



UOHSX003RO57

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R108/2011/VZ-14168/2011/310/JSI

V Brně dne: 5. září 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 17. 5. 2011 podaném zadavatelem –

- **Ředitelstvím silnic a dálnic ČR, státní příspěvkovou organizací**, IČ 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha, za niž jedná Ing. Jiří Švorc, generální ředitel, ve správním řízení zastoupenou JUDr. Karlem Muzikářem, advokátem se sídlem WEIL GOTSHAL & MANGES, s. r. o., advokátní kancelář, Křižovnické nám. 193/2, 110 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S228/2004-3970/2011/520/ABr ze dne 28. 4. 2011 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic, státní příspěvkové organizace, při zadávání veřejné zakázky „**Stavba 0807/II část Hraniční most, dálnice D 8 Praha – Ústí n. L.**“, vyhlášené v obchodním věstníku č. 2/04 pod zn. 185248-2/04 dne 14. 1. 2004 podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, jehož dalšími účastníky je vybraný uchazeč – společnosti

- **JHP spol. s r. o.**, IČ 45798290, se sídlem Ústřední 423/62, 102 00 Praha 10, za niž jedná Ing. Karel Frankota a Ing. Jiří Dynka, jednatelé, a
- **FIRESTA-Fišer, rekonstrukce, stavby a. s.**, IČ 25317628, se sídlem Mlýnská 68, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Vladimír Fišer, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupena JUDr. Zdeňkem Daňhelem, advokátem, Těsnohlídkova 943/9, 613 00 Brno,

kteří podaly společnou nabídku podle smlouvy o sdružení č. 01/2004 ze dne 1. 3. 2004, a jejichž nabídka byla vybrána jako nejvhodnější, dále uchazeč, jehož nabídka se v hodnocení umístila na druhém místě – společnosti

- **MCE Slaný, s. r. o.**, IČ 43774407, se sídlem Netovická 538, 274 01 Slaný, za niž jedná Dipl. Ing. Jan Maroušek a Ing. Jan Tatíček, jednatelé,
- **EUROVIA CS, a. s.**, IČ 45274924, se sídlem Národní třída 10, 113 19 Praha 1, za niž jedná Ing. Martin Borovka, předseda představenstva, a

- **MCE Stahl- und Maschinenbau GmbH & Co**, se sídlem Lunzerstraße 64, A-4031 Linz, Österreich, za niž jedná Mag. Wolfgang Preinfalk a Ing. Johan Nöbauer, které podaly společnou nabídku podle smlouvy o sdružení ze dne 18. 3. 2004, a ve správním řízení jsou zastoupeny JUDr. Janem Oškrdalem, advokátem se sídlem AK Oškrdal, Hlucháň, Surga, Štefánikova 65,150 00 Praha, a dále uchazeč, jehož nabídka se umístila na třetím místě – společnosti
- **Berger Bau GmbH**, se sídlem Äussere Spitalhofstrasse 19, 940 36 Passau, SRN, za niž jedná Kari Gessl, jednatel,
- **BERGER BOHEMIA a. s.**, IČ 45357269, se sídlem Klatovská 410, 320 64 Plzeň, za niž jedná Ing. Zdeněk Pilík a Ing. Ladislav Provod, předseda a člen představenstva, a
- **Vodohospodářské stavby, společnost s ručením omezeným**, IČ 40233308, se sídlem Křížíkova 2393, 415 01 Teplice, za niž jedná jednatel Ing. Jindřich Pytelka, CSc., které podaly společnou nabídku podle smlouvy o sdružení č. 6/2004 ze dne 26. 2. 2004,

jsem podle § 90 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 66 odst. 2 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, s přihlédnutím k § 152 odst. 4 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S228/2004-3970/2011/520/ABr ze dne 28. 4. 2011,

r u š í m

a správní řízení

z a s t a v u j i.

ODŮVODNĚNÍ

- I. **Zadávací řízení, správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže a řízení před správními soudy**
1. Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, IČ 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha (dále jen „zadavatel“), vyhlásil v obchodním věstníku č. 2/04 pod zn. 185248-2/04 dne 14. 1. 2004 podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) veřejnou zakázku s názvem „Stavba 0807/II část Hraniční most, dálnice D 8 Praha – Ústí n. L.“.¹

¹ Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

2. Dne 21. 6. 2004 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“ nebo „**orgán dohledu**“) návrh společnosti MCE Slaný, s. r. o., IČ 43774407, se sídlem Netovická 538, 274 01 Slaný (dále též jen „**uchazeč MCE**“) na zahájení správního řízení o přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách podaných proti jeho rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Vzhledem k tomu, že uchazeč MCE podal návrh pouze svým jménem, a nikoli jménem všech účastníků „Sdružení D8 – 0807/II Hraniční most“, jimiž kromě uchazeče MCE jsou společnosti EUROVIA CS, a. s., IČ 45274924, se sídlem Národní třída 10, 113 19 Praha, MCE Stahl- und Maschinenbau GmbH & Co, se sídlem Lunzerstraße 64, A-4031 Linz, Österreich (dále též jen „**uchazeč Sdružení D8 – 0807/II Hraniční most**“), Úřad správní řízení zastavil. Vzhledem k tomu, že však z předložené dokumentace získal pochybnosti o správnosti postupu zadavatele při výběru nejvhodnější nabídky, neboť ten mj. navzdory doporučení hodnotící komise vybral jako nejvhodnější nabídku „Sdružení D8-Hraniční most ČR-SRN“, která je tvořena společnostmi JHP spol. s r. o., IČ 45798290, se sídlem Ústřední 423/62, 102 00 Praha, a FIRESTA-Fišer, rekonstrukce, stavby a. s., IČ 25317628, Mlýnská 68, 602 00 Brno, (dále též jen „**vybraný uchazeč**“) namísto uchazeče Sdružení D8 – 0807/II Hraniční most, zahájil ve věci správní řízení z moci úřední, a to ke dni 19. 11. 2004. Za účastníky tohoto správního řízení Úřad označil vybraného uchazeče, uchazeče Sdružení D8 – 0807/II Hraniční most a uchazeče, který se umístil na třetím místě – „Sdružení BERGER a VHS“ tvořené společnostmi Berger Bau GmbH, se sídlem Äussere Spitalhofstrasse 19, 940 36 Passau, SRN, BERGER BOHEMIA a. s., IČ 45357269, se sídlem Klatovská 410, 320 64 Plzeň, a Vodohospodářské stavby, společnost s ručením omezeným, IČ 40233308, se sídlem Křížíkova 2393, 415 01 Teplice (dále též jen „**uchazeč Sdružení BERGER a VHS**“).
3. Po přezkoumání rozhodných skutečností vydal Úřad dne 17. 1. 2005 rozhodnutí č. j. VZ/S228/2004-152/235/05-GS, ve kterém konstatoval, že zadavatel závažně porušil ustanovení § 6 odst. 1 v návaznosti na § 5 odst. 1 písm. d) zákona tím, že nabídky uchazečů nehodnotil podle způsobu hodnocení nabídek stanoveného v zadání šetřené veřejné zakázky, když v rámci kritéria hodnocení „Odborná způsobilost“ hodnotil jiné údaje, než obsahují formuláře vyjmenované v zadávací dokumentaci v bodě 4.1.5, díl 1, část 1, a dále že porušil § 38 odst. 2 téhož zákona, neboť nezdůvodnil své rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Za zjištěná porušení zákona uložil zadavateli pokutu ve výši 630 000 Kč. Proti rozhodnutí Úřadu č. j. VZ/S228/2004-152/235/05-GS ze dne 17. 1. 2005 podali zadavatel a uchazeč EUROVIA CS, a. s., IČ 45274924, Národní třída 10, 113 19 Praha (dále též jen „**uchazeč EUROVIA**“) jakožto vedoucí Sdružení D8 – 0807/II Hraniční most, rozklady, které byly rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. R16, 17/05-Hr ze dne 8. 7. 2005 zamítnuty a napadené rozhodnutí bylo potvrzeno.
4. Uchazeč EUROVIA podal posléze žalobu ke Krajskému soudu v Brně, kterou se domáhal zrušení obou posledně označených rozhodnutí. Krajský soud v Brně rozsudkem sp. zn. 62 Ca 135/2005 ze dne 31. 10. 2006 (dále jen „**rozsudek**“) zrušil rozhodnutí o rozkladu a vrátil věc předsedovi Úřadu k dalšímu řízení, neboť řízení bylo stíženo těžkou procesní vadou, když orgán dohledu (resp. jeho předseda) nerozhodl žádným ze způsobů předvídaných § 59 zákona.

5. Rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. R16,17/05/05-4518/2009/310-ASc ze dne 16. 4. 2009 bylo rozhodnutí č. j. VZ/S228/2004-152/235/05-GS ze dne 17. 1. 2005 zrušeno a věc byla orgánu dohledu vrácena k novému rozhodnutí.

II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 28. 4. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S228/2004-3970/2011/520/ABr (dále jen „napadené rozhodnutí“), jehož výrokem I. rozhodl, že zadavatel porušil ustanovení § 6 odst. 1 v návaznosti na § 5 odst. 1 písm. d) zákona tím, že nabídky uchazečů nehodnotil podle způsobu hodnocení nabídek stanoveného v zadání šetřené veřejné zakázky, když v rámci kritéria hodnocení „odborná způsobilost“ hodnotil jiné údaje, než obsahují formuláře vyjmenované v zadávací dokumentaci v bodě 4.1.5, díl 1, část 1, a dále ustanovení § 38 odst. 2 zákona, neboť nezdůvodnil své rozhodnutí o výběru nevhodnější nabídky. Výrokem II. Úřad podle § 59 písm. a) zákona zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nevhodnější nabídky ze dne 21. 5. 2004 a zadavateli uložil provést nový výběr, a to do dvou měsíců ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí. Konečně výrokem III. uložil Úřad zadavateli podle § 79 odst. 5 zákona č 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) a podle § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška“) povinnost uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč, a to do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.
7. Orgán dohledu se v odůvodnění napadeného rozhodnutí nejprve zabýval hodnocením odborné způsobilosti uchazečů zadavatelem. S odkazem na zadávací dokumentaci (její část „Pokyny pro uchazeče, díl 1, část 1“ a bod 4.1.5), dále na tabulky hodnocení tvořící přílohu ke zprávě o posouzení a hodnocení nabídek a konečně s odkazem na § 5 odst. 1 písm. d) a § 6 odst. 1 zákona uvedl, že z podmínek soutěže a ze zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel zamýšlel hodnotit v rámci kritéria hodnocení „odborná způsobilost“ informace uvedené na formulářích vyjmenovaných pod bodem 4.1.5 zadávací dokumentace, díl 1, část 1. Co bude konkrétně hodnoceno v rámci podkritérií kritéria „odborná způsobilost“ (objem stavebních prací provedených v uplynulých třech letech, zkušenosti s prováděním staveb obdobného charakteru, zajištění potřebných stavebních strojů a zařízení pro realizaci zakázky a subjektivní hodnocení odborné způsobilosti podle hodnotitele – člena hodnotící komise), zadavatel upřesnil ve „vysvětlení k rozhodnutí o výběru nevhodnější nabídky“. To, že v rámci kritéria „odborná způsobilost“ budou hodnoceny rovněž údaje z formulářů č. 4.4., a to v rámci podkritéria č. 1, z podmínek soutěže ani ze zadávací dokumentace není zřejmé. Zadavatel sice pod bodem 31.2 zadávací dokumentace odkazuje na formuláře, avšak pouze na formuláře podle bodu 4.1.5, díl 1, část 1. Formulář 4.4. se pod bodem 4.1.5 nenachází, neboť je obsažen pod bodem 4.1.3 zadávací dokumentace. Nelze rovněž přijmout argumentaci zadavatele, že by podkritérium č. 1 odpovídalo bodu 31.2 písm. d) zadávací dokumentace, neboť ze „zkušeností s prováděním staveb podobného charakteru a historie sporů“ (bod 31.2 písm. d) zadávací dokumentace) nevyplývá, že by zadavatel zamýšlel hodnotit rovněž „roční objem stavebních prací provedených v uplynulých třech letech“ (podkritérium č. 1). Rovněž v rámci podkritéria „odborná způsobilost“ hodnotil zadavatel

informace z formulářů č. 4.1.1 a 4.2, které se také nenacházejí pod bodem 4.1.5 (díl 1, část 1), nýbrž jsou obsaženy v bodě 4.1.1 (díl 1, část 1) zadávací dokumentace. Zadavatel však v zadávací dokumentaci pod bodem 31.2 uvedl, že se při hodnocení podle kritéria „odborná způsobilost“ berou v úvahu informace poskytnuté uchazeči v dotaznících podle článku 4.1.5 zadávací dokumentace. Ze zadání šetřené veřejné zakázky tedy žádným způsobem nevyplývalo, že budou hodnoceny i údaje z jiných formulářů než z těch, které jsou vyjmenovány pod bodem 4.1.5 (díl 1, část 1) zadávací dokumentace. Nelze se tedy ztotožnit s názorem zadavatele uvedeným v jeho stanovisku, že „všechny skutečnosti, které byly pro hodnocení použity, jsou zmíněny v bodě 31. zadávací dokumentace“, neboť bod 31. odkazuje pouze na formuláře vyjmenované v bodě 4.1.5 zadávací dokumentace, avšak dle vysvětlení zadavatele byly hodnoceny údaje i z jiných formulářů, které se pod bodem 4.1.5 nenacházejí. Zadavatel tedy v rámci kritéria hodnocení „odborná způsobilost“ hodnotil i údaje z formulářů č. 4.1.1, 4.2 a 4.4., které nebyly obsahem formulářů, na které zadavatel odkazoval v zadávací dokumentaci při podrobnějším vymezení předmětného kritéria hodnocení, což výslovně potvrdil ve svém vyjádření ze dne 5. 8. 2004. Na základě výše uvedených skutečností dospěl orgán dohledu k závěru, že zadavatel závažně porušil § 6 odst. 1 v návaznosti na § 5 odst. 1 písm. d) zákona tím, že nabídky nehodnotil podle způsobu hodnocení nabídek stanoveného v zadání šetřené veřejné zakázky, když v rámci kritéria hodnocení „odborná způsobilost“ hodnotil jiné údaje, než obsahují formuláře vyjmenované v zadávací dokumentaci v bodě 4.1.5, díl 1, část 1. Závažnost porušení zákona spatřoval orgán dohledu především v tom, že zadavatel na začátku zadávacího procesu stanovil určité podmínky (tj. způsob hodnocení nabídek), které sám v procesu zadávání nedodržel. Uvedeným postupem zadavatele byla opětovně porušena hlavní zásada zadávání veřejných zakázek, a to zásada transparentnosti.

8. V další části odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval rozhodnutím zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. S odkazem na § 38 odst. 1 a 2 zákona Úřad připomněl, že zadavatel důvody odlišného hodnocení nabídek od hodnocení jednotlivými členy komise zaznamenal v písemnosti označené jako „odůvodnění odlišného rozhodnutí“ ze dne 21. 5. 2004, ze které vyplývá, že změnil bodové hodnocení nabídek u podkritérií č. 2 a 4. Z tohoto odůvodnění však nevyplývá, které konkrétní skutečnosti z nabídek uchazečů byly v rámci jednotlivých podkritérií, resp. v rámci kritéria „odborná způsobilost“, hodnoceny, a které údaje z nabídek uchazečů byly rozhodující v tom smyslu, že některá nabídka byla hodnocena v rámci daného podkritéria lépe (např. vyšším počtem bodů) a některá hůře (např. nižším počtem bodů). Lze se dále pouze domnívat, které konkrétní údaje z formulářů 4.6.4. z nabídek uchazečů byly pro zadavatele rozhodující v tom smyslu, proč přiřadil všem nabídkám stejný počet bodů, když na bodové hodnocení neměl vliv ani různý počet staveb, ani zda uchazeč realizoval nejen stavby ve vlastní zemi, ale i stavby v zahraničí. K problematice odlišného hodnocení nabídek ze strany zadavatele orgán dohledu uvedl, že při zadávání veřejné zakázky formou obchodní veřejné soutěže se na výběru nejvhodnější nabídky musí ze zákona obligatorně podílet také zadavatelem jmenovaná komise pro posuzování a hodnocení nabídek, která sestaví pořadí nabídek a doporučí pak zadavateli nejvhodnější z nich. Pokud zadavatel využije možnosti, kterou mu dává ustanovení § 38 odst. 2 zákona a rozhodne o výběru nejvhodnější nabídky odlišně od doporučení komise, pak de facto sám přebírá roli této komise, čímž se na něj analogicky vztahuje i povinnost pořádit o posouzení a hodnocení nabídek zápis resp. písemnou zprávu (ustanovení § 37 odst. 1

zákona). Zákon v citovaném ustanovení stanovuje pro tuto zprávu určité náležitosti a jedním z cílů těchto náležitostí je snaha transparentně doložit, že nabídka vybraného uchazeče je opravdu tou nejvhodnější nabídkou ve smyslu ustanovení § 38 odst. 1 zákona. Pokud tedy ustanovení § 38 odst. 2 zákona hovoří o „písemném zdůvodnění“, musí mít takové písemné zdůvodnění stejnou vypovídací hodnotu ve vztahu ke skutečnosti, že hodnocení nabídek proběhlo v souladu se zákonem, resp. se zveřejněnými podmínkami soutěže, jako by ji měla písemná zpráva komise, jinak by nebyl naplněn požadavek na průhlednost procesu zadávání veřejných zakázek a byl by popřen sám smysl výběrového řízení. Z písemného odůvodnění zadavatele podle § 38 odst. 2 zákona musí být zřejmé nejen to, jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých kritérií hodnocení, tj. kolik bodů bylo nabídkám v rámci jednotlivých kritérií přiřazeno, ale písemný záznam musí obsahovat rovněž důvody, proč byla konkrétní nabídka v rámci jednotlivých kritérií hodnocena lépe (např. vyšším počtem bodů) než ostatní nabídky, a to na základě kterých konkrétních údajů uvedených v nabídkách uchazečů. Orgán dohledu tak dospěl k závěru, že „odůvodnění odlišného rozhodnutí“ ze dne 21. 5. 2004 nelze v tomto smyslu považovat za úplné a transparentní. Na základě uvedených skutečností dospěl orgán dohledu k závěru, že zadavatel závažně porušil § 38 odst. 2 ve spojení s § 37 odst. 1 zákona, neboť nezdůvodnil své rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, které neodpovídá pořadí nabídek podle hodnocení komise, v souladu se zákonem. Proces hodnocení nabídek i výběr nejvhodnější nabídky se tak stal netransparentním a nepřezkoumatelným. Orgán dohledu posoudil uvedené porušení zákona jako závažné, neboť odlišné hodnocení nabídek zadavatelem oproti hodnocení jednotlivými členy komise ovlivnilo pořadí jednotlivých nabídek a následně i výběr nejvhodnější nabídky.

9. Orgán dohledu připomněl, že předmět veřejné zakázky je hotov, stavba byla zkolaudována a je užívána. Vzhledem však k tomu, že Krajský soud v Brně dospěl v rozsudku k závěru, že z pravomocí orgánu dohledu vymezených v § 52 zákona a z ustanovení § 59 a 60a zákona vyplývá, že orgán dohledu je při přezkoumání rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky oprávněn rozhodnout pouze jedním ze způsobů uvedených v § 59 zákona, a to bez ohledu, zda je proces zadávání ukončen uzavřením smlouvy či nikoliv, Úřad vázaný tímto názorem soudu a vázaný podle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu právním názorem vysloveným předsedou Úřadu při novém projednání věci, rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
10. Závěrem napadeného rozhodnutí Úřad poznamenal ke stavu zadávání a k dalšímu postupu zadavatele, že dle § 66 odst. 2 zákona právo zadavatele na zrušení zadání veřejné zakázky, které si vyhradil v podmínkách zadání veřejné zakázky, lze uplatnit pouze do doby rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Z předložených podkladů vyplývá, že si zadavatel vyhradil právo na zrušení obchodní veřejné soutěže bez jakýchkoliv závazků k uchazečům. Orgán dohledu poznamenává, že případné využití výhrady zrušení zadání veřejné zakázky zadavatelem při jeho dalším postupu by nebylo v rozporu se zákonem ani s rozhodnutím orgánu dohledu, jelikož proces zadávání veřejné zakázky se tímto rozhodnutím dostává do fáze před posuzováním a hodnocením nabídek. V současné době také již uplynula zadávací lhůta, po kterou byli uchazeči svými nabídkami vázáni.

III. Námitky rozkladu

11. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad rozklad zadavatele. Ten vytýká napadenému rozhodnutí nesprávnost, neboť provedení nového výběru do dvou měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí v době, kdy již předmětná veřejná zakázka je realizována, považuje za rozhodnutí vydané v rozporu se zásadami účelnosti a hospodárnosti uvedenými v § 6 odst. 2 správního řádu a zásadou proporcionality podle § 2 odst. 3 správního řádu. Zadavatel zastává názor, že jestliže smlouva na provedení stavby podle § 559 zákona č. 40/1964 Sb. občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „OZ“) splněním zanikla před několika lety, jsou naplněny důvody pro zastavení správního řízení podle § 66 odst. 2 správního řádu, neboť zanikla věc, resp. právo, jehož se řízení týká. Přestože Úřad v závěru napadeného rozhodnutí „doporučil“ zadavateli zrušit veřejnou zakázku, považuje zadavatel tento postup za nelogický a za daných skutkových okolností dokonce za absurdní, neboť zrušení zadávacího řízení nebude mít jakýkoli praktický důsledek. Zadavatel dále dovozuje, že Úřad není vázán rozsudkem Krajského soudu v Brně, neboť v době rozhodování Úřadu se již změnila právní situace oproti stavu v době vydání rozsudku, kdy nebyla stavba ještě dokončena. Podle názoru zadavatele v době rozhodování soudu existovala objektivní možnost, že by došlo k nápravě případného nesprávného postupu zadavatele, jestliže by se ho zadavatel dopustil (s čímž zadavatel nesouhlasí), zatímco nyní, v době užívání stavby veřejností, je již náprava nesprávného postupu novým výběrem nemožná. V této souvislosti poukazuje zadavatel na předchozí rozhodovací praxi Úřadu, skutkově a právně obdobnou s řešeným případem, a to konkrétně na rozhodnutí ze dne 18. 1. 2011, č. j. ÚOHS-R67/2010/Vz-881/2011/310/JHr, kterým předseda Úřadu potvrdil rozhodnutí Úřadu o zastavení správního řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, neboť se návrh na zahájení správního řízení stal zjevně bezpředmětným. V jiných rozhodnutích Úřad vyslovil, že pokud byla veřejná zakázka realizována, nelze podle § 59, resp. § 60 zákona uložit opatření k nápravě. Z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci ze dne 7. 9. 2000, sp. zn. 2 A 7/2000, rovněž vyplývá, že pokud je předmět plnění již v plném rozsahu splněn, není dán důvod pro další pokračování řízení o přezkumu ze strany orgánu dohledu. Napadené rozhodnutí bylo vydáno po více jak šesti letech po zahájení přezkumu Úřadem a cca 4 roky po vydání zrušujícího rozsudku, a i proto postrádá zrušení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky smyslu; časová prodleva má za následek, že by rozhodnutí o porušení zákona bylo v rozporu s principy dobré správy. Zadavatel kromě toho zastává názor, že by měla být při výkladu příslušných ustanovení zákona právě s ohledem na časovou prodlevu brána v úvahu i pozdější právní úprava (na podporu svého tvrzení odkazuje na § 109 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů). Při jejím zohlednění je zřejmé, že po zániku smlouvy na veřejnou zakázku již není možné uložit zákaz plnění ze smlouvy, tím méně provést nové vyhodnocení (již neplatných) nabídek. Závěrem této části podaného rozkladu zadavatel odkazuje na § 60a zákona, ze kterého dle jeho názoru vyplývá, že v řízeních zahájených z vlastního podnětu nemají být §§ 59 a 60 zákona použity striktně, ale pouze tehdy, jsou-li k tomu dány relevantní důvody.

12. Zadavatel dále nesouhlasí s názorem Úřadu, že porušil § 6 odst. 1 v návaznosti na § 5 odst. 1 písm. d) zákona tím, že nabídky uchazečů nehodnotil podle způsobu hodnocení nabídek stanoveného v zadání šetřené veřejné zakázky, když v rámci kritéria hodnocení „odborná

způsobilost“ hodnotil jiné údaje, než obsahují formuláře vyjmenované v zadávací dokumentaci. Zadavatel ve svém rozkladu uvádí, že měl v úmyslu hodnotit nabídky v rámci kritéria odborné způsobilosti ještě podle jiných údajů než podle údajů z formulářů uvedených v bodě 4.1.5., díl 1, část 1, např. z formulářů 4.1.1., 4.2. a 4.4. Zadavatel vymezil hlavní kritéria pro posouzení odborné způsobilosti a nad jejich rámec z důvodu větší transparentnosti uvedl také rozsah základních dokumentů, z nichž bude čerpat informace pro hodnocení této odborné způsobilosti. Všechna čtyři podkritéria navíc korespondovala se základními kritérii a žádné kritérium, jež by nebylo obsaženo v zadávací dokumentaci, hodnoceno nebylo. Zařazení formulářů 4.1.1 a 4.2 do zadávací dokumentace, pokud by tyto formuláře současně neměly být hodnoceny, by postrádalo smysl; tento výklad potvrzuje i § 2f odst. 2 zákona. Hodnocení podle čl. 4.4 zadávací dokumentace bylo oproti hodnocení podle čl. 4.1.5 marginální. I kdyby tedy Úřad dospěl k závěru, že zadavatel v rámci posuzování odborné způsobilosti uchazečů neměl hodnotit údaje mimo formuláře podle čl. 4.5.1, nemohlo by se jednat o závažné porušení zákona. U všech uchazečů navíc byl posuzován stejný okruh informací, a tedy hodnocení bylo zcela spravedlivé, rovnocenné a nediskriminační. Hlavním kritériem hodnocení byla nabídková cena sváhou 67 %, subjektivní kritérium „odborná způsobilost“ bylo subsidiární, čemuž odpovídá i to, že jako nejvhodnější byla posouzena nabídka s nejnižší cenou, což je plně v souladu s cíli a zásadami zákona.

13. K rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zadavatel uvádí, že důvody jiného hodnocení uvedl v odůvodnění odlišného rozhodnutí ze dne 21. 5. 2004. Z § 38 zákona nevyplývá rozsah, v jakém musí být zdůvodnění provedeno, ani konkrétní náležitosti tohoto zdůvodnění. Zadavatel je tedy přesvědčen, že nezbytné a základní náležitosti ve smyslu § 38 zákona toto odůvodnění odlišného rozhodnutí obsahuje a že jeho případná neúplnost nemohla znamenat závažné porušení zákona; mohlo se jednat max. o chybu formálního charakteru. K výtce, že toto odůvodnění není transparentní, poukazuje zadavatel na vícekrát vyslovený názor, že úvahy členů hodnotící komise nelze podrobit přezkumu, neboť by se Úřad sám stylizoval do role zadavatele. Z tohoto důvodu považuje zadavatel absentující detailní odůvodnění za irelevantní. Co se týče důvodů pro odlišné hodnocení, uvádí navrhovatel, že všechny nabídky obsahovaly z odborného hlediska dostatečný počet staveb obdobného charakteru pro to, aby mohly být ohodnoceny plným počtem bodů, což také zadavatel výslovně uvedl. Zda byla stavba realizována v ČR nebo v zahraničí, považuje zadavatel za nepodstatné. Zadavatel dále určil hranici dvojnásobku minimálního počtu staveb a od této hranice již byli uchazeči hodnoceni maximálním počtem bodů; jako důvod takového postupu uvádí zadavatel ochranu menších podniků oproti velkým společnostem. Co se týče podkritéria č. 4, důvodem odlišného hodnocení byla skutečnost, že zadavatel dospěl k odlišným závěrům ohledně schopnosti uchazečů plnit veřejnou zakázku. Přestože se jednalo o dílčí subjektivní podkritérium, stanovil zadavatel přesně metodu hodnocení a dospěl na jejím základě k menším bodovým rozdílům než hodnotící komise. Zdůrazňuje však v této souvislosti, že přezkum subjektivního hodnocení Úřadu nepřísluší. Podkritéria č. 1 a 3 byla hodnocena na základě exaktní matematické metody, což je zřejmé ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, a proto zadavatel toto hodnocení považuje za transparentní a přezkoumatelné, bez možnosti subjektivního ovlivnění.

14. Zadavatel předložil v závěru rozkladu alternativní petit. Zprvė navrhuje, aby Úřad správní řízení pro odpadnutí důvodu zastavil ve smyslu § 66 odst. 2 správního řádu, ve spojení s § 88 odst. 2 správního řádu. Pokud by Úřad nevyužil institutu autoremedury a předložil rozhodnutí předsedovi Úřadu, navrhuje zadavatel, aby předseda Úřadu rozhodl podle § 90 odst. 1 písm. a) ve spojení s § 66 odst. 2 správního řádu tak, že napadené rozhodnutí zruší a správní řízení zastaví. Konečně jako třetí možnost navrhuje zadavatel, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil podle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu a věc Úřadu vrátil k dalšímu řízení, neshledá-li podmínky pro zastavení správního řízení.

IV. Řízení o rozkladu

15. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
16. 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 s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
17. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S228/2004-3970/2011/520/ABr ze dne 28. 4. 2011, rozhodl, že zadavatel porušil ustanovení § 6 odst. 1 v návaznosti na § 5 odst. 1 písm. d) zákona tím, že nabídky uchazečů nehodnotil podle způsobu hodnocení nabídek stanoveného v zadání šetřené veřejné zakázky, když v rámci kritéria hodnocení „odborná způsobilost“ hodnotil jiné údaje, než obsahují formuláře vyjmenované v zadávací dokumentaci v bodě 4.1.5, díl 1, část 1, a dále ustanovení § 38 odst. 2 zákona, neboť nezdůvodnil své rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, za což Úřad podle § 59 písm. a) zákona zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 21. 5. 2004 a zadavateli uložil provést nový výběr, a to do dvou měsíců ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí, a konečně kterým uložil zadavateli podle § 79 odst. 5 správního řádu a § 6 odst. 1 vyhlášky povinnost uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč, a to do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí, nerozhodl správně. S ohledem na zjištěné skutkové okolnosti přezkoumávaného případu jsem seznal, že je nutné napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit, neboť nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení dle § 90 odst. 4 správního řádu v návaznosti na § 66 odst. 2 a § 152 odst. 4 téhož zákona. Nebylo současně zjištěno, že by jiné rozhodnutí o podaném rozkladu mohlo mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků řízení.

V. K námitkám rozkladu

18. Podle § 158 odst. 2 nyní účinného zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, se v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a v řízení o uložení sankce, která byla zahájena po nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo veřejnou soutěž o návrh podle odstavce 1 navazují, se postupuje podle dosavadních právních předpisů. Obdobnou

právní úpravu obsahuje i § 109 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů: Zadávání veřejných zakázek, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se dokončí podle dosavadních právních předpisů. Obdobně se postupuje i v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu nebo v řízení o uložení sankce, které na zadávání veřejných zakázek podle věty první navazují. Z uvedených ustanovení *a contrario* vyplývá, že Úřad musí v přezkoumávaném případě rozhodnout některým ze způsobů předpokládaným zákonem č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. Tomuto závěru ostatně odpovídá právní názor obsažený v rozsudku, jehož odůvodněním byl Úřad při novém posouzení věci (tj. při vydání napadeného rozhodnutí) zavázán.

19. Jak vyplývá ze správního spisu a podaného rozkladu, v současné době je veřejná zakázka plně realizována, tj. nejenže byl proveden výběr uchazeče a uzavřena s ním smlouva, ale navíc byly veškeré závazky z této smlouvy splněny, a tedy došlo k jejímu zániku ve smyslu § 559 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů. Přestože jsem si vědom povinnosti orgánu dohledu rozhodnout ve věci v souladu s odůvodněním rozsudku Krajského soudu v Brně, kterým tento soud uložil Úřadu rozhodnout některým ze způsobů uvedených v § 59 zákona, jsem toho názoru, že vázanost rozsudkem nelze vnímat absolutně, tj. neměla by vyústit ve zjevně nerealizovatelné rozhodnutí. Je-li předmět plnění (zde výstavba úseku dálnice D 8) již zkolaudován, nový výběr uchazeče zcela postrádá smyslu, neboť není nic, co by nově vybraný uchazeč mohl pro zadavatele vykonat, není žádný závazek, který by mohl pro zadavatele splnit, a není žádná zakázka, o níž by bylo možné soutěžit. Jednalo by se tedy jen o ryze formální zadavatelův krok bez jakýchkoli přínosných důsledků nejen pro účastníky řízení, ale i pro jiné potenciální dodavatele. Nápravné opatření ve smyslu § 59 zákona, které by Úřad měl uložit podle rozsudku Krajského soudu v Brně, rovněž nemůže mít reparační a restituční účinky, které jsou citovaným ustanovením zejména sledovány, neboť účinná náprava v této fázi již není možná.
20. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem jsem dospěl k závěru, že odpadly důvody správního řízení, neboť zanikla věc či právo, kterého se správní řízení týkalo (§ 66 odst. 2 správního řádu), a proto je na místě správní řízení zastavit a napadené rozhodnutí zrušit. Z uvedeného důvodu a také s ohledem na neúplnou úpravu rozkladu ve správním řádu, kdy ustanovení § 152 odst. 4 správního řádu výslovně odkazuje na ustanovení o odvolání, nevylučuje-li to povaha věci, jsem v řízení o rozkladu postupoval podle § 90 odst. 4 správního řádu, který pro účely druhostupňového řízení pamatuje na obdobné situace jako zmíněný § 66 odst. 2 téhož zákona. Ustanovení § 90 odst. 4 správního řádu stanoví, že v případě, kdy odvolací správní orgán (zde správní orgán rozhodující o rozkladu) zjistí, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího napadené rozhodnutí zruší a správní řízení zastaví, ledaže jiné rozhodnutí o odvolání (rozkladu) může mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků. Nebylo však zjištěno, že by takový význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků existoval. Pro úplnost dodávám, že jsem se fakticky přiklonil k řešení navrhanému zadavatelem pod bodem 2. závěrečného rozkladového petitu s tím, že jsem namísto § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu rozhodl

podle § 90 odst. 4 správního řádu, neboť mám za to, že naposledy citované ustanovení lépe vystihuje nastalou skutkovou a právní situaci.

21. Závěr

22. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že zaniklo právo, jehož se řízení týká, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.

23. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUDr. Karel Muzikář, advokát, Křižovnické nám. 193/2, 110 00 Praha
2. JHP spol. s r. o., Ústřední 423/62, 102 00 Praha
3. JUDr. Zdeněk Daňhel, advokát, Těsnohlídkova 943/9, 613 00 Brno
4. JUDr. Jan Oškrdal, advokát, Štefánikova 65, 150 00 Praha
5. Berger Bau GmbH, Äussere Spitalhofstrasse 19, 940 36 Passau, SRN
6. BERGER BOHEMIA a. s., Klatovská 410, 320 64 Plzeň,
7. Vodohospodářské stavby, s. r. o., Křižíkova 2393, 415 01 Teplice

Vypraveno dne:

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