



UOHSX00EDMNY

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0228,0241/2020/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-03271/2021/162/HSc

Brno 23.02.2021

V řízení o rozkladu ze dne 22. 12. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, podaném vybraným dodavatelem –

- **SOR Libchavy spol. s r. o.**, IČO 15030865, se sídlem Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy, a současně o rozkladu ze dne 28. 12. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 30. 12. 2020 zadavatelem –
- **Dopravní podnik města Brna, a.s.**, IČO 25508881, se sídlem Hlinky 64/151, 603 00 Brno, zastoupená na základě plné moci JUDr. Radkem Jurčíkem, advokátem, evidenční číslo ČAK 12455, se sídlem v Brně, Obilní trh 6, 602 00 Brno

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0467/2020/VZ, č. j. ÚOHS-40759/2020/500/ISo, ze dne 17. 12. 2020, vydanému ve společném správním řízení, které vzniklo spojením

řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. ÚOHS-S0467/2020/VZ, které bylo zahájeno dne 10. 11. 2020 z moci úřední a

řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. ÚOHS-S0394/2020/VZ, které bylo zahájeno dne 5. 10. 2020 na návrh z téhož dne podaný navrhovatelem –

- **ŠKODA ELECTRIC a.s.**, IČO 47718579, se sídlem Průmyslová 610/2a, 301 00 Plzeň, zastoupená na základě plné moci ze dne 12. 4. 2020 Mgr. Markem Šimkou, advokátem, evidenční číslo ČAK 14811, se sídlem Šumavská 519/35, 602 00 Brno –

přičemž společné řízení bylo vedeno ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Dopravní podnik města Brna, a.s., IČO 25508881, se sídlem Hlinky 64/151, 603 00 Brno – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Dodávka až 60 ks nízkopodlažních trolejbusů s alternativním pohonem v letech 2020-2022“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 9. 9. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 9. 2019 pod ev. č. Z2019-031484, ve znění oprav uveřejněných dne 18. 11. 2019 a dne 9. 12. 2019 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 176-429437, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 20. 11. 2019 pod ev. č. 2019/S 224-550578 a dne 11. 12. 2019 pod ev. č. 2019/S 239-587709,

a ke spojení došlo na základě usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o spojení řízení sp. zn. ÚOHS-S0467/2020/VZ, č. j. ÚOHS-37096/2020/533/BŠp ze dne 20. 11. 2020,

jsem na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

I.

Rozklad vybraného dodavatele podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 92 odst. 1 a § 152 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů **ve vztahu k výrokům I, II, III a V** rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0467/2020/VZ, č. j. ÚOHS-40759/2020/500/ISO, ze dne 17. 12. 2020 jako nepřipustný

zamítám.

II.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0467/2020/VZ, č. j. ÚOHS-40759/2020/500/ISO, ze dne 17. 12. 2020 podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 a § 152 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

potvrzuji

a podaný **rozklad vybraného dodavatele** ve vztahu **k výroku IV.** citovaného rozhodnutí, jakož i **rozklad zadavatele** ve vztahu ke všem výrokům citovaného rozhodnutí

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 5. 10. 2020 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel návrh navrhovatele – ŠKODA ELECTRIC a.s., IČO 47718579, se sídlem Průmyslová 610/2a, 301 00 Plzeň, zastoupená na základě plné moci ze dne 12. 4. 2020 Mgr. Markem Šimkou, advokátem, evidenční číslo ČAK 14811, se sídlem Šumavská 519/35, 602 00 Brno (dále jen „**navrhovatel**“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele - Dopravní podnik města Brna, a.s., IČO 25508881, se sídlem Hlinky 64/151, 603 00 Brno, zastoupená na základě plné moci JUDr. Radkem Jurčíkem, advokátem, evidenční číslo ČAK 12455, se sídlem v Brně, Obilní trh 6, 602 00 Brno (dále jen „**zadavatel**“) učiněných při zadávání veřejné zakázky „Dodávka až 60 ks nízkopodlažních trolejbusů s alternativním pohonem v letech 2020-2022“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 9. 9. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 9. 2019 pod ev. č. Z2019-031484, ve znění oprav uveřejněných dne 18. 11. 2019 a dne 9. 12. 2019 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 176-429437, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 20. 11. 2019 pod ev. č. 2019/S 224-550578 a dne 11. 12. 2019 pod ev. č. 2019/S 239-587709 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dne 5. 10. 2020, 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-S0394/2020/VZ. Obsahem návrhu byla námitka netransparentního postupu zadavatele, který dle názoru navrhovatele neposoudil řádně mimořádně nízkou nabídkovou cenu (dále jen „**MNNC**“) vybraného dodavatele a nevyločil ho pro nereálnost nabídkové ceny. Vybraný dodavatel dále dle navrhovatele nesplnil zadávací podmínku týkající se výkonu vozidla při rozjezdu ve stoupání. Zadavatel dále údajně nevypořádal řádně námitky navrhovatele.
3. Oznámení o zahájení správního řízení a stejnopis návrhu byl doručen zadavateli a vybranému dodavateli SOR Libchavy spol. s r. o., IČO 15030865, se sídlem Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy (dále jen „**vybraný dodavatel**“) dne 9. 10. 2020 přípisem č. j. ÚOHS-31313/2020/533/HČÍ.
4. Dne 21. 10. 2020 obdržel Úřad podnět ze dne 19. 10. 2020 zaevidovaný pod sp. zn. P0532/2020/VZ s žádostí o prověření postupu zadavatele ve věci předmětné veřejné zakázky. Podatel podnětu uvedl, že zadavatel porušil zákon, když stanovil jako jedno z kritérií hodnocení technickou kvalifikaci a v rámci tohoto kritéria stanovil, že bude hodnotit významné dodávky uvedené v seznamu dodávek pro prokázání technické kvalifikace.
5. Vzhledem ke skutečnosti, že z předložených materiálů, zejména pak z dokumentace o zadávacím řízení a z vyjádření zadavatele, získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel dodržel

¹ 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.

pravidla pro hodnocení nabídek v nadlimitním režimu stanovená v ustanovení § 116 odst. 1 a 2 zákona, zahájil Úřad z moci úřední správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

6. Zahájení správního řízení z moci úřední oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-35787/2020/533/BŠp ze dne 10. 11. 2020, ve kterém zadavatele seznámil se zjištěnými skutečnostmi, které vymezují předmět správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, a budou podkladem pro rozhodnutí. Shora citované oznámení o zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele bylo zadavateli doručeno dne 10. 11. 2020 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z moci úřední vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0467/2020/VZ.
7. Dne 20. 11. 2020 Úřad usnesením č. j. ÚOHS-37096/2020/533/BŠp ze dne 20. 11. 2020 v zájmu dodržení zásady procesní ekonomie uvedené v § 6 odst. 2 správního řádu spojil dle § 140 odst. 1 správního řádu z moci úřední správní řízení vedená pod sp. zn. ÚOHS-S0394/2020/VZ a ÚOHS-S0467/2020/VZ do společného správního řízení vedeného pod sp. zn. S0467/2020/VZ (dále jen „**společné správní řízení**“), přičemž tato skutečnost byla oznámena účastníkům společného správního řízení přípisem č. j. ÚOHS-37176/2020/533/BŠp ze dne 20. 11. 2020.

II. Napadené rozhodnutí

8. Dne 17. 12. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0467/2020/VZ, č. j. ÚOHS-40759/2020/500/ISO (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
9. Úřad ve výroku I napadeného rozhodnutí konstatoval, že zadavatel stanovil zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu s § 116 odst. 1 zákona, když v čl. 14.1 písm. b) zadávací dokumentace stanovil jako jedno z kritérií kvality pro hodnocení nabídek účastníků zadávacího řízení kritérium „Technická kvalifikace“, v jehož rámci hodnotil způsob prokázání technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. b) citovaného zákona, kdy za účelem jejího prokázání měli dodavatelé předložit zadavateli seznam významných dodávek, z něhož mělo vyplývat, že *„za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení dodavatel realizoval dodávku minimálně 5 ks nových nízkopodlažních trolejbusů shodného nebo obdobného charakteru jako je trolejbus specifikovaný v čl. 2.1 této zadávací dokumentace nebo dodávku významného podílu na výrobě minimálně 5 ks nových nízkopodlažních trolejbusů shodného nebo obdobného charakteru jako je trolejbus specifikovaný v čl. 2.1 této zadávací dokumentace.“* Úřad uvedl, že takto stanovené kritérium kvality nevyjadřuje kvalitativní, environmentální, ani sociální hlediska spojená s předmětem veřejné zakázky.
10. Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele bylo výrokem II rozhodnuto tak, že zadávací řízení bylo dle § 263 odst. 3 zákona zrušeno.
11. Výrokem III byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku podle § 263 odst. 8 zákona.
12. Správní řízení bylo výrokem IV v části, jejíž předmět je vymezen obsahem návrhu navrhovatele, o němž bylo původně vedeno samostatné správní řízení pod sp. zn. S0394/2020/VZ, zastaveno podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, neboť žádost jmenovaného navrhovatele, tj. návrh ze dne 5. 10. 2020 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, se stala zjevně bezpředmětnou.

13. Zadavateli byla výrokem V uložena povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
14. Úřad uzavřel, že v případě veřejné zakázky se jedná o nadlimitní sektorovou veřejnou zakázku na dodávky.
15. Úřad dále zjistil, že zadavatel stanovil hodnocení nabídek tak, že má být hodnocena kvalifikace dodavatele. Poukázal na skutečnost, že původní směrnice č. 2004/18/ES a potažmo i zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“) důsledně odlišovaly kvalifikaci a hodnocení, když jak předmětná směrnice, tak ZVZ shodně stanovily, že předmět kvalifikace nesmí být předmětem hodnocení. Aktuální směrnice 2014/24/EU rozlišování mezi kvalifikací a hodnocením poněkud stírá tím, že umožňuje hodnotit organizaci, kvalifikaci a zkušenosti pracovníků pověřených realizací dané veřejné zakázky, nicméně podle téhož článku směrnice se současně má za to, že *„kritéria pro zadání jsou spojena s předmětem veřejné zakázky, pokud se týkají stavebních prací, dodávek nebo služeb, které mají být poskytnuty v rámci dané veřejné zakázky (...)“*. Je tedy připuštěno hodnocení dle kritérií, která se týkající kvalifikace, je zde však stále zřejmý důraz na vztah kritéria hodnocení k předmětu plnění zadávané veřejné zakázky. O tom ostatně dle Úřadu svědčí mj. mantinely vymezené v § 116 odst. 1 zákona, a to např. stanovením povinnosti, aby kritérium kvality souviselo s předmětem veřejné zakázky. Dle komentářové literatury podle Úřadu platí, že podmínkou použití nového hodnotícího kritéria je, aby kvalifikace a zkušenosti osob měly významný dopad na plnění zakázky.
16. Úřad zjistil z dokumentace o zadávacím řízení, že zkušenosti dodavatele získané prostřednictvím referenčních zakázek jsou zadavatelem zohledněny pouze v rámci posuzování splnění technické kvalifikace, dále se však již nikterak nepromítají do zadávací dokumentace. Zadavatel nestanovil žádný požadavek, aby např. nějaká konkrétní skutečnost prokazovaná předmětnou referencí dodavatele byla použita při plnění předmětu veřejné zakázky (např. tatáž elektrická výzbroj, karoserie či kompletní typ trolejbusu). V šetřeném případě (jedná se navíc o nadlimitní sektorovou VZ) tak zadavatel nenaplnil požadavky § 116 odst. 1 zákona, neboť použité kritérium kvality nevyjadřuje žádná hlediska spojená s předmětem zadávané veřejné zakázky, nýbrž pouze hlediska spojená s předmětem referenční zakázky.
17. Úřad se zabýval i skutečností, zda podnět nebyl podán osobou, která mohla podat ve věci námitky, a uzavřel, že podatelem byla advokátní kancelář, které nesvědčila aktivní legitimace k podání námitek, a nebylo zjištěno, že by tato advokátní kancelář jednala za klienta, který by mohl být dodavatelem veřejné zakázky.
18. V závěru napadeného rozhodnutí poučil Úřad účastníky řízení, že rozklad lze v případě vybraného dodavatele a navrhovatele podat pouze proti výroku IV napadeného rozhodnutí.

III. Rozklad vybraného dodavatele

19. Dne 22. 12. 2020 podal vybraný dodavatel proti napadenému rozhodnutí rozklad, který Úřad obdržel téhož dne. Napadené rozhodnutí bylo vybranému dodavateli doručeno dne 17. 12. 2020, rozklad byl podán v zákonem stanovené lhůtě.
20. Vybraný dodavatel tvrdí, že je aktivně legitimován k podání rozkladu proti všem výrokům rozhodnutí (nikoliv pouze proti výroku IV, v němž bylo rozhodnuto o zastavení řízení

zahájeného na návrh), neboť výrok I rozhodnutí představuje *sui generis* předběžnou otázku vůči výroku IV rozhodnutí.

21. Proti výroku I pak namítá, že výklad § 116 odst. 1 ZZVZ ze strany Úřadu je nesprávný zejména v požadavku na spojení s předmětem veřejné zakázky tak, že toto „spojení“ musí přímo vyplývat ze smlouvy na realizaci předmětu plnění. Takový výklad má být nesmyslný a rozporný s dosavadní rozhodovací praxí Úřadu. Poukazuje v této souvislosti na jedinečný a novátorský druh plnění (trolejbusy s alternativním pohonem), kde zkušenost s každým plněním takového speciálního předmětu velmi zvyšuje know-how dodavatele. Vybraný dodavatel tvrdí, že určitou cenu může mít i zkušenost negativní.
22. Je namítáno i nedostatečné zjištění skutkového stavu v souvislosti s nevypořádáním všech námitek vybraného dodavatele.
23. Vybraný dodavatel dále namítá porušení zásady legality a legitimního očekávání. Odkazuje zejména na rozpor s rozhodnutím předsedy Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-R0122/2019/VZ, kde bylo shledáno hodnocení zkušeností členů realizačního týmu v souladu se zákonem, aniž by jednotliví pracovníci byli zavázáni k realizaci VZ stejným způsobem, jakým realizovali referenční zakázky. Namítá dále, že Úřadu je existence předmětného hodnotícího kritéria známa nejpozději od 14. 4. 2020, kdy navrhovatel v této věci podal svůj první návrh, Úřad však nezačal řízení z moci úřední a nadále udržoval zadavatele v domněni, že hodnotící kritérium je zákonné.

Závěr rozkladu vybraného dodavatele

24. Vybraný dodavatel navrhuje napadené rozhodnutí zrušit, správní řízení zastavit a návrh navrhovatele zamítnout.

IV. Vyjádření navrhovatele k rozkladu vybraného dodavatele

- V. Dne 5. 1. 2021 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele k rozkladu vybraného dodavatele z téhož dne. Navrhovatel navrhl napadené rozhodnutí potvrdit a podaný rozklad zamítnout.

VI. Vyjádření zadavatele k rozkladu vybraného dodavatele

25. Dne 30. 12. 2020 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k rozkladu vybraného dodavatele. Zadavatel se dle svého vyjádření s rozkladem vybraného dodavatele plně ztotožňuje.

VII. Rozklad zadavatele

26. Dne 30. 12. 2020 podal zadavatel proti napadenému rozhodnutí rozklad ze dne 28. 12. 2020. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 17. 12. 2020, rozklad byl podán v zákonem stanovené lhůtě.
27. Zadavatel předně poukazuje na délku správních řízení vedených k přezkoumání úkonů zadavatele v průběhu zadávání veřejné zakázky, neboť veřejná zakázky měla být zadána již v roce 2019.
28. Zadavatel tvrdí, že podnět neměl být přezkoumán dle § 258 odst. 2 zákona, neboť jej podala osoba spojená se stěžovatelem, a došlo tak k obehnutí povinnosti podat proti zadávacím podmínkám námitky.

29. Zadavatel nesouhlasí s výkladem § 116 ZZVZ ze strany Úřadu, tvrdí, že dané ustanovení postup zadavatele při stanovení hodnotících kritérií nezakazuje (na rozdíl od úpravy předešlé) a že odst. 2 předmětného ustanovení uvádí pouze demonstrativní výčet možných kvalitativních kritérií. Zadavatel poukazuje na inovativní výrobek, který je předmětem plnění veřejné zakázky, u něhož zkušenost dodavatele představuje skutečnost významnou pro kvalitní plnění. Zároveň zadavatel tvrdí, že nechtěl striktním stanovením kvalifikačních předpokladů omezit hospodářskou soutěž a vyřadit dodavatele s menšími zkušenostmi. Poukazuje na literaturu, která výslovně umožňuje hodnocení předchozí zkušenosti u podlimitních veřejných zakázek, přičemž úprava dle § 116 zákona má dopadat i na ně. Poukazuje na možnosti zadavatele volit hodnotící kritéria tak, aby mohl vybrat ekonomicky nejvýhodnější nabídku.
30. Zadavatel tvrdí, že pro použití daného hodnotícího kritéria i současná evropská judikatura a odborná veřejnost stanoví dva požadavky. Prvním je úzký vztah hodnotícího kritéria s konkrétními nabídkami umožňující zajištění hospodářsky nejvýhodnější nabídky, druhou podmínkou je, že dané kritérium se svou podstatou týká zjištění ekonomicky nejvýhodnější nabídky (umožňuje vyhodnocení splněno více/méně). Zadavatel se domnívá, že v daném případě specifické a inovativní zakázky lze hodnocení způsobilosti dodavatele uznat.
31. Zadavatel namítá rovněž porušení principu legitimního očekávání, když o předmětné zadávací podmínce věděl Úřad již od 14. 4. 2020, kdy navrhovatel podal svůj první návrh, avšak nezahájil řízení z moci úřední, ačkoliv zadavatel upozorňoval na nutnost brzkého nákupu nových trolejbusů.

Závěr rozkladu zadavatele

32. Zadavatel závěrem navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil, správní řízení zastavil a návrh navrhovatele zamítl.

VIII. Vyjádření vybraného dodavatele k rozkladu zadavatele

33. Dne 11. 1. 2021 obdržel Úřad vyjádření vybraného dodavatele k rozkladu zadavatele, ve kterém vybraný dodavatel vyjádřil souhlas se skutečnostmi uvedenými v rozkladu zadavatele.

IX. Vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele

34. Dne 7. 1. 2021 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele z téhož dne. Navrhovatel navrhuje, aby rozklad zadavatele byl zamítnut a aby napadené rozhodnutí bylo potvrzeno v plném rozsahu.

X. Řízení o rozkladech

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

Stanovisko předsedy Úřadu

36. Po projednání rozkladů a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení věci ve všech jejích vzájemných souvislostech byl podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, ta však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladech, přičemž s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat k následující závěr.
37. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které nebylo přistoupeno ke změně nebo zrušení napadeného rozhodnutí.

XI. K rozkladu vybraného dodavatele

38. Předseda Úřadu konstatuje, že vybraný dodavatel není oprávněn podat rozklad proti výrokům I – III napadeného rozhodnutí. Uvedené výroky byly totiž vydány v řízení zahájeném z moci úřední, zahájeném na základě podnětu zpochybňujícího zadávací podmínky, vybraný dodavatel tak není účastníkem těchto řízení, neboť v řízení zahájeném z moci úřední, jež se vede o přezkoumání zadávacích podmínek, je dle § 256 zákona účastníkem pouze zadavatel. S ohledem na speciální úpravu účastenství v zákoně nelze použít obecnou úpravu obsaženou ve správním řádu.
39. Na uvedeném závěru nic nemění ani fakt, že řízení zahájené z moci úřední a řízení zahájené na návrh, v němž byl vydán výrok IV napadeného rozhodnutí a jehož byl vybraný dodavatel účastníkem, byla spojena do jednoho společného řízení dle § 140 správního řádu. K vedení společného řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, kdy došlo ke spojení řízení zahájeného z moci úřední (aniž by se jednalo o řízení o přestupku) a řízení zahájeného na návrh se obšírně zabývá rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2019, č. j. 10 As 252/2019 – 256, kde je konstatováno následující: *„Společné řízení je zvláštním typem řízení, které je spojeno ze dvou a více správních řízení za splnění zákonem předvídaných podmínek, jež jsou vymezeny v § 140 odst. 1 správního řádu. Vedením společného řízení nedochází k úplnému a nenávratnému zániku samostatnosti jednotlivých řízení, která byla spojena (srov. rozsudek NSS ze dne 10. 10. 2014, čj. 5 As 6/2013-97, č. 3137/2015 Sb. NSS). Jedná se o souběžné vedení jinak samostatných správních řízení. Společné řízení je pouze procesním institutem, jehož účelem je zjednodušení procesních postupů jak pro správní orgány, tak pro účastníky řízení s ohledem na zásadu procesní ekonomie. Cílem tohoto řízení je tedy efektivita a hospodárnost správního řízení. Závěru, že nedochází k zániku samostatnosti jednotlivých řízení, svědčí také to, že dílčí řízení ve společném řízení je možné znovu vyloučit k samostatnému projednání, pokud by v daném případě společné řízení postrádalo svůj smysl a účel (viz § 140 odst. 3 správního řádu, případně srov. § 39 odst. 2 s. ř. s či § 112 odst. 2 o. s. ř.). (...) Výsledkem společného řízení je společné rozhodnutí. Více rozhodnutí ve společném řízení se vydává pouze v případě, kdy jsou k přezkoumávání výroků společného rozhodnutí v odvolacím řízení příslušné různé odvolací správní orgány. Každé takové rozhodnutí, které je výsledkem společného řízení, zahrnuje ty výroky, k jejichž přezkoumávání je příslušný jediný odvolací správní orgán. V § 140 odst. 7 správního řádu jsou také upraveny vztahy mezi těmito rozhodnutími. Pokud*

se výroky několika samostatných rozhodnutí, které jsou výsledkem společného řízení, podmiňují a vzájemně spolu souvisí, odvolání proti rozhodnutí s podmiňujícím výrokem má odkladný účinek i vůči rozhodnutím s navazujícím výrokem. Bude se jednat o případy, kdy rozhodnutí vydané dříve je podmínkou (podmiňujícím rozhodnutím) k navazujícímu rozhodnutí vydanému později. (...) NSS tak konstatuje, že přestože jedna z otázek, která byla v obou dotčených řízeních řešena, byla totožná (...), nelze přehlédnout, že tato řízení byla zahájena z různých důvodů, neboť řízení vedené pod sp. zn. S0406/2017/VZ bylo zahájeno ex offio a řízení vedené pod sp. zn. S0504/2017/VZ bylo zahájeno na návrh žalobkyně; (...) Tato řízení mimo jinak vymezený rozsah předmětu řízení byla především zahájena z jiného důvodu. Jednotlivá řízení proto měla odlišný charakter, od čehož se odvíjí i rozdílné postupy řízení, zájem na vedení řízení, okruh účastníků řízení atd.“

40. Z citace rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 10 As 252/2019 – 256 plyne, že ani skutečnost, že společné řízení je vedeno v téže veřejné zakázce, avšak z odlišného důvodu je zahájeno z moci úřední a z odlišného na návrh, neznamená, že by tato řízení byla propojena z důvodu jejich věcné souvislosti více, než pokud by byla vedena odděleně. To je přesně situace napadeného rozhodnutí, neboť v řízení zahájeném z moci úřední byla posuzována otázka hodnocení referencí dodavatele, zatímco v řízení zahájeném na návrh měl být posuzován postup zadavatele při posouzení MNNC a údajné nesplnění zadávacích podmínek ze strany vybraného dodavatele. Stejně jako v případě situace posuzované Nejvyšším správním soudem přistoupil i ve zde projednávané věci Úřad ke spojení věcí z důvodu procesní ekonomie, tento krok neměl žádný vliv na postavení účastníků řízení.
41. Účastenství v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele upravuje § 256 zákona. Toto ustanovení představuje ve vztahu k úpravě účastenství ve správním řádu *lex specialis*, jak plyne i z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 17. 10. 2016, č. j. 30 Af 74/2014-535. Z rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 10. 11. 2011, č. j. 62 Af 52/2010-89 pak plyne, že není-li v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele přezkoumáváno rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, pak rozhodnutí orgánu dohledu vydané v takovém řízení není rozhodnutím o veřejných subjektivních právech vybraného uchazeče a rozhodnutí orgánu dohledu není úkonem, kterým by vybranému uchazeči byla zakládána, měněna, rušena nebo závazně určována jeho veřejná subjektivní práva nebo povinnosti. Byť se oba rozsudky vztahují k zákonu č. 137/2006 sb., o veřejných zakázkách, neshledává předseda Úřadu důvodů, proč by jejich závěry nebylo možno použít i ve vztahu k zákonu.
42. Podle § 81 odst. 1 správního řádu platí, že účastník řízení může proti rozhodnutí podat odvolání, pokud zákon nestanoví jinak. *A contrario* zásadně platí, že kdo účastníkem není, odvolání podat nemůže.
43. Podle § 152 odst. 5 správního řádu platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání, nevylučuje-li to povaha věci.
44. Jestliže tedy platí, že vybraný dodavatel nemůže být účastníkem řízení zahájeného z moci úřední a současně platí, že spojení řízení nemá vliv na okruh účastníků řízení, je nutno učinit závěr, že vybraný dodavatel nemůže být oprávněn podat rozklad proti výrokům, které byly vydány v té části společného řízení, která byla vedena z moci úřední. To se týká výroků I, II, III a V napadeného rozhodnutí. Rozklad je proto nepřipustný, neboť jej podala osoba, která k tomu oprávněna nebyla.

45. Tvrzení vybraného dodavatele, že výrok I napadeného rozhodnutí představuje *sui generis* předběžnou otázku vůči výroku IV nemůže odůvodnit, proč by mělo být vybranému dodavateli umožněno rozkladem napadat výrok I (a navazující výroky II, III a V) napadeného rozhodnutí. Jestliže spojení řízení zahájeného na návrh a z moci úřední nemá žádný vliv na postupy v řízení, zájem na vedení řízení, okruh účastníků řízení atd. (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2019, č. j. 10 As 252/2019 – 256 citovaný shora), nelze k dané situaci přistupovat jinak, než jak by k ní bylo přistupováno v případě dvou samostatných řízení. I pokud by tedy bylo v samostatně vedeném řízení zahájeném z moci úřední rozhodnuto o zrušení zadávacího řízení, tak jak rozhodl Úřad výrokem II napadeného rozhodnutí, měl by tento postup za následek zastavení řízení zahájeného na návrh, a to v souladu s § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu. Vybraný dodavatel by ani tak nebyl oprávněn případné samostatné rozhodnutí v řízení zahájeném z moci úřední napadnout svým rozkladem, jak bylo opakovaně judikováno (srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 10. 11. 2011, č. j. 62 Af 52/2010-89 rovněž citovaný shora).
46. Předseda Úřadu se ze všech výše uvedených důvodů nezabýval argumentací vybraného dodavatele směřující k nezákonnosti výroků I–III napadeného rozhodnutí.
47. Rozklad vybraného dodavatele formálně napadá všechny výroky napadeného rozhodnutí. Ve vztahu k výroků I, II, III a V je rozklad vybraného dodavatele nepřipustný, jak bylo výše zdůvodněno.
48. Ve vztahu k výroku IV napadeného rozhodnutí je však rozklad vybraného dodavatele přípustný, neboť vybraný dodavatel byl účastníkem řízení zahájeného na návrh. Avšak s ohledem na skutečnost, že veškeré rozkladové námitky vybraného dodavatele směřují obsahově právě proti výroků I–III napadeného rozhodnutí, bylo namíste napadené rozhodnutí ve výroku IV potvrdit a rozklad vybraného dodavatele směřující proti tomuto výroku jako nedůvodný zamítnout, neboť vybraný dodavatel jakožto účastník řízení, v němž bylo rozhodováno výrokem IV napadeného rozhodnutí, proti tomuto výroku žádné relevantní argumenty nevznesl. Že je vedení správního řízení o přezkoumání výběru dodavatele ve zdejší věci bezpředmětné, to je s ohledem na fakt, že dochází ke zrušení zadávacího řízení, očividné.

XII. K námitkám rozkladu zadavatele

K námitce nemožnosti zabývat se podnětem

49. Zadavatel předně tvrdí, že podnět, na základě kterého Úřad zahájil řízení z moci úřední vedené původně pod sp. zn. ÚOHS-S0467/2020/VZ, byl podán osobou, která nevyužila možnosti podat námitky, nebo osobou s ní propojenou.
50. Otázku možnosti zabývat se podnětem Úřad vyřešil v bodech 119–123 napadeného rozhodnutí a dospěl k závěru, že podatel podnětu (advokátní kancelář) není subjektem, který by mohl podat zadavateli námitky dle § 241 odst. 1, neboť není potenciálním dodavatelem předmětu plnění veřejné zakázky. Z obsahu podnětu Úřad rovněž uzavřel, že neshledal žádné indicie k závěru, že by podatel nejednal při podání podnětu sám za sebe, resp. že by jednal za některého ze svých klientů, který by mohl být potenciálním dodavatelem předmětu plnění veřejné zakázky. Uvedené závěry Úřadu jsou správné a vycházejí z podkladů rozhodnutí. Zadavatel naopak neuvádí žádné konkrétní skutečnosti nebo důkazy, z nichž by vyplývalo,

že podatel podnětu jednal za jinou osobu, která by byla potenciálním dodavatelem předmětu veřejné zakázky, jeho tvrzení o jistotě propojení podatele podnětu s potenciálním dodavatelem je zcela obecné.

51. Lze tak v plném rozsahu souhlasit s postupem Úřadu, který shledal, že podnět podala advokátní kancelář v souvislosti s vlastní vědeckou činností a neshledal žádné skutečnosti, které by vedly k závěru o propojení podatele podnětu s některým z potenciálních dodavatelů. Úřad se tedy v souladu se zákonem podaným podnětem zabýval a zahájil na jeho podkladě řízení z moci úřední.

K ustanovení hodnotícího kritéria ve formě hodnocení technické kvalifikace

52. Podle § 116 odst. 1 zákona pro hodnocení ekonomické výhodnosti nabídky podle kvality je zadavatel povinen stanovit kritéria, která vyjadřují kvalitativní, environmentální nebo sociální hlediska spojená s předmětem veřejné zakázky.

53. Podle § 116 odst. 2 zákona kritériem kvality mohou být zejména

- a) technická úroveň,
- b) estetické nebo funkční vlastnosti,
- c) uživatelská přístupnost,
- d) sociální, environmentální nebo inovační aspekty,
- e) 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,
- f) úroveň servisních služeb včetně technické pomoci, nebo
- g) podmínky a lhůta dodání nebo dokončení plnění.

54. Podstatou napadeného rozhodnutí je závěr Úřadu, že zadavatel stanovil zadávací podmínky nadlimitní veřejné zakázky v rozporu s § 116 odst. 1 zákona, neboť jako jedno z kritérií kvality pro hodnocení nabídek stanovil kritérium „Technická kvalifikace“, v jehož rámci hodnotil zkušenost s dodávkami charakteru obdobného, jako mají ty dodávky, které byly předmětem veřejné zakázky. Zadavatel tento závěr rozporuje a tvrdí, že předmětné hodnotící kritérium bylo stanoveno v souladu se zákonem, neboť se vztahuje k předmětu plnění veřejné zakázky.

55. Úřad v bodech 100-102 napadeného rozhodnutí vysvětluje vývoj právní úpravy kvalifikace a hodnocení, tedy zejména srovnání původní úpravy dle směrnice č. 2004/18/ES, která tyto kategorie důsledně odlišovala, oproti úpravě ve směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „**směrnice 2014/24/EU**“), která rozlišování mezi kvalifikací a hodnocením poněkud stírá tím, že umožňuje hodnotit organizaci, kvalifikaci a zkušenosti pracovníků pověřených realizací dané veřejné zakázky. Na tyto závěry lze v plném rozsahu odkázat a doplnit je o následující.

56. Je nutno vycházet ze skutečnosti, že směrnice 2014/24/EU je uvozena obsáhlým výčtem důvodů pro její přijetí, jehož část týkající se hodnocení nabídek (body 92-98) poukazuje na vhodnost použití kvalitativních kritérií spojených s předmětem veřejné zakázky. Ačkoliv gros těchto důvodů spočívá v potřebě zahrnutí environmentálních a sociálních aspektů

do kvalitativních kritérií, v bodě 94 důvodů pro přijetí uvedené směrnice se výslovně odkazuje na možnost zohlednit kvalitu zapojených pracovníků takto: „*Je-li pro úroveň plnění veřejné zakázky významná kvalita zapojených pracovníků, měli by veřejní zadavatelé mít také možnost užít jako kritérium organizaci, kvalifikaci a zkušenosti pracovníků přidělených k plnění dotčené veřejné zakázky, neboť to může mít dopad na kvalitu plnění veřejné zakázky a v důsledku též na ekonomickou hodnotu nabídky. K tomu může dojít například u veřejných zakázek na takzvané intelektuální služby, jako jsou služby konzultační nebo architektonické. Veřejní zadavatelé využívající této možnosti by měli vhodnými smluvními prostředky práva zajistit, aby pracovníci přidělení k plnění veřejné zakázky skutečně splňovali stanovené normy kvality a aby mohli být nahrazeni pouze se souhlasem veřejného zadavatele, který ověří, že náhradní pracovníci dosahují rovnocenné úrovně kvality.*“ Z uvedeného je patrné, že kvalita spočívající ve zkušenosti má být vztažena výhradně k jednotlivým pracovníkům, a to zejména u veřejných zakázek, jejichž předmětem je poskytování intelektuálních služeb. Tato nová úprava, promítající se do čl. 67 bod 2, písm. b) směrnice 2014/24/EU a následně i do § 116 odst. 2 písm. e) zákona, reagovala na vývoj judikatury, která vznikla na podkladě striktního zákazu hodnotit předchozí zkušenosti obsaženého ve směrnice č. 2004/18/ES.

57. Příkladem budiž rozsudek SDEU ze dne 26. 3. 2015 ve věci C-601/13 *Ambising* proti Nersant (dále jen „**rozsudek Ambising**“), který ač vydán podle směrnice č. 2004/18/ES, reaguje již i na novou úpravu obsaženou ve směrnici 2014/24/EU. Jde zde o porovnání judikatury SDEU týkající se ověření vhodnosti hospodářských subjektů k provedení zakázky a kritérií pro zadání zakázky (např. rozsudek SDEU ze dne 24. 1. 2008, *Emm. G. Lianakis AE a další v. Dimos Alexandroupolis a další*, ve věci C-532/06 uvedený i v napadeném rozhodnutí, dále také jen „**rozsudek Lianakis**“) a návrhu Komise následně vtěleného do textu směrnice 2014/24/EU. V rozsudku *Ambising* se pak výslovně uvádí, že ani původní judikatura (konkrétně rozsudek *Lianakis*) nevyklučuje hodnocení zkušeností osob, které tvoří zvláštní **skupinu, jež musí konkrétním způsobem provést zakázku**, neboť se týká počtu zaměstnanců a zkušeností uchazečů obecně. V rozsudku *Ambising* se následně uzavírá, že dokonce ani úprava kvalitativních kritérií obsažená ve směrnici č. 2004/18/ES nebrání tomu, aby veřejný zadavatel stanovil kritérium, které umožní zhodnotit kvalitu skupin, které uchazeči konkrétně navrhnou k provádění této zakázky, přičemž toto kritérium zohlední složení skupiny, jakož i zkušenosti a vzdělání jejích členů.
58. Z uvedeného rozsudku *Ambising* je však také patrné, že je nutno odlišovat mezi posuzováním zkušeností uchazečů obecně (viz rozsudek *Lianakis*), které se zapovídá, a zkušenostmi členů určité skupiny, která bude poskytovat zejména služby intelektuální povahy. V tomto duchu je pak nutno vykládat i úpravu kvalitativních kritérií dle čl. 67 směrnice 2014/24/EU a § 116 zákona. V souladu s evropskou judikaturou je tedy i nadále nutno rozlišovat mezi zkušenostmi dodavatele jako takového, které je nutno zohlednit pouze v rámci kvalifikace, a případnými zkušenosti konkrétních pracovníků dodavatele, jejichž intelektuální a nepřenositelné schopnosti budou mít zásadní dopad na plnění veřejné zakázky.
59. V této souvislosti lze pak ještě korigovat závěr obsažený v bodě 100 napadeného rozhodnutí *in fine*. Je pravdou, že kvalitativní kritéria mají zahrnovat kvalitativní, environmentální a sociální hlediska **spojená s předmětem dané veřejné zakázky**. Pokud však Úřad odkazuje na znění čl. 67 bod 3. směrnice 2014/24/EU k podpoře tvrzení, že spojení s předmětem veřejné zakázky je nutno vidět jen u plnění (stavební práce, dodávky, služby), která mají být

poskytnuta v rámci dané veřejné zakázky, je tento odkaz nepřiléhavý. Úřad zde cituje pouze část předmětného čl. 67 bod 3. směrnice 2014/24/EU, v jehož znění se zrcadlí důvody, pro které byla směrnice 2014/24/EU přijata (viz bod 97 těchto důvodů), tedy že spojitost s předmětem veřejné zakázky je nutno vidět ve všech ohledech a v kterékoli fázi životního cyklu tohoto plnění. Jinak řečeno, souvislost s předmětem plnění je třeba posuzovat v celém kontextu a s ohledem na celou dobu, kdy má být poskytnuté plnění užíváno.

60. Tato drobná korekce však nic nemění na správnosti závěrů napadeného rozhodnutí, tedy že kvalitativní kritéria musí být spojena s předmětem veřejné zakázky a nikoliv se zkušeností dodavatele s odlišnou, tzv. referenční zakázkou, neboť je stále třeba mít na paměti, že hodnocení obecné zkušenosti zadavatele se v případě nadlimitních veřejných zakázek nepřipouští – právní úprava hodnocení totiž stojí na principu, že zvolená hodnotící kritéria musí mít k poskytovanému plnění hmatatelnou a konkrétní vazbu. Hodnotí se totiž nabízené plnění, nikoliv osoba dodavatele. Pokud jde o ten aspekt věci, že právní úprava připouští hodnocení zkušeností fyzických osob, které se budou na plnění zakázky přímo a fakticky podílet, je v takovém případě vazba k předmětu zakázky mnohem silnější než v případě zkušenosti dodavatele, který předmětnou zkušeností disponuje pouze ve formálním smyslu, neboť je pouze osobou, jejímž jménem byla referenční služba plněna. Fakt, že se zpravidla bude jednat o osobu právnickou, tuto vazbu hodnocené zkušenosti a předmětu zakázky ještě oslabuje, neboť historická „zkušenost“ právnické osoby s plněním zakázky určitého druhu neznámá, že osoby, které za ni budou nyní plnit, budou vybaveny potřebným know how. Lze uzavřít, že hodnocení kvalifikace dodavatele není u nadlimitních zakázek vyloučeno, ale je třeba, aby zadavatel velmi přesvědčivě odůvodnil souvislost takového hodnotícího kritéria s předmětem veřejné zakázky.
61. Napadené rozhodnutí dále správně uzavírá, že hodnotící kritérium „Technická kvalifikace“ v šetřeném případě nesouvisí s předmětem veřejné zakázky, v této souvislosti lze v plném rozsahu odkázat na závěry obsažené v bodech 106-110 napadeného rozhodnutí. Úřad správně uvádí, že dané kritérium se vztahuje ke zkušenosti dodavatele s plněním referenčních zakázek a v plnění veřejné zakázky samotné již nejsou tyto zkušenosti konkrétně zohledněny. Jediné provázání s předmětem plnění veřejné zakázky lze spatřit v požadavku zadavatele na zkušenost s dodáním **obdobného** plnění, tato vazba je však velmi vágní a v podstatě referuje spíše k obecné zkušenosti dodavatele v daném oboru. Skutečnost, že předmětné reference nejsou promítnuty do smlouvy na veřejnou zakázku, není tolik významná, neboť není třeba striktně trvat na provázání daného kvalitativního kritéria se zněním smlouvy na veřejnou zakázku (ačkoliv takové provázání bude prakticky téměř pravidlem vzhledem k tomu, že ve smlouvě na veřejnou zakázku musí být z povahy věci sám předmět veřejné zakázky dostatečně definován). Neprovozanost hodnotícího kritéria se samotným předmětem plnění veřejné zakázky totiž plyne již ze samotné skutečnosti, že je zjevně posuzována předchozí spíše obecná zkušenost zadavatele a nikoliv nabídka samotná, tedy kvalita předmětu plnění veřejné zakázky. Skutečnost, že se dané kritérium nijak nepromítá do smlouvy na veřejnou zakázku, uvedené závěry potvrzuje.
62. V posuzovaném případě by případnou zkušenost s dodáním obdobného plnění bylo teoreticky možno promítnout do plnění veřejné zakázky skrze zkušenosti konkrétního konstruktérského týmu, avšak to pouze v případě, že by takový tým měl významný dopad na kvalitu plnění. To plyne z § 116 písm. e) zákona. Případně by bylo možno uvažovat

o požadavku např. bezproblémového provozu totožného typu trolejbusu po určitou dobu, což je však zjevně vlastnost samotného předmětu plnění (tedy trolejbusu), a nikoliv dodavatele, a bylo by ji možno podřadit např. pod technickou úroveň plnění či jeho funkční vlastnosti. Pokud pak zadavatel poukazuje na inovativní charakter předmětu plnění (trolejbus s alternativním pohonem), nezapadá do tohoto přístupu skutečnost, že určité bodové hodnocení mělo být přiděleno i za podíl na výrobě karoserie, která jistě nijak inovativní není.

63. Argumentace zadavatele obsažená v jeho rozkladu směřuje zejména k obecné možnosti hodnocení kvalifikace dodavatele. Odkaz zadavatele na úpravu týkající se podlimitního režimu je nutno zcela odmítnout, neboť podstatou této úpravy je právě uvedení odlišností mezi podlimitním a nadlimitním režimem. Ze stejného důvodu nemůže obstát ani odkaz na provázanost § 53 odst. 6 zákona a § 116 zákona, neboť tuto provázanost lze spatřovat pouze tak, že pro podlimitní režim lze využít obdobně pravidla režimu nadlimitního, a nikoliv naopak. Ostatně v důvodové zprávě k § 53 se praví následující: „*Při hodnocení zadavatel postupuje podle pravidel pro nadlimitní režim, nabídky hodnotí podle jejich ekonomické výhodnosti. Jako kritéria kvality může stanovit i jiná kritéria než u nadlimitních veřejných zakázek spojená s výhodami či riziky spojenými s uzavřením smlouvy, přičemž zadavatel musí pro jejich stanovení dodržet zásady. Zadavatel je například oprávněn jako jedno z kritérií kvality stanovit kritérium technické kvalifikace, konkrétně lze hodnotit ve zjednodušeném podlimitním řízení například zkušenosti dodavatele s plněním předmětu zakázky doložené referencemi.*“ (citováno z www.beck-online.cz, právní informační systém). Z toho plyne, že úprava zjednodušeného podlimitního řízení je v otázce hodnocení specifická a nelze z ní zásadně dovozovat závěry o právní úpravě nadlimitního režimu.
64. Zcela nepřiléhavý je pak odkaz zadavatele na úpravu obsaženou v zákoně č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, která byla překonána pozdějšími právními úpravami založenými na implementaci evropské úpravy, a je třeba trvat na výkladu § 116 odst. 1 zákona tak, jak byl v souladu s evropskou judikaturou a legislativou proveden shora.
65. K argumentu týkajícímu se tvrzení, že § 116 odst. 2 zákona stanoví pouze demonstrativní výčet možných kvalitativních kritérií hodnocení a výslovně nezakazuje použít pro hodnocení reference dodavatele, lze uvést následující. Jak bylo vysvětleno v kontextu směrnice 2014/24/EU, je nutno kvalitativní kritéria spojit s předmětem plnění dané veřejné zakázky. Pokud taková spojitost nebyla nalezena, jak se stalo i v posuzovaném případě, není již rozhodné, zda daná konkrétní možnost je výslovně zákonem zapovězena, či nikoliv. Předmětný demonstrativní výčet totiž rozvíjí základní definici kvalitativního kritéria obsaženou v § 116 odst. 1 zákona a zadavatelem stanovené kritérium, spočívající v hodnocení referencí, pod tuto definici podřadit nelze.
66. K námitce zadavatele, dle které je stanovení hodnotících kritérií ve výlučné pravomoci zadavatele, lze uvést, že volnost zadavatele ve stanovení hodnotících kritérií nemůže být bezbřehá, což ostatně plyne i z dikce § 116 odst. 1 zákona, v němž se ukládá **povinnost stanovit kritéria**, která vyjadřují kvalitativní, environmentální nebo sociální **hlediska spojená s předmětem veřejné zakázky**. Omezení týkající se nemožnosti Úřadu zasahovat do způsobu nastavení hodnotících kritérií pak lze akceptovat pouze tehdy, pokud daná hodnotící kritéria jsou stanovena v souladu se zákonem, tedy i s výše citovaným ustanovením, a je nutno

je chápat pouze tak, že Úřad není oprávněn zadavatele "opravovat" v jeho představách o tom, jakou nabídku má on sám považovat za nabídku nejlépe odpovídající jeho potřebám (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 12. 8. 2010, č. j. 62 Ca 10/2009-113).

67. Lze tedy shrnout, že závěr napadeného rozhodnutí, v němž Úřad konstatuje, že zadavatel stanovil zadávací podmínky šetřené veřejné zakázky v rozporu s § 116 odst. 1 zákona, když stanovil jako jedno z kritérií kvality pro hodnocení nabídek účastníků zadávacího řízení kritérium „Technická kvalifikace“, v jehož rámci hodnotil způsob prokázání technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. b) zákona, ačkoliv toto kritérium nevyjadřuje kvalitativní, environmentální, ani sociální hlediska spojená s předmětem veřejné zakázky, je správný.

K námitce porušení principu legitimního očekávání

68. Zadavatel dále vytýká Úřadu absenci předvídatelnosti jeho postupu a porušení principu legitimního očekávání. Tvrdí, že Úřad věděl o existenci sporného hodnotícího kritéria nejpozději ode dne 14. 4. 2020, avšak zabýval se jím až na základě podnětu ze dne 21. 10. 2020, čímž v mezidobí založil u účastníků správního řízení legitimní očekávání, že předmětné hodnotící kritérium není důvodem nezákonnosti zadávacího řízení.
69. K této námitce se vyjádřil Úřad v bodě 114 napadeného rozhodnutí, na který lze v této souvislosti odkázat. Uvedl, že v průběhu šetření veřejné zakázky se zákonností předmětného hodnotícího kritéria vůbec nezabýval a tuto otázku tedy nevyřešil, nemohl tedy založit legitimní očekávání správnosti postupu zadavatele. Nelze v žádném případě přijmout tezi, že jakoukoliv zadávací podmínku, se kterou je Úřad v rámci své činnosti seznámen a ohledně níž nezahájí řízení z moci úřední, je nutno považovat za zákonnou. Jestliže platí, že ochrana legitimního očekávání není dána ani v případě, kdy by byla založena správní praxí *contra legem* (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 12. 2014, č. j. 4 As 211/2014 - 36), tím méně se lze ochrany legitimního očekávání dovolávat na základě skutečnosti, že Úřad předmětnou nezákonnost zadavatelé vůbec nevytkl, neboť se jí nezabýval.
70. Postupem Úřadu, kdy tento nezahájil z moci úřední řízení posuzující zákonnost zadavatele stanoveného hodnotícího kritéria, nemohlo být založeno legitimní očekávání zadavatele, že jeho postup je v souladu se zákonem.
71. Zadavatel napadá rozkladem celé napadené rozhodnutí, tedy také jeho výrok IV, kterým bylo správní řízení zahájené na návrh zastaveno. S ohledem na skutečnost, že veškeré rozkladové námitky zadavatele směřují obsahově právě proti výrokům I–III napadeného rozhodnutí, bylo namísto napadené rozhodnutí ve výroku IV potvrdit a rozklad zadavatele směřující proti tomuto výroku jako nedůvodný zamítnout. Že je vedení správního řízení o přezkoumání výběru dodavatele ve zdejší věci bezpředmětné, to je s ohledem na fakt, že dochází ke zrušení zadávacího řízení, očividné.

Shrnutí

72. Na základě všech výše uvedených skutečností lze shrnout, že Úřad postupoval správně, když se zabýval podnětem směřujícím k posouzení zákonnosti předmětného hodnotícího kritéria a rovněž správně uzavřel, že předmětné hodnotící kritérium je v rozporu s § 116 odst. 1 zákona. Postupem Úřadu rovněž nebylo zasaženo do legitimního očekávání zadavatele.

73. Napadené rozhodnutí je současně řádně odůvodněno a Úřad v řízení předcházejícímu napadenému rozhodnutí dostatečně zjistil skutkový stav a postupoval v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů a se zásadou materiální pravdy.

XIII. Závěr

74. Po zvážení všech aspektů dané věci, po zjištění, že vybraný dodavatel není oprávněn podat rozklad proti výročkům I-III a V napadeného rozhodnutí, a po zjištění, že posouzení zadavatelem stanoveného hodnotícího kritéria, jímž je hodnocena technická kvalifikace spočívající v referencích z předchozích obdobných plnění, jako rozporného s § 116 odst. 1 zákona bylo provedeno správně a v souladu se zákonem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro změnu nebo zrušení napadeného rozhodnutí. Nezbylo tak než rozklad vybraného dodavatele ve výše uvedených výrocích zamítnout jako nepřípustný, rozklad zadavatele zamítnout jako nedůvodný a napadené rozhodnutí potvrdit.
75. Vzhledem k výše uvedenému bylo rozhodnuto tak, jak je ve výrocích tohoto rozhodnutí uvedeno.

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.

JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. JUDr. Radek Jurčík, advokát se sídlem v Brně, Obilní trh 6, 602 00 Brno
2. Mgr. Marek Šimka, advokát, Šumavská 519/35, 602 00 Brno
3. SOR Libchavy spol. s r.o., Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy

Vypraveno dne

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