad, jak co se týče hodnocení nabídek, tak i co do způsobu přípravy nabídky takto

znevýhodněným dodavatelem. Pokud zadavatel stanoví zadávací podmínky v rozporu se zákonem, musí Úřad uložit nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení, a to aniž by musel zkoumat, zda vada zadávacích podmínek měla či mohla mít vliv na výběr dodavatele. Tyto závěry Úřadu jsou správné.

47. Dále se Úřad obsáhle zabývá argumentací týkající se porovnání zkušeností získaných externí kontrolou mýtného systému a interní kontrolou mýtného systému prováděnou v rámci jeho provozu, neboť dle názoru Úřadu je činnost interní kontroly imanentně spjata se samotným provozem mýtného systému. Zadavateli je vytčeno, že své odůvodnění rozdílného bodového hodnocení externí a interní kontroly směřuje pouze k tomu, že externí kontrola je nutně přínosnější než interní, aniž by osvětlil důvody, pro něž nelze shodně bodově hodnotit i kontrolu interní. Takové odůvodnění však dle názoru Úřadu není schopno dostatečně odůvodnit konkurenční výhodu dodavatele, jehož realizační tým má zkušenosti s externí kontrolou. Je uzavřeno, že osoby mající zkušenosti s interní kontrolou mohou být stejně kvalitní, ne-li kvalitnější, než osoby mající zkušenosti s kontrolou externí a zadavatel se tak měl dle názoru Úřadu zaměřit na skutečnou náplň činností, jež tyto osoby v minulosti vykonávaly, než za jakým účelem (tedy k plnění jakého předmětu veřejné zakázky) ji vykonávaly. Následně jsou Úřadem vyvraceny další argumenty zadavatele, kterými podepírá svůj názor o vyšší kvalitě externí kontroly a je uzavřeno, že žádné tyto důvody nemohou změnit názor Úřadu, že činnost jednotlivých hodnocených osob realizačního týmu může být zcela shodná, prováděná v zásadě za shodným účelem, kterým je kontrola, avšak v jednom případě prostřednictvím externí kontroly a ve druhém případě prostřednictvím kontroly interní. Rozdílné bodové hodnocení a tím poskytnutou konkurenční výhodu tak považuje Úřad za bezdůvodné a tudíž nezákonné.
48. Názor Úřadu uvedený v předchozím bodě tohoto rozhodnutí považuji ve světle obecných závěrů popsanych shora za nesprávný, resp. neúplný. Předně Úřad nijak nezohlednil, že zadavatel je povinen stanovit hodnotící kritéria kvality jednoznačným a srozumitelným způsobem a že tato kritéria musí být ověřitelná. Jestliže se kvalita dodavatele ověřuje prostřednictvím technických kvalifikačních kritérií dle § 79 zákona, je běžné, že k prokázání zkušeností dodavatele požaduje zadavatel referenci k určitému typu plnění, zpravidla k obdobnému nebo totožnému plnění, které je předmětem aktuální veřejné zakázky. Zkušenosti s určitým konkrétním typem činnosti jsou rovněž běžně požadovány pro kvalifikaci určitých osob pro výkon např. vázaných živností nebo jiných specializovaných činností. Je rovněž běžné, že určitá činnost nemá zcela jednoznačný popis svojí náplně (to se ostatně týká např. i studijních oborů apod.) a dochází k větším či menším přesahům mezi jednotlivými obory. Konkrétní popis určité dovednosti nebo zkušenosti, kterou zadavatel považuje za důležitou pro činnost, jež má být předmětem veřejné zakázky, tak může být velmi složitý, podrobný a ve svém důsledku i nepřesný. Pokud navíc určitý typ zkušeností členů realizačního týmu má být hodnotícím kritériem kvality, je zadavatel povinen dbát toho, aby předmětný popis byl stanoven jednoznačným a srozumitelným způsobem a aby kritérium bylo ověřitelné.
49. Je tedy pochopitelné a v prostředí veřejných zakázek poměrně běžné, že zadavatel přistoupí k popisu činností vztahujících se k určitému typu plnění, stejně jako by to učinil v případě požadavku na doložení seznamu významných dodávek dle § 79 odst. 2 písm. b). Takový popis je totiž zcela jednoznačně specifikovatelný a rovněž doložitelný. Totéž nelze s jistotou tvrdit

o případném konkrétním popisu činnosti, se kterou má mít určitý člen realizačního týmu zkušenosti, neboť již samotný popis náplně činnosti, ale i prokázání, že tuto konkrétní činnost určitá osoba po určitou dobu vykonávala, mohou vést k mnoha sporným momentům. Na zadavatele tak jsou kladeny v případě, že hodlá použít hodnotící kritérium kvality, velmi vysoké nároky na jeho specifikaci, kdy musí vybalancovat jednak své potřeby, dále jasnost, srozumitelnost a ověřitelnost daného kritéria a samozřejmě i dodržení základních zásad zákona, tedy i pravidla, že zadávací podmínky nesmí klást bezdůvodné překážky hospodářské soutěže či protěžovat určité dodavatele. V důsledku uvedených mantinelů se tak může stát, že zadavatel zvolí takovou specifikaci hodnotícího kritéria kvality spočívajícího v požadované zkušenosti členů realizačního týmu, která nebude zcela jednoznačně a bez jakýchkoliv pochybností schopna docenit veškeré „kvality“ hodnocených osob a bude tedy v některých případech připadat určitým dodavatelům neférová. Taková určitým způsobem zobecňující specifikace však nemůže být bez dalšího považována jako nezákonná, neboť zadavatel je povinen dbát i na jasnost, srozumitelnost a ověřitelnost svých požadavků. Současně nelze nutit zadavatele, aby veškeré své požadavky stanovil vždy tak, aby nebylo možno jejich nezákonnost žádným způsobem napadnout. Takový postup by byl v mnoha případech nepřiměřený a pro zadavatele velmi náročný. Lze si například představit, že pro zjištění skutečných schopností a dovedností členů realizačního týmu by zadavatel mohl vytvořit nějaký způsob testování těchto osob, což by sice byl postup v určitém smyslu férový, avšak velmi náročný a tudíž opodstatněný pouze ve zcela výjimečných případech.

50. Nelze pominout ani fakt, že nastavení hodnotícího kritéria kvality dle § 116 odst. 2 písm. e) zákona má velmi podobou funkci, jako nastavení kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. d) zákona, jak je ostatně naznačeno již shora. Přitom v případě nastavení kritéria technické kvalifikace platí opakovaně judikovaný závěr, že za formu skryté diskriminace je třeba považovat takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením technických kvalifikačních předpokladů zjevně nepřiměřených ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152). Již mnohokrát uváděná „zjevná nepřiměřenost“ určitých požadavků zadavatele by tak měla být jedním z měřítek, kterými mají být případné diskriminující prvky veřejných zakázek posuzovány.
51. Úřad dále předložil rozsáhlou argumentaci týkající se srovnatelnosti externí a interní kontroly. Předně v bodě 79 napadeného rozhodnutí vyšel ze závěru, že činnost provozovatele mýtného systému je imanentně spojena s interní kontrolou tohoto systému a tedy vzal za prokázané, že osoby mající zkušenosti s provozem mýtného systému mají zkušenosti i s jeho interní kontrolou. Uvedený závěr však opomíná fakt, že v 5 případech hodnocených pozic realizačního týmu získala určitá osoba 2 body „za každý dokončený rok (12 po sobě bezprostředně jdoucích kalendářních měsíců) zkušeností získaných při realizaci každé zakázky, jejímž předmětem bylo řízení provozu otevřeného mýtného systému“, a to bez ohledu na to, zda se při provozu otevřeného mýtného systému zabývala výhradně jeho interní kontrolou, nebo zda se zabývala činností jinou. Úřadem dovozený závěr, tedy že interní kontrola je imanentní součástí provozu mýtného systému, je tak značně zjednodušující a zavádějící. Lze sice předpokládat, že každý vedoucí pracovník při realizaci zakázky spočívající v provozu mýtného systému nějakým způsobem s interní kontrolou pracoval, nemusela však zdaleka být předmětem jeho hlavní činnosti. Samotné pojmy

externí a interní kontrola použil sám zadavatel ve svém vyjádření k námitkám navrhovatele ze dne 30. 4. 2019, kde poměrně podrobně vysvětluje, jaké rozdíly ve výkonu těchto činností spatřuje. Tento popis se však zaměřuje na situaci, kdy dochází k porovnání osob, jejichž náplní práce je provádění kontroly jako takové, a to buď v rámci interní kontroly, nebo při výkonu externí kontroly osobou odlišnou od kontrolovaného subjektu. Zadavatelem nastavení bodování však poměřuje činnosti, jejichž předmětem byly průběžně poskytované služby kontroly mýtného systému a činnosti, jejichž předmětem bylo řízení provozu otevřeného mýtného systému. Úřadem uvedený logický řetězec, jehož výsledkem je, že zkušenost s provozem mýtného systému je rovna zkušenosti s externí kontrolou provozu mýtného systému, tak pomíjí stav, kdy by určitá osoba měla zkušenosti s jinou činností vykonávanou v rámci řízení provozu mýtného systému, než je právě interní kontrola. Úřad tak v dané části argumentace nevychází z prokázaného skutkového stavu a jeho závěry jsou tak neúplné a tedy nesprávné.

52. Úřad rovněž vyhodnocuje a srovnává výkon činnosti externí a interní kontroly a dospívá k závěru, že na kvalitu osob provádějících jakoukoliv kontrolu nemůže mít vliv, za jakým účelem je tato činnost vykonávána a že nelze vyloučit, že zkušenosti osob provádějících interní kontrolu budou pro realizaci veřejné zakázky stejně vhodné nebo i vhodnější, než osoby se zkušenostmi z kontroly externí. Tento závěr však může fungovat i zcela opačně, tedy že různé nastavení mechanismů v případě kontroly externí a interní (přičemž ke konkrétnímu zkoumání rozdílnosti externí a interní kontroly Úřad nijak nepřikročil) může znamenat, že osoby provádějící kontrolu externí budou pro plnění veřejné zakázky s ohledem na své zkušenosti vhodnější. Přesné zodpovězení této otázky tedy kdo je pro plnění veřejné zakázky vhodnější a kdo nikoliv by vyžadovalo velmi odborné posouzení. V tomto směru je pak třeba vycházet ze skutečnosti, že je to zadavatel, kdo je odborníkem v dané oblasti, a ačkoliv zdaleka neplatí, že by Úřad měl akceptovat každé tvrzení zadavatele týkající se odborné otázky jako správné, měl by se v případě polemiky se zadavatelem v odborných otázkách zaměřit na důsledně odbornou argumentaci.
53. Stěžejní však zůstává, že v duchu shora popsaného výkladu § 36 odst. 1 zákona je třeba zkoumat při posuzování důvodnosti případné části zadávacích podmínek zasahujících do hospodářské soutěže, zda je zadavatelem uvedený důvod logický, racionální a přiměřený povaze posuzované zadávací podmínky a předmětu veřejné zakázky, resp. potřebě zadavatele. V daném případě zadavatel vysvětlil, proč upřednostňuje ty dodavatele, jež mají zkušenosti získané při realizaci každé zakázky, jejímž předmětem byly průběžně poskytované služby kontroly a vyhodnocení kvalitativních a kvantitativních ukazatelů provozu otevřeného mýtného systému, tak, že podstatou takové činnosti je poskytnutí nezávislého obrazu o fungování a účinnosti daného systému, což provozovatel systému, který má být takto kontrolován, a který v rámci provozu realizuje pouze svou interní kontrolu, logicky nemůže nabídnout. Zadavatel zásadní rozdíl mezi externí a interní kontrolou spatřuje v tom, že interní kontrola probíhá v interní rovině, čili s možností kontrolovaného subjektu zasahovat do nastavení kontrolních procesů, popř. direktivně stanovit metody kontroly, a rozhodnout o tom, jaká vstupní data budou podkladem pro kontrolu apod. (srov. bod 32 napadeného rozhodnutí). Podrobnou obhajobu zadavatelem zvoleného postupu pak obsahuje i jeho vyjádření k námitkám navrhovatele ze dne 30. 4. 2019 kde zdůrazňuje, že hodnotící kritéria nastavil tak, aby vybral dodavatele, jehož celkové hodnocení bude v co nejširší míře odpovídat potřebě zadavatele vybrat renomovaného a zkušeného

dodavatele při zachování příznivé nabídkové ceny. V případě nastavení hodnotícího kritéria kvality spočívající ve zkušenostech členů realizačního týmu, které mělo váhu pouze 25 %, pak zdůraznil, že pro něj není významný objem zpracovaných dat ani četnost měření, ale technický způsob sběru dat, účel pro který je sběr dat realizován a míra odpovědnosti osoby, která kontrolu realizuje. Dle svého přesvědčení je oprávněn zohlednit výhodu určitých osob, které mají přímo zkušenosti s předmětem plnění veřejné zakázky, před osobami, které mají zkušenosti obecnějšího charakteru. Zadavatelem nabídnuté vysvětlení tak není iracionální ani nelogické a bylo vyvráceno ze strany Úřadu v podstatě polemikou týkající se porovnání externí a interní kontroly. Nutno opakovaně zdůraznit, že Úřad v tomto případě vytýká zadavateli, že veškerá jeho argumentace směřuje v podstatě pouze k tomu, že externí kontrola je nutně přínosnější než interní, aniž by osvětlil důvody, pro něž nelze shodně bodově hodnotit i kontrolu interní (bod 80 napadeného rozhodnutí). Tento závěr Úřadu je však značně zjednodušený a opomíjí rozsáhlou argumentaci zadavatele obsaženou např. v uvedeném rozhodnutí o námitkách ze dne 30. 4. 2019. Sám Úřad pak svou argumentaci o opaku, tedy že externí a interní kontrola mohou být přínosné shodně, staví opět na zjednodušeném závěru, že při provozování mytného systému dochází i k jeho interní kontrole, která je stejné kvality, jako kontrola externí, aniž by podrobně a odborně zvážil všechny aspekty týkající se dané problematiky. K přezkumu zadavatelových důvodů, kterými obhajuje nastavení hodnotících kritérií předmětné veřejné zakázky, by však měl Úřad přistoupit pouze v případě zásadní logické či racionální nesrovnalosti, která zároveň bude z jeho strany dostatečně odborně podložena.

54. Současně je třeba vycházet i ze závěrů rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 12. 8. 2010, čj. 62 Ca 10/2009-113, z jehož právní věty se podává: *„Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, neobsahuje nástroj, prostřednictvím něhož by mohl Úřad pro ochranu hospodářské soutěže zasahovat do zadavatelem stanovených dílčích hodnotících kritérií, tedy zadavatele "opravovat" v jeho představách o tom, jakou nabídku má on sám považovat za nabídku nejlépe odpovídající jeho potřebám. Na Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže však je posoudit, zda konkrétní dílčí hodnotící kritéria jsou kritérii určitými (musí být zřejmé, co zadavatel zamýšlí preferovat), jednoznačnými (dílčí kritéria nesmějí připouštět dvojí výklad), schopnými být předmětem hodnocení za předem jasně stanovených pravidel a nediskriminačními.“* (ačkoliv je uvedené rozhodnutí vydáno v poměrech předchozí právní úpravy, uplatní se jeho závěry i při posouzení věci podle stávajícího zákona). Je tedy nutné nikoliv upravovat zadavatelovy představy o tom, které osoby považuje za vhodnější k plnění veřejné zakázky, ale zaměřit se striktně na jasnost, srozumitelnost a ověřitelnost hodnotících kritérií a na případný diskriminační charakter nastavených hodnocení.
55. Jelikož pak ustanovení § 36 odst. 1 zákona, jehož porušení bylo zadavateli napadeným rozhodnutím vytčeno, je výrazně provázáno se zásadou rovného zacházení a zákazu diskriminace dle § 6 odst. 2 zákona, je třeba při posuzování sporné zadávací podmínky a případné bezdůvodnosti omezení hospodářské soutěže touto spornou zadávací podmínkou, vycházet i z teze obsažené v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 27. 1. 2016, č. j. 31 Af 14/2014-48, která zní takto: *„Jakkoliv soud respektuje nutnost ochrany soutěže při zadávání veřejných zakázek, zároveň považuje za nutné, aby kontrola zadávání veřejných zakázek byla smysluplná a nekladla na zadavatele nelogické a přehnané požadavky. Právě proto by naplnění podmínek skryté diskriminace mělo být vykládáno restriktivně.“* V tomto smyslu by tedy Úřad měl svůj zásah velmi zvažovat v případech,

kdy zadavatel postupoval při stanovení určité zadávací podmínky logicky, racionálně, svůj postup smysluplně odůvodnil a současně nepostupoval zjevně nepřiměřeně ve vztahu k povaze sporné zadávací podmínky a charakteru veřejné zakázky. Pokud i po takovém zvážení dospěje k závěru, že k porušení zákona ze strany zadavatele došlo, musí být jeho argumentace velmi precizní a podložená.

56. Ačkoliv Úřad správně uzavřel, že pro posouzení rozporu zadávací dokumentace se zákonem není rozhodné, zda vada zadávacích podmínek měla či mohla mít vliv na výběr dodavatele, a tedy není ve výsledku důležité, jakou vahou nakonec sporné hodnotící kritérium výběr dodavatele ovlivnilo, samotné stanovení váhy hodnotícího kritéria v rozsahu 25 % zcela bezvýznamné není. Přiměřenost důvodů pro nastavení určité zadávací podmínky ve vztahu k charakteru veřejné zakázky je třeba posuzovat i s ohledem na relevantní trh. Striktněji by tedy muselo být přistupováno k odůvodnění takového hodnotícího kritéria, které by svou vahou (např. 75 %) působilo v podstatě obdobně, jako samotné kvalifikační kritérium dle § 79 zákona, tedy by z možnosti získání veřejné zakázky určité subjekty de facto diskvalifikovalo a tím zužovalo relevantní trh. Naopak benevolentněji lze přistupovat k odůvodnění takového kritéria, které určité kvalitě sice přiznává v soutěži o zakázku jistou výhodu, avšak nevylučuje z účasti další subjekty, které by byly schopny veřejnou zakázku realizovat.

*Ke zrušení výroku II, III a IV napadeného rozhodnutí*

57. Vzhledem ke skutečnosti, že důvody uvedené shora směřují ke zrušení hlavního výroku napadeného rozhodnutí, tedy výroku I, je na místě přistoupit i ke zrušení výroků souvisejících, tedy výroku II, kterým bylo uloženo nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, a výroku III, kterým byl uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, neboť tyto výroky samostatně nemohou obstát. Stejný postup je nutno zvolit i v případě výroku IV týkajícího se povinnosti uhradit náklady řízení.

*Shrnutí*

58. Na základě všeho shora uvedeného uzavírám, že napadené rozhodnutí považuji za nesprávné a z tohoto důvodu jsem přistoupil k jeho zrušení a vrácení Úřadu k novému projednání. V dalším řízení Úřad opětovně posoudí, zda důvody, kterými zadavatel obhajoval podmínku spočívající v pravidlu pro hodnocení nabídek týkající se metody vyhodnocení nabídek v dílčím kritériu hodnocení „Kvalita a zkušenosti osob, které se budou přímo podílet na plnění veřejné zakázky“, stanovené v čl. 8. „Hodnocení nabídek“ zadávací dokumentace, jsou dostatečně racionální, logické a přiměřené s ohledem na charakter veřejné zakázky a oprávněné potřeby zadavatele, tedy postaví na jisto, zda se jedná o důvodné či bezdůvodné zaručení konkurenční výhody určitým dodavatelům. Vycházet bude zejména důsledně z toho, jak zadavatel nastavil hodnotící kritéria předmětné veřejné zakázky, tedy že hodnotil rozdílně zkušenosti s realizací zakázky, jejímž předmětem byly průběžně poskytované služby kontroly a vyhodnocení kvalitativních a kvantitativních ukazatelů provozu otevřeného mýtného systému, a zkušenosti s realizací zakázky, jejímž předmětem bylo řízení provozu otevřeného mýtného systému a nikoliv zkušenosti s externí či interní kontrolou, pro posouzení odůvodnění nastavení hodnotících kritérií bude Úřad čerpat zejména z komplexního odůvodnění zadavatele obsaženého v jeho vyjádření k námitkám



navrhovatele ze dne 30. 4. 2019. Při posuzování přiměřenosti důvodů zadavatele ke konkrétnímu nastavení hodnotících kritérií je třeba vzít v potaz i skutečnost, že ani váha předmětného hodnotícího kritéria kvality není zcela bezvýznamná.

59. Při posouzení uvedené zadávací podmínky a jejího odůvodnění ze strany zadavatele Úřad přihlédne rovněž ke skutečnosti, že hodnotící kritéria kvality musí být stanovena jednoznačným a srozumitelným způsobem a že tato kritéria musí být ověřitelná a také ke skutečnosti, že otázka porovnání zkušeností získaných výkonem externí kontroly a interní kontroly systému elektronického mýtného je otázkou odbornou. Úřad bude dbát na řádnou aplikaci zásad zadávání veřejných zakázek a k naplnění podmínek skryté diskriminace bude přistupovat zdrženlivě, máje na paměti, že kontrola zadávání veřejných zakázek má být smysluplná a nemá klást na zadavatele nelogické a přehnané požadavky. Úřad bude respektovat, že zadavatel je oprávněn stanovit kritéria hodnocení veřejné zakázky s ohledem na řádné zajištění svých oprávněných potřeb. Vzhledem ke zrušení napadeného rozhodnutí a jeho vrácení Úřadu k novému projednání jsem se podrobně nezabýval jednotlivými námitkami zadavatele obsaženými v jeho rozkladu, neboť jejich vypořádání by bylo v současné fázi řízení nadbytečné. Tyto rozkladové námitky je však povinen vypořádat Úřad při novém rozhodování ve věci.

## **VII. K nařízení předběžného opatření výrokem II tohoto rozhodnutí**

60. Podle § 248 zákona Úřad vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, při kterém může mimo jiné nařizovat předběžná opatření. Zákon neobsahuje zvláštní postup pro nařízení předběžného opatření v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, proto se subsidiárně použije obecná úprava obsažená v § 61 odst. 1 správního řádu.
61. Podle § 61 odst. 1 správního řádu může správní orgán z moci úřední nebo na požádání účastníka před skončením řízení rozhodnutím nařídit předběžné opatření, je-li třeba, aby byly zatímně upraveny poměry účastníků, nebo je-li obava, že by bylo ohroženo provedení exekuce. Předběžným opatřením lze účastníkovi nebo jiné osobě přikázat, aby něco vykonal, něčeho se zdržel nebo něco strpěl, anebo zajistit věc, která může sloužit jako důkazní prostředek, nebo věc, která může být předmětem exekuce.
62. Podle § 61 odst. 3 správního řádu správní orgán předběžné opatření zruší rozhodnutím bezodkladně poté, co pomine důvod, pro který bylo nařízeno. Neučiní-li tak, pozbývá předběžné opatření účinnosti dnem, kdy se rozhodnutí ve věci stalo vykonatelným nebo nabylo jiných právních účinků.
63. Vzhledem k uvedenému konstatuji, že předseda Úřadu jako nadřízený správní orgán rozhodující o rozkladu může z moci úřední nebo na požádání účastníka před skončením řízení rozhodnutím nařídit předběžné opatření při splnění zákonných podmínek v souladu s § 61 odst. 1 správního řádu.
64. Účelem, pro který navrhovatel toto řízení o přezkoumání úkonů zadavatele návrhem inicioval, bylo (eventuální) uložení nápravného opatření v zadávacím řízení veřejné zakázky. A právě tento účel řízení byl v prvních 60 dnech ode dne zahájení tohoto řízení zajištěn zákazem uzavřít smlouvu uloženým zadavateli ex lege ustanovením § 246 odst. 1 písm. d) zákona. Dalším zajištěním téhož účelu v následujícím průběhu tohoto správního řízení

pak bylo obligatorní uložení zákazu zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu podle § 263 odst. 8 zákona, a to přímo jedním výrokem napadeného rozhodnutí. S ohledem na to, že jsem dospěl k závěru o nutnosti zrušení napadeného rozhodnutí jako celku, tedy včetně výroku zajišťujícího účel tohoto správního řízení v jeho dalším průběhu, a rovněž s ohledem na to, že zákonná blokační lhůta podle § 246 odst. 1 písm. d) zákona již uběhla, dospěl jsem k dílčímu závěru o možné absenci jakéhokoli zajištění účelu tohoto správního řízení v době po nabytí právní moci výroku I tohoto rozhodnutí o rozkladu.

65. Proto jsem se zabýval konkrétními okolnostmi zjištěného stavu věci a dosavadním průběhem tohoto správního řízení z toho pohledu, zda je třeba, aby byly zatímně upraveny poměry účastníků tohoto správního řízení zejména během nového projednání věci Úřadem. Dospěl jsem přitom k závěru, že z důvodu stávajícího procesního stavu tohoto správního řízení, zejména pak z toho důvodu, že Úřad při rozhodování ve věci nezvážil všechny potřebné aspekty aplikace ustanovení § 36 odst. 1 zákona ve vztahu k hodnotícímu kritériu kvality, přetrvává potřeba zajistit možnost uložení (eventuálního) nápravného opatření v zadávacím řízení veřejné zakázky. Pokud by totiž došlo k uzavření smlouvy zadavatele s vybraným dodavatelem v průběhu tohoto řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, byla by tato možnost zmařena. Z těchto důvodů jsem rozhodl o nařízení předběžného opatření ve smyslu § 61 odst. 1 správního řádu, jak je uvedeno ve výroku II tohoto rozhodnutí.

### **VIII. Závěr**

66. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval v případě napadeného rozhodnutí v souladu se zákonem a správním řádem, jsem z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí v plném rozsahu, když veškeré výroky na sebe vzájemně navazují, a k jeho vrácení Úřadu k novému projednání.

## **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.

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží**

1. JUDr. Jan Nemanský, advokát, Těšnov 1059/1, 110 00 Praha 1
2. Ing. Pavel Pazourek, Kapsch Telematic Services spol. s r.o., Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8

### **Vypraveno dne**

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