UOHSX008ZF19

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0163/2016/VZ-49395/2016/322/LBa Brno 16. prosince 2016

V řízení o rozkladu ze dne 25. 5. 2016 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Statutární město Brno**, městská část Brno-Žabovřesky, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské náměstí 196/1, 602 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0155/2016/VZ-20197/2016/542/ODv ze dne 11. 5. 2016 vydanému ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Administrace výběrových řízení**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném na základě výzvy k podání nabídek ze dne 4. 12. 2015, jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- „**Společenství zástupců zadavatele Statutární město Brno, městská část Žabovřesky**“, jehož členy jsou:
  - **RPA Tender, s.r.o.**, IČO 29367107, se sídlem Starobrněnská 690/20, 602 00 Brno,
  - **Regionální poradenská agentura, s.r.o.**, IČO 26298163, se sídlem Starobrněnská 690/20, 602 00 Brno,
  - **Zadávací servis, s.r.o.**, IČO 29352550, se sídlem Purkyňova 648/125, 612 00 Brno,

  ve správním řízení zastoupeni na základě plné moci ze dne 10. 3. 2016 společností RPA Tender, s.r.o., IČO 29367107, se sídlem Starobrněnská 690/20, 602 00 Brno,

a vybraní uchazeči –

- **VIA Consult a.s.**, IČO 25084275, se sídlem nám. Svobody 527, 739 61 Třinec,

- „**Sdružení pro MČ Brno-Žabovřesky**“, jehož členy jsou:
  - **Public Market Advisory s.r.o.**, IČO 02322021, se sídlem Šromova 639/43, 643 00 Brno,
  - **IK consult s.r.o.**, IČO 27713326, se sídlem Živného 1254/8, Bystrc, 635 00 Brno,

  ve správním řízení zastoupeni na základě smlouvy o sdružení ze dne 15. 12. 2015 společností Public Market Advisory s.r.o., IČO 02322021, se sídlem Šromova 639/43, 643 00 Brno,
- **RTS, a.s.**, IČO 25533843, se sídlem Lazaretní 4038/13, 615 00 Brno,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0155/2016/VZ-20197/2016/542/ODv ze dne 11. 5. 2016

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 4. 12. 2015 zadavatel – Statutární město Brno, městská část Brno-Žabovřesky, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské náměstí 196/1, 602 00 Brno (dále jen „**zadavatel**“), zahájil odesláním výzvy k podání nabídek (dále je „**výzva**“) zjednodušené podlimitní řízení na veřejnou zakázku s názvem „Administrace výběrových řízení“(dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. V článku 8. zadávací dokumentace zadavatel určil jako základní hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky a jako dílčí hodnotící kritéria nabídkovou cenu a „kvalifikaci a zkušenosti osob zapojených do realizace veřejné zakázky, které mají významný dopad na její plnění“.
3. V bodu 8.2.1. výzvy zadavatel uvedl, že v rámci druhého výše uvedeného dílčího hodnotícího kritéria bude hodnotit 3 subkritéria, mezi nimi rovněž „*celkovou délku praxe hodnocených členů realizačního týmu“.*

4. V bodu 8.3.1. výzvy pak ke způsobu hodnocení tohoto subkritéria zadavatel uvedl, že „*v rámci tohoto dílčího kritéria bude hodnoceno 1. subkritérium - Celková délka praxe hodnocených členů realizačního týmu uvedených v tabulce „Realizační tým – podklady pro hodnocení“. Toto subkritérium, u něhož je nejvýhodnější maximální hodnota hodnocená dle postupu uvedeného výše, bude dále váženo 50%*“.

5. Dne 15. 2. 2016 zadavatel odeslal uchazečům o veřejnou zakázku odůvodněné oznámení o rozhodnutí o výběru nejvhodnějších nabídek, proti kterému navrhovatel – „Společenství zástupců zadavatele Statutární město Brno, městská část Žabovřesky“, jehož účastníci jsou RPA Tender, s.r.o., IČO 29367107, se sídlem Starobrněnská 690/20, 602 00 Brno, Regionální poradenská agentura, s. r. o, IČO 26298163, se sídlem Starobrněnská 690/20, 602 00 Brno, a Zadávací servis, s.r.o., IČO 29352550, se sídlem Purkyňova 648/125, 612 00 Brno (dále jen „**navrhovatel**“), podal námitky ze dne 22. 2. 2016. Zadavatel námitkám navrhovatele rozhodnutím ze dne 1. 3. 2016 nevyhověl, pročež podal navrhovatel k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušnému podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)[1], k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, návrh na přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení veřejné zakázky. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 11. 3. 2016 (dále také „**návrh ze dne 11. 3. 2016**“).

II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 11. 5. 2016 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0155/2016/VZ-20197/2016/542/ODv (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že zadavatel porušil § 44 odst. 3 písm. h) v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona tím, že nepostupoval v souladu se zásadou transparentnosti zadávacího řízení, když v bodu 8.2.1. výzvy stanovil, že v rámci dílčího hodnotícího kritéria „kvalifikace a zkušenosti osob zapojených do realizace veřejné zakázky, které mají významný dopad na její plnění“ bude hodnocena celková délka praxe hodnocených členů realizačního týmu, přičemž blíže nespecifikoval požadavky na oblast dané praxe a délku praxe pro potřeby hodnocení neomezil, kvůli čemuž se staly podmínky zadavatele nejasnými, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jako opatření k nápravě Úřad výrokem II. napadeného rozhodnutí zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku. Výrokem III. napadeného rozhodnutí pak Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení.

7. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že z textace výzvy nevyplývá, v jaké oblasti či oboru měli hodnocení členové realizačního týmu praxi vykonávat. Předmětný bod výzvy totiž pracuje pouze s obecným termínem praxe, který žádným způsobem blíže nespecifikuje. Takto široce nastavené dílčí hodnotící kritérium pak může dle Úřadu vést k absurdní situaci, kdy bude zadavatel povinen akceptovat např. praxi v oboru stavebnictví. Úřad uvedl, že *„samotné znění výzvy omezení praxe ve vztahu k oblasti veřejných zakázek v žádném ustanovení neobsahuje, a dodavatelé (…) se tedy mohli jen dohadovat, co vše*

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

pod pojem „praxe“ spadá, a co nikoli (o nejednoznačnosti ostatně svědčí rozporné výklady navrhovatele a zadavatele)“.

8. Úřad nad rámec toho uvedl, že ani zadavatelem *ex post* provedené doplnění, že svým požadavkem v bodu 8.3.1. výzvy mínil praxi v oblasti veřejných zakázek, je rovněž velmi široké a nespecifické, neboť není zřejmé, zda se má taková praxe vztahovat pouze k období účinnosti zákona (tj. zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách) či existenci celého odvětví práva veřejných zakázek. Pokud by Úřad vycházel z toho, že se má tato praxe vztahovat k existenci celého odvětví práva veřejných zakázek, není dle názoru Úřadu zřejmé, zda se má jednat o praxi v rámci českého právního řádu či zda by zadavatel akceptoval i zahraniční praxi.

9. V další části odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad ke způsobu vymezení subkritéria „celková délka praxe hodnocených členů realizačního týmu“ konstatoval, že nereflektuje základní podmínky v § 78 odst. 4 zákona a z důvodu velmi široké možnosti výkladu pojmu praxe se nevztahuje k nabízenému plnění a v případě neomezení maximální délky praxe nevyjadřuje toto dílčí hodnotící kritérium vztah užitné hodnoty a ceny. Dle Úřadu pak v případě neomezení maximální délky praxe dochází k odstranění vztahu užitné hodnoty a ceny, neboť srovnání desetileté a dvacetileté praxe v oboru bez dalších kritérií nezaručuje výběr kvalitnějšího plnění s vyšší užitnou hodnotou.

10. K námitce zadavatele a vybraných uchazečů – účastníků „Sdružení pro MČ Brno-Žabovřesky“ Public Market Advisory s.r.o., IČO 02322021, se sídlem Šromova 639/43, 643 00 Brno, a IK consult s.r.o., IČO 27713326, se sídlem Živného 1254/8, Bystrc, 635 00 Brno (dále jen „**vybraný uchazeč Sdružení pro MČ Brno-Žabovřesky**“), že námitky navrhovatele směřují proti zadávacím podmínkám, a proto byly podány opožděně, Úřad uvedl, že nejasnost zadávacích podmínek se projevila až v dalším průběhu zadávacího řízení, pročež se v přezkoumávaném případě pro posouzení včasnosti námitek navrhovatele aplikuje subjektivní lhůta. Vzhledem k tomu Úřad dovodil, že námitky navrhovatele byly podány v zákonem stanovené lhůtě.

11. Úřad dále opakovaně v bodech 49. a 63. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že nejasnost zadávacích podmínek vedla k podání vzájemně neporovnatelných nabídek, když uchazeči postupovali podle rozdílných výkladů zadávacích podmínek. Z výše uvedeného pak Úřad rovněž dovodil, že nejasnost zadávacích podmínek měla vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

III. Námitky rozkladu

12. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 12. 5. 2016. Dne 25. 5. 2016 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad zadavatele z téhož dne. Rozklad zadavatele byl proto podán v zákonné lhůtě.

13. Zadavatel v podaném rozkladu k první části výroku napadeného rozhodnutí, jež se vztahuje k nespecifikování oblasti praxe, namítá, že pojem „praxe“ nelze formalisticky hodnotit a posuzovat bez kontextu, v jakém je zařazen do předmětného dílčího hodnotícího kritéria. Zadavatel je přitom toho názoru, že potřebná specifikace oblasti praxe v rámci subkritéria „celková délka praxe hodnocených členů realizačního týmu“ vyplývá z vymezení dílčího kritéria „kvalifikace a zkušenosti osob zapojených do realizace veřejné zakázky, které mají

významný dopad na její plnění“, jehož je toto subkritérium součástí. Oblast praxe dle zadavatele vyplývá rovněž z předmětu plnění veřejné zakázky a z požadavků zadavatele na praxi členů realizačního týmu. Zadavatel rovněž tvrdí, že z podaných nabídek je zřejmé, že uchazeči pochopili oblast požadované praxe stejně, když uvedli praxi z oblasti zadávání veřejných zakázek.

14. Zadavatel dále namítá, že ve výzvě ani v jiné části zadávací dokumentace není hodnocená praxe omezena účinností zákona, zadavateli tedy není zřejmé, z čeho Úřad dovozuje legitimitu takového výkladu. Omezení požadavku na praxi pouze na dobu účinnosti zákona pouze ve vztahu k zadávání veřejných zakázek v rámci českého právního řádu by byl dle zadavatele v rozporu s § 6 odst. 2 zákona, neboť by tím zadavatel omezil účast zahraničních dodavatelů, resp. dodavatelů se zahraniční praxí.

15. Zadavatel konstatuje, že sám navrhovatel ve svém návrhu ze dne 11. 3. 2016 uvedl, že nespojuje délku praxe a kvalitu práce pouze s účinností zákona (a tedy tak dle zadavatele ani ve své nabídce zřejmě nečinil). Navrhovatel dle zadavatele pouze namítal, že jiní uchazeči o veřejnou zakázku uvedli ve svých nabídkách u délky hodnocené praxe nereálné hodnoty. Navrhovatel se dle zadavatele odvolává na nepravdivost uvedených hodnot, nikoliv na to, že by tyto hodnoty měly být vztaženy k praxi v jiném oboru nebo že by správně měla být praxe požadována jen za dobu účinnosti zákona.

16. K druhé části napadeného rozhodnutí, jež zadavateli vytýkala, že délku praxe u dotčeného dílčího hodnotícího kritéria neomezil, zadavatel namítá následující. V prvé řadě je zadavatel toho názoru, že z § 78 odst. 4 zákona nevyplývá, že by byl povinen délku praxe omezit. Zadavatel ani nesouhlasí se závěrem Úřadu v bodu 58. odůvodnění napadeného rozhodnutí, naopak má za to, že i delší praxe vyjadřuje vztah užitné hodnoty a ceny. Zadavatel pak na podporu svých tvrzení odkazuje na závěry rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R197/2014/VZ-00566/2016/323/KKř ze dne 7. 1. 2016, v němž předseda Úřadu dle zadavatele dovodil vliv délky praxe na kvalitu dodávaného plnění. V neposlední řadě zadavatel uvádí, že i pokud by provedl takové časové „zastřešení“ praxe, neovlivnilo by to pořadí nabídek.

Závěr rozkladu

17. Na základě výše uvedeného zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že návrh navrhovatele zamítne, a rozhodne tak, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem.

IV. Řízení o rozkladu

18. Dne 30. 5. 2016 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče Sdružení pro MČ Brno-Žabovřesky z téhož dne k podanému rozkladu, v němž uvádí, že se plně ztotožňuje s rozkladem zadavatele a v dalším odkazuje na svou a zadavatelovu argumentaci v rámci řízení před Úřadem.

19. Dne 3. 6. 2016 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele z téhož dne k podanému rozkladu, v němž uvádí, že se plně ztotožňuje se závěry napadeného rozhodnutí. Navrhovatel dále uvádí, že ze zadávací dokumentace dle jeho názoru nevyplývá, jakou praxi zadavatel po uchazečích požadoval. Ani skutečnost, že všichni uchazeči pochopili, že se má hodnocená praxe vztahovat k oblasti zadávání veřejných zakázek, nemůže dle navrhovatele zhojit

nedostatečné vymezení dotčeného dílčího hodnotícího kritéria ve výzvě. Navrhovatel rovněž trvá na tom, že neomezením maximální délky praxe došlo k tomu, že subkritérium „celková délka praxe hodnocených členů realizačního týmu“ nevyjadřuje vztah užitné hodnoty a ceny.

20. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a proto podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

21. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

22. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v jeho výrocích uvedeno, nerozhodl správně a v souladu se zákonem a správním řádem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a k vrácení věci Úřadu k novému projednání. Současně je v tomto rozhodnutí vysloven závazný právní názor, kterým je Úřad při dalším projednání věci vázán.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

K nevymezení požadavků na oblast praxe

23. V prvé řadě konstatuji, že napadené rozhodnutí bylo vydáno ve správním řízení, jež bylo zahájeno na návrh navrhovatele ze dne 11. 3. 2016. Navrhovatel ve svém návrhu (a ostatně i ve svých námitkách) namítal, že „*celkový součet praxe tří pracovníků u nabídek č. 3, 4, 5 a 8 je možné posuzovat jako zjevně nepřiměřený*“, neboť délka praxe u těchto nabídek „*neodpovídá hodnotám obvykle nabízeným na trhu, a to i vzhledem k zákonu č. 137/2006 Sb.*“. Navrhovatel doplnil, že „*nutně nespojuje délku praxe a kvalitu práce pouze s účinností tohoto zákona, avšak je taktéž jedním z činitelů*“. Navrhovatel dále tvrdil, že nemohl vědět, že zadavatel uchazeče nabízející takové nepravdivé a nereálné hodnoty „*nevyřadí z hodnocení, případně těmto uchazečům v rámci hodnocení neudělí 0 bodů za daná hodnotící subkritéria*“.

24. Rovněž další část návrhu navrhovatele se nese v obdobném duchu, když navrhovatel tvrdí, že dle jeho názoru „*nemůže být relevantní praxe člena týmu přesahující 10 let*“ a že „*praxe delší jak 10 let postrádá smysl a účel i z hlediska praktického dopadu na kvalitu a odbornost práce*“. Navrhovatel pak uzavírá, že „*pochybení nastalo nevyřazením nabídek, které uváděly zjevně nepřiměřené hodnoty*“. Navrhovatel v návrhu *in fine* explicitně uvádí, že „*namítá především pochybení při samotném průběhu posouzení a hodnocení. Zadávací dokumentace neobsahovala žádné limitující hranice pro maximální možnou praxi členů týmu, avšak pokud se s tímto problémem zadavatel reálně setkal až při posouzení a hodnocení nabídek, kdy někteří uchazeči podali nabídky se zjevně nepřiměřenými hodnotami, musel se s tímto zadavatel vypořádat*“.

25. Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí konstatoval, že zadavatel porušil § 44 odst. 3 písm. h) zákona v návaznosti na zásadu transparentnosti v § 6 odst. 1 zákona. Porušení těchto ustanovení zákona Úřad spatřil za prvé v tom, že zadavatel v rámci dílčího hodnotícího kritéria „kvalifikace a zkušenosti osob zapojených do realizace veřejné zakázky, které mají významný dopad na její plnění" blíže nespecifikoval požadavky na oblast praxe, a za druhé, že zadavatel délku praxe pro potřeby hodnocení neomezil. V důsledku uvedených jednání zadavatele se pak zadávací podmínky dle Úřadu staly nejasnými. Úřad se tak ve výroku napadeného rozhodnutí zabýval jednak požadavky zadavatele na oblast praxe a dále (ne)omezením délky hodnocené praxe.

26. V části týkající se oblasti hodnocené praxe Úřad v bodu 47. odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že není zřejmé, v jaké oblasti či oboru měli hodnocení členové realizačního týmu praxi vykonávat, což ve svém důsledku může dle Úřadu vést k tomu, že „*zadavatel s ohledem na netransparentně stanovené předmětné dílčí hodnotící subkritérium bude povinen akceptovat např. praxi v oboru stavebnictví, která se však žádným způsobem nevztahuje k předmětu plnění veřejné zakázky*". V následujícím bodu odůvodnění napadeného rozhodnutí pak Úřad konstatoval, že „*samotné znění výzvy omezení praxe ve vztahu k oblasti veřejných zakázek v žádném ustanovení neobsahuje, a dodavatelé (…) se tedy mohli jen dohadovat, co vše pod pojem „praxe" spadá, a co nikoli*". Úřad dále zhodnotil zadavatelem „*ex post provedené upřesnění*" hodnotícího kritéria a konstatoval, že omezení požadavku na oblast veřejných zakázek je rovněž nespecifické a široké, neboť není zřejmé, zda má zadavatel na mysli oblast veřejných zakázek podle zákona (č. 137/2006 Sb.) či oblast veřejných zakázek v rámci existence celého tohoto právního odvětví. Na základě výše uvedeného Úřad dovodil nejasnost zadávacích podmínek.

27. Podle § 68 odst. 2 správního řádu má výroková část rozhodnutí řešit otázky, které jsou předmětem správního řízení. Pokud je správní řízení zahajováno na návrh navrhovatele tak, jako v přezkoumávaném případě, je předmět správního řízení vymezen obsahem takového návrhu.

28. Z výše citovaných podstatných pasáží návrhu ze dne 11. 3. 2016 plyne, že navrhovatel napadal neomezení délky praxe u dílčího kritéria „kvalifikace a zkušenosti osob zapojených do realizace veřejné zakázky, které mají významný dopad na její plnění" resp. u jeho subkritéria „c*elková délka praxe hodnocených členů realizačního týmu"* (což je reflektováno v druhé části výroku I. napadeného rozhodnutí) a způsob hodnocení (příp. nevyloučení) uchazečů, kteří dle jeho názoru předložili u tohoto dílčího hodnotícího kritéria nabídky s nereálnými hodnotami. Navrhovatel ve svém návrhu ze dne 11. 3. 2016 naproti tomu nezpochybňoval oblast dané praxe v tom smyslu, že by měl pochybnosti, zda se praxe členů týmu měla vztahovat k zadávání (administraci) veřejných zakázek či nikoli. Navrhovatel ani nezpochybnil, že zadávací dokumentace neobsahovala limitující hranici pro maximální možnou praxi členů týmu. Úřad proto nerespektoval rozsah předmětu správního řízení vymezeného návrhem ze dne 11. 3. 2016 a předmět správního řízení rozšířil, když v první části výroku napadeného rozhodnutí a na něj navazujícím odůvodnění řešil otázku jasnosti či nejasnosti vymezení oblasti praxe v předmětném dílčím hodnotícím kritériu.

29. Rozšíření předmětu správního řízení *ex offo* nad rámec námitek samotného návrhu není v obecné rovině postupem, který by byl v rozporu se zákonem či správním řádem, což potvrzují například závěry rozsudku krajského soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**")

sp. zn. 62 Af 52/2010 ze dne 10. 11. 2011, dle kterých „*žádné z ustanovení ZVZ odpověď přímo neposkytuje, a tedy ZVZ takový postup přímo nevylučuje, nadto není takový postup podle zdejšího soudu vyloučen ani aplikací žádného z ustanovení správního řádu, subsidiárně aplikovatelného (ZVZ neobsahuje pravidlo, podle něhož by se správní řád na řízení o přezkum úkonů zadavatele podle § 112 a násl. ZVZ neaplikoval), ani aplikací obecných zásad, jimiž by správní řízení před žalovaným mělo být ovládáno. Naopak má-li být smysluplně a efektivně zajištěn dohled nad zadáváním veřejných zakázek, pak přestože návrhové řízení o přezkum úkonů zadavatele v sobě nutně obsahuje prvek kontradiktornosti („navrhovatel" proti „zadavateli"), je žalovaný oprávněn na základě podaného návrhu přezkoumat zadávací řízení jako celek a v něm dovodit i takové porušení ZVZ, na které původní návrh, který správní řízení o přezkum úkonů zadavatele vyvolal, žalovaného neupozorňoval".* Při rozšíření předmětu řízení ex offo je však Úřad povinen dodržet zákonný procesní postup. Jak je uvedeno například v rozsudku krajského soudu sp. zn. 31 Af 194/2013 ze dne 25. 11. 2015, „*musí být dodržena zásada, že účastníci mají právo být před vydáním rozhodnutí seznámeni se všemi podklady rozhodnutí a mít možnost se k těmto podkladům vyjádřit. Při rozšíření předmětu řízení nad rámec návrhu tedy účastníci musí být o takovém rozšíření žalovaným informováni*".

30. Jak je výše uvedeno, návrh navrhovatele ze dne 11. 3. 2016 neobsahoval námitky ohledně jasnosti vymezení oblasti praxe členů realizačního týmu. V oznámení o zahájení přezkoumávaného správního řízení č. j. OHS-S0155/2016/VZ-10266/2016/542/ODv ze dne 15. 3. 2016 (dále jen „**oznámení o zahájení správního řízení**"), jež Úřad zaslal jeho účastníkům, Úřad toliko konstatoval, že předmět správního řízení je vymezen obsahem návrhu navrhovatele ze dne 11. 3. 2016. Oznámení o zahájení správního řízení neobsahovalo žádné informace o tom, že by Úřad předmět správního řízení rozšířil o pochybnosti týkající se jasnosti vymezení oblasti praxe. Ani z jiných částí správního spisu neplyne, že by Úřad účastníky správního řízení informoval o rozšíření předmětu správního řízení. Účastníkům řízení tak v rozporu s § 36 odst. 3 správního řádu nebylo umožněno, aby se ke skutečnostem, jež byly předmětem tohoto rozšíření, vyjádřili. Napadené rozhodnutí je proto v tomto ohledu stiženo vadou nezákonnosti spočívající v nesprávném procesním postupu, v důsledku kterého byli účastníci správního řízení zkráceni na svých procesních právech.

K neomezení délky praxe

31. Přestože výše vymezená vada napadeného rozhodnutí představuje sama o sobě důvod pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení Úřadu k novému projednání, považuji za vhodné se z důvodu procesní ekonomie vyjádřit i k dalším vadám napadeného rozhodnutí.

32. Jak jsem konstatoval výše, Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí mimo jiné rozhodl, že zadavatel neomezením délky praxe porušil § 44 odst. 3 písm. h) zákona v návaznosti na zásadu transparentnosti v § 6 odst. 1 zákona.

33. Ustanovení § 44 odst. 3 písm. h) zákona představuje povinnost zadavatele, aby v zadávací dokumentaci uvedl způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií. Zásada transparentnosti pak vyjadřuje zákonný požadavek, aby jednotlivé úkony zadavatele byly přehledné, čitelné a kontrolovatelné (viz např. závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 131/2007 ze dne 12. 5. 2008). Zadavatel je tedy v souladu s výše shrnutými ustanoveními zákona povinen vymezit způsob hodnocení nabídek, přičemž je povinen učinit

tak přehledně a čitelně tak, aby bylo zřejmé, co bude předmětem hodnocení a jakým způsobem bude hodnocení provedeno.

34. Zadavatel se tedy porušení § 44 odst. 3 písm. h) zákona v návaznosti na zásadu transparentnosti v § 6 odst. 1 zákona nemohl dopustit tím, že délku praxe pro potřeby hodnocení neomezil. Tím je mu totiž fakticky vytýkáno příliš široce vymezené hodnotící kritérium (což ostatně Úřad sám připouští v bodu 47. odůvodnění napadeného rozhodnutí) nikoli absence jeho vymezení nebo nečitelnost (netransparentnost) takového vymezení. Úřad se proto dopustil nesprávného právního posouzení věci, neboť, jak je dovozeno výše, ve výroku vymezeným jednáním spočívajícím v neomezení praxe nemohlo dojít k porušení § 44 odst. 3 písm. h) zákona v návaznosti zásadu transparentnosti v § 6 odst. 1 zákona.

35. Pokud navíc Úřad ve výroku napadeného rozhodnutí zadavateli vytýká, že délku praxe neomezil, pak (bez ohledu na následné tvrzení, že takové neomezení činí zadávací podmínky nejasnými) jednoznačně proklamuje, že existuje jediný možný výklad zadávacích podmínek, a to takový, že (maximální) délka praxe nebyla zadavatelem omezena. Tato část výroku napadeného rozhodnutí je ovšem v přímém rozporu se závěrem v bodu 52. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v němž Úřad mimo jiné dovodil, že jsou legitimní dva výklady zadávacích podmínek, a to jak ten, že délka praxe byla omezena obdobím účinnosti aktuální právní úpravy, tak ten, že délka praxe nebyla žádným způsobem omezena. Závěry Úřadu v odůvodnění napadeného rozhodnutí proto nekorespondují s jeho výrokem.

36. Úřad se neomezením délky praxe dále obšírně zabýval v bodech 55. a následujících odůvodnění napadeného rozhodnutí, přičemž dospěl k závěru, že zadavatel nedodržel § 78 odst. 4 zákona, jelikož dílčí hodnotící kritérium „kvalifikace a zkušenosti osob zapojených do realizace veřejné zakázky, které mají významný dopad na její plnění“ nevyjadřuje v důsledku neomezení délky praxe vztah užitné hodnoty a ceny. Uvedené závěry Úřadu však nemají žádnou reflexi ve výroku napadeného rozhodnutí, neboť v něm Úřad porušení § 78 odst. 4 zákona nekonstatoval.

37. Vzhledem k výše uvedenému shrnuji, že napadené rozhodnutí trpí vadou nesprávnosti, když neomezením délky praxe zadavatele v přezkoumávaném případě nedošlo a ani nemohlo dojít k porušení ve výroku uvedeného § 44 odst. 3 písm. h) v návaznosti na zásadu transparentnosti v § 6 odst. 1 zákona, a jak vyplývá z předchozích dvou bodů odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu, trpí napadené rozhodnutí dále vadou nezákonnosti, neboť závěry Úřadu v odůvodnění napadeného rozhodnutí v rozporu s § 68 odst. 3 správního řádu nekorespondují s jeho výrokem.

K dalším vadám napadeného rozhodnutí

38. Zadavatel a vybraný uchazeč Sdružení pro MČ Brno-Žabovřesky v rámci správního řízení tvrdili, že námitky navrhovatele byly opožděné, protože směřovaly proti zadávacím podmínkám, avšak byly podány až po vyhodnocení nabídek.

39. Přestože se Úřad v bodech 59. až 62. odůvodnění napadeného rozhodnutí zabýval obecnými premisami pro určení běhu lhůty pro podání námitek v případech, kdy se pochybení zadavatele projeví v pozdější fázi zadávacího řízení, samotný závěr Úřadu ohledně včasnosti námitek navrhovatele není ničím podložen. Napadené rozhodnutí totiž neobsahuje konkrétní skutková zjištění a jejich posouzení z hlediska dodržení zákonné lhůty pro podání námitek.

Jinými slovy v napadeném rozhodnutí absentují závěry Úřadu o tom, kterým okamžikem (datem) dle Úřadu započala běžet lhůta pro podání námitek, do kterého okamžiku lhůta běžela a kdy byly námitky navrhovatele podány. Teprve na základě takových skutkových zjištění je totiž možné učinit přezkoumatelný závěr o tom, zda byly námitky navrhovatele podány včas či nikoli. Podotýkám, že požadavek na precizní vypořádání předmětné námitky účastníků řízení nabývá na významu tím spíše, když včasné podání námitek je dle § 110 odst. 7 zákona podmínkou pro samotné podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele k Úřadu. Vzhledem k výše uvedenému jsem dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí je v této části stiženo vadou nepřezkoumatelnosti.

40. Úřad dále v bodu 49. odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že „*zadavateli tak zůstaly k posouzení nabídky, jež jsou vzájemně neporovnatelné, neboť byly připraveny dle různých výkladů zadávacích podmínek*“. V bodu 63. odůvodnění napadeného rozhodnutí pak Úřad uvedl, že „*jak vyplývá z vyjádření jednotlivých účastníků, uchazeči při zpracování svých nabídek postupovali podle různých výkladů zadávacích podmínek, kvůli čemuž byly nabídky jednotlivých uchazečů navzájem neporovnatelné*“.

41. Z výše citovaných bodů odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmé, že Úřad v přezkoumávaném případě opakovaně konstatoval, že nabídky uchazečů byly vzájemně neporovnatelné. Z bodu 63. odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad svůj závěr založil na vyjádřeních účastníků (pozn. předsedy Úřadu: Úřad zde zřejmě míní účastníky správního řízení).

42. V napadeném rozhodnutí však absentuje zjištění, co bylo obsahem nabídek jednotlivých uchazečů, a tedy jakou oblast a případně délku praxe jednotliví uchazeči uvedli ve svých nabídkách u dílčího hodnotícího kritéria „kvalifikace a zkušenosti osob zapojených do realizace veřejné zakázky, které mají významný dopad na její plnění“ resp. u jeho subkritéria „celková délka praxe hodnocených členů realizačního týmu“.

43. Bez znalosti obsahu nabídek a jejich posouzení nelze pouze na základě (*nota bene* blíže nespecifikovaných) vyjádření účastníků řízení učinit jednoznačný a náležitě odůvodněný závěr o tom, zda nabídky byly vzájemně porovnatelné či nikoli. Napadené rozhodnutí je proto i v této části nepřezkoumatelné, když závěr Úřadu není náležitě podložen relevantními skutkovými zjištěními. Tuto vadu napadeného rozhodnutí přitom nelze považovat za marginální, jelikož právě v tvrzené neporovnatelnosti nabídek Úřad spatřoval potencialitu ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Jinými slovy, právě z neporovnatelnosti nabídek Úřad dovodil jeden z nezbytných předpokladů pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona.

K výrokům II. a III. napadeného rozhodnutí

44. Jelikož jsem dospěl k závěru, že výrok I. napadeného rozhodnutí je založen na nesprávném právním posouzení věci a zároveň trpí vadami nezákonnosti, a jelikož výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli opatření k nápravě postupu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí a v návaznosti na výrok I. napadeného rozhodnutí uložil výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli uhradit náklady řízení, musel jsem přistoupit ke zrušení napadeného rozhodnutí rovněž v jeho výrocích II. a III., když tyto výroky tvoří s výrokem I. napadeného rozhodnutí nedílný celek.

Další postup Úřadu

45. Vzhledem k tomu, že jsem dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí trpí vadami, jež způsobují jeho nezákonnost a nesprávnost, přistoupil jsem ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení Úřadu k novému projednání.

46. Při novém projednání věci Úřad jako podmínku pro samotný meritorní přezkum úkonů zadavatele posoudí, zda námitky navrhovatele byly v posuzovaném případě podány včas. Své závěry ohledně včasnosti či případné opožděnosti Úřad v následném rozhodnutí náležitě a přezkoumatelně odůvodní. Pakliže Úřad dospěje k závěru, že námitky navrhovatele byly podány včas, a byly tedy splněny podmínky pro podání návrhu k Úřadu, nechť Úřad přezkoumá úkony zadavatele v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Úřad tak učiní v rozsahu vymezeném obsahem návrhu navrhovatele ze dne 11. 3. 2016. Úřad se tedy při novém projednání věci bude zabývat zejména zákonností neomezení délky praxe u předmětného dílčího hodnotícího kritéria a případně hodnocením uchazečů, kteří dle navrhovatele předložili v tomto kritériu nepřiměřené resp. nereálné hodnoty.

47. Jestliže Úřad dospěje k závěru, že neomezením délky praxe došlo k nedodržení zákonného postupu zadavatele, nechť Úřad (s přihlédnutím k závěrům uvedeným v částech tohoto rozhodnutí o rozkladu s názvy „K neomezení délky praxe“ a „K dalším vadám napadeného rozhodnutí“) uvede konkrétní ustanovení zákona, které bylo porušeno, a tento svůj závěr přezkoumatelně odůvodní. Nechť má přitom Úřad na paměti, že výrok napadeného rozhodnutí musí korespondovat s jeho odůvodněním a že jeho závěry musí být podloženy relevantními skutkovými zjištěními.

48. V neposlední řadě pokud Úřad nad rámec podezření uvedených v návrhu navrhovatele ze dne 11. 3. 2016 shledá důvody pro rozšíření předmětu správního řízení z moci úřední, pak o této skutečnosti účastníky správního řízení řádně informuje a umožní jim, aby se k takovému rozšíření vyjádřili. V návaznosti na to Úřad posoudí obsah takových (případných) vyjádření účastníků řízení a řádně se s nimi v následném rozhodnutí vypořádá.

49. V závěru konstatuji, že jsem z důvodu zjištěné nezákonnosti a nesprávnosti napadeného rozhodnutí nepřezkoumával jeho věcnou správnost v rozsahu všech námitek zadavatele uvedených v rozkladu, nýbrž jsem v rozhodnutí pouze poukázal na námitky zadavatele, které se vztahovaly ke zjištěné nezákonnosti a nesprávnosti napadeného rozhodnutí. Úřad proto při novém projednání věci rovněž přihlédne k námitkám vzneseným v rozkladu zadavatele.

VI. Závěr

50. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí, a to z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí.

51. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Statutární město Brno, městská část Brno-Žabovřesky, Dominikánské náměstí 196/1, 602 00 Brno
2. RPA Tender, s.r.o., Starobrněnská 690/20, 602 00 Brno
3. VIA Consult a.s., nám. Svobody 527, 739 61 Třinec
4. Public Market Advisory s.r.o., Šromova 639/43, 643 00 Brno
5. RTS, a.s., Lazaretní 4038/13, 615 00 Brno

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy