č. j. 2 A 9/2002 - 62

ČESKÁ REPUBLIKA

R O Z S U D E K
J M É N E M R E P U B L I K Y

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr.Václava Novotného a soudkyň JUDr. Ludmily Valentové a JUDr. Lenky Matyášové v právní věci žalobkyně **R., spol. s r. o.,** zast. JUDr. Rostislavem Sochorem, advokátem se sídlem Horova 6, Ústí nad Labem, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže,** Joštova 8, Brno za účasti 1) **Město L.**, zast. Mgr. Danielem Volákem, advokátem, AK Jiráskova 413, L. a 2) **E. L., spol. s r. o.**, v řízení o žalobě proti rozhodnutí o rozkladu předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 3. 2002, č. j. 3R59/01-Ku,

t a k t o:

I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 3. 2002, č. j. 3R59/01-Ku **s e z r u š u j e** pro vady řízení a **v r a c í s e** žalovanému k dalšímu řízení.

II. Žalovaný je povinen uhradit žalobkyni na nákladech řízení částku 4 650 Kč k rukám právního zástupce ve lhůtě 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku

O d ů v o d n ě n í:

Žalobkyně podala dne 6. 5. 2002 u Vrchního soudu v Olomouci žalobu, kterou se domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 3. 2002, č. j. 3R59/01-Ku, kterým byl podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek ve znění zákonů č. 148/1996 Sb., č.93/1998 Sb., č. 28/2000 Sb. a č. 256/2000 Sb. zamítnut rozklad podaný do rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 10. 12. 2001, č. j. S-160-R/01-1220/140/Ná, kterým byl zamítnut návrh žalobkyně na přezkoumání rozhodnutí zadavatele - města L., zast. starostou Ing. J. S. ze dne 13. 9. 2001, č. j. VZ/19/2000 o výběru nejvhodnější nabídky v obchodní veřejné soutěži na veřejnou zakázku

„K.“ L., vyhlášené zadavatelem dne 20. 12. 2000 v Obchodním věstníku č. 51/00, pod sp.zn.112074-51/00 podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek ve znění pozdějších předpisů. Žalobkyně současně požádala o odklad vykonatelnosti napadeného rozhodnutí. Usnesením Vrchního soudu v Olomouci ze dne 23. 5. 2002, č. j 2 A 9/2002-31 byla vykonatelnost napadeného rozhodnutí odložena do pravomocného skončení soudního řízení ve věci.

Žalobkyně napadá samotné hodnocení nabídek a opakuje námitky, které uvedla již ve svém návrhu i rozkladu.Tyto námitky se týkají hodnocení jednotlivých kritériích, zejména výhrad k nabídnutým zárukám vítěznou společností E. L., spol. s r. o., postupu při hodnocení referencí, znemožnění členům hodnotící komise prověřit si dosavadní činnost žalobkyně, termínu plnění a rovněž namítá umožnění přístupu do jednoho z bytů vítěznému uchazeči, čímž byl tento v rozporu se zákonem zvýhodněn a konečně že po zveřejnění zadání dochází k omezení předmětu díla vypuštěním požárního schodiště. Namítá, že se orgán dohledu nevypořádal v žádném ze svých rozhodnutí s argumenty žalobkyně, neprověřil postup zadavatele a nevyužil oprávnění k provedení dohledu. Žalovaný ve svém vyjádření setrval na názoru, který je vyjádřen v obsáhlém odůvodnění napadeného rozhodnutí.

V daném případě se jedná o věc, která na Nejvyšší správní soud přešla podle ust. § 132 zák. č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále s. ř. s.) z Vrchního soudu v Olomouci. Podle uvedeného ustanovení Nejvyšší správní soud ve věcech neskončených vrchními soudy u nichž byla přede dnem účinnosti s. ř. s dána jejich věcná příslušnost, dokončí řízení zahájená před těmito soudy. Řízení o žalobách podaných podle části páté hlavy druhé zák. č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění účinném do 31. 12. 2002, o nichž nebylo rozhodnuto do dne nabytí účinnosti s. ř. s., se dokončí podle ustanovení části třetí hlavy druhé, dílu prvního s. ř. s.

Soud přezkoumal napadené rozhodnutí jakož i řízení, které jeho vydání předcházelo a dospěl k názoru, že žaloba je důvodná.

Město L., zast. starostou Ing. J. S. vyhlásilo dne 20. 12. 2000 v Obchodním věstníku č. 51/00 pod zn. 112074-51/00 obchodní veřejnou soutěž na „K.“ L. podle zákona č.199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek ve znění pozdějších předpisů. Dne 10. 9. 2001 na základě rozhodnutí zadavatele provedla ustanovená komise hodnocení nabídek uchazečů, sestavila pořadí a jako nejvhodnější doporučila nabídku společnosti E. L. Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky zaslal zadavatel všem hodnoceným uchazečům, tedy i žalobkyni dne 13.9.2001. Proti výsledku obchodní veřejné soutěže podala žalobkyně dne 11. 10. 2001 návrh na jeho přezkoumání k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Ve správním řízení, které bylo tímto zahájeno, zpochybňuje reálnost nabídky předložené vítězným uchazečem. Především, co se týče nabízené délky záruk, namítá, že trvání záruky v délce 131 měsíců výrazně převyšuje délku maximální obvyklé záruky, ale i výrazně přesahuje délku vlastní existence a popř. dokonce přesahuje v některých případech délku životnosti některých použitých prvků. Zadavatel měl dle názoru žalobkyně postupovat analogicky dle § 36 odst. 4 zákona č. 199/1994 Sb. a nabídku ze soutěže vyřadit. Zpochybňuje dále možnost předložení adekvátních referencí vítěznou společností, přičemž vychází z výše jejího ročního obratu, jakož i z neexistence žádné srovnatelné zakázky, kterou by tato společnost realizovala. Nesouhlasí rovněž s hodnocením kriteria termínu plnění, když žalobkyně předložila nejkratší termín plnění. Za porušení ust. § 11 zákona č. 199/1994 Sb. pak považuje skutečnost, že zadavatel vítězné společnosti umožnil provedení prací na rekonstrukci jednoho z bytů v objektu „K.“. Uvedené námitky včetně námitky nedostatečné činnosti dohledového orgánu,

která je mu zákonem svěřena, byly rovněž předmětem rozkladu, o němž bylo rozhodnuto rozhodnutím, které je nyní předmětem soudního přezkoumání.

Přezkoumání úkonů zadavatele je v České republice prováděno při uplatnění subsidiarity správního řádu (§ 61 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů), tzn. že správní řád se použije v případech, pokud zákon o zadávání veřejných zakázek neobsahuje odlišnou právní úpravu. Subjektem provádějícím řízení je vždy Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Úřad), jehož působnost, jakožto orgánu dohledu je upravena v § 2 písm. b) zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v platném znění, v návaznosti na ust. § 51 zákona č. 199/1994 Sb.

Přezkumná činnost orgánu dohledu spočívá v kontrole, zda byly dodrženy předepsané postupy a úkony zajišťující rámec pro vlastní posouzení a hodnocení nabídek. Volba kritérií hodnocení a jejich počet, jakož i jejich samotné vyhodnocení je výlučně v kompetenci zadavatele, který musí respektovat jisté podmínky, přičemž zejména počet kritérií, popř. subkritérií musí být přiměřený předmětu a rozsahu veřejné zakázky, kritéria musejí být transparentní a hodnotitelná, jedním z kritérií musí být vždy nabídková cena. V případě veřejné obchodní soutěže musí být kritéria uvedena v sestupném pořadí podle stupně významu, který jim zadavatel přisuzuje (§ 5 odst.3 zákona č. 199/1994 Sb.). Je výlučně v pravomoci zadavatele zvolit si v zadání veřejné zakázky kriteria hodnocení nabídek s ohledem na daný předmět veřejné zakázky a potřeby zadavatele. Z tohoto důvodu nejsou ani přípustné námitky proti způsobu zadání (§ 54 písm. a/ zák.č. 199/1994 Sb.). Obligatorně stanovené kriterium hodnocení, tj. nabídková cena, bylo v daném případě splněno. O výběru nejvhodnější nabídky může rozhodnout pouze zadavatel, a to na základě doporučení komise pro posouzení a hodnocení nabídek, přičemž nejvhodnější nabídkou se rozumí nabídka nejlépe splňující kritéria vymezená zadavatelem v podmínkách soutěže.

Zákon č. 199/1994 Sb. o zadávání veřejných zakázek není normou obsahující procesní pravidla pro řízení před zadavatelem, ale zakotvuje postupy, které je třeba dodržovat, aby mohl být vytvořen rámec pro objektivní posouzení a výběr nejvhodnější nabídky. Cílem zákona je zajistit nejvyšší možnou průhlednost procesu zadávání veřejných zakázek a *fair* prostředí, pokud jde o použití veřejných prostředků (§ 2 písm. b) zákona). S výjimkou přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu nejde o správní řízení, tedy zákon neobsahuje procesní normu, jíž by se mělo zadávání veřejných zakázek řídit, nýbrž postup závazný stejnou měrou pro zadavatele i pro uchazeče. Přezkumná činnost orgánu dohledu spočívá v kontrole, zda byly řádně dodrženy předepsané postupy a úkony zajišťující rámec pro vlastní posouzení a hodnocení nabídek.

Žalobkyně však v podané žalobě zpochybňuje zákonnost vlastního posouzení nabídky, resp. nevhodnost nabídky vítězného uchazeče. Přitom právě zde je hranice, kterou žalovaný nesmí překročit, neboť potom by se stal sám hodnotitelem jednotlivých nabídek. Jeho pravomoci sahají do úrovně těch činností zadavatele, která vytvářejí prostor pro *fair* podmínky pro účast uchazečů v soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kriterium a v jaké kvalitě. Nelze přezkoumávat úvahy členů komise, neboť tím by se žalovaný ve svých důsledcích sám stylizoval do role zadavatele a určoval by, která zakázka má vyhovět zadaným kritériím a také v soutěži zvítězit. Orgán dohledu nemůže přebírat zodpovědnost za výběr nejvhodnější nabídky, neboť k tomu nemá ani odborné předpoklady; totéž nelze požadovat ani po soudu. Úkolem obou je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. V opačném případě by

se totiž výběr nejvhodnější nabídky mohl stát záležitostí znaleckých posudků, a pak by existence zákona postrádala smysl.

Vlastní akt posouzení a hodnocení nabídek, pokud je napadán, nemůže podléhat dohledové činnosti, neboť jde o nikoli dodržení zákonem stanovených postupů, ale o myšlenkový proces odehrávající se ve sféře vědomí hodnotitelů. Členové komise nehodnotí shromážděné informace a poznatky podle obecných zásad práva procesního jako důkazy a nejednají a nerozhodují ve správním řízení. Komise, která nabídky posuzovala, zasedala v zákonem předepsaném složení a měla k dispozici veškeré potřebné podklady, aby se její členové mohli rozhodnout pro výběr nejvhodnější nabídky.

Zákon nestanoví ani povinnost komise při hodnocení nabídek ověřovat a vyjasňovat si informace deklarované uchazeči v nabídkách. Tato povinnost se týká jen mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu ust. § 36 zákona č. 199/1994 Sb., jež stíhá zadavatele ještě ve fázi před hodnocením komisí. Uvedené ustanovení, které je taxativní povahy, nelze analogicky aplikovat na případ jiných kritérií, např. garantovaných záruk, jak požaduje žalobce. Chtěl-li by zákonodárce takovou možnost připustit, musel by přistoupit k výčtu demonstrativnímu, což však neučinil. Jakýkoli extenzivní výklad daného ustanovení je nutno považovat za *contra legem*. To se týká i prověřování referencí o uskutečněných zakázkách, případně prověřování samotných uchazečů.

V dané věci nelze než konstatovat, že orgánu dohledu za popsané situace nepřísluší vstupovat do úvah o vhodnosti výběru jednotlivých nabídek, neboť není zmocněn k tomu, aby zastoupil zadavatele v jeho postavení, které mu zákon vymezuje. Žalovaný již v prvostupňovém rozhodnutí konstatoval nesprávné posuzování kritéria termínu plnění, avšak nevyvodil z toho důsledek příznivý pro žalobce, když zdůraznil, že ani při shodném počtu bodů by se žalobce neumístil v celkovém pořadí na prvním místě. Podle stanoveného způsobu hodnocení komise pro posouzení a hodnocení nabídek je patrné, že kritériu termín plnění (termíny v nabídkách uchazečů si byly velmi blízké a připadaly na závěrečnou dekádu měsíce září 2002) byl přiřazen koeficient 0,2 a získané body sčítané do celkového pořadí se odvíjely od násobku koeficientu a přiděleného pořadí; tedy uchazeč umístěný na 1.místě získal 0,2 bodů, kdežto uchazeč umístěný až na 3. místě 0,6 bodů. Vítězná nabídka je proto charakterizována nejnižším počtem bodů a celkově získala u devíti hodnotitelů 13,82 bodů (8x 1,48 + 1,98), kdežto žalobce 17,53 (8x1,92+2,17). Pokud by však žalobce v tomto bodě zvítězil, znamenalo by při respektování přístupu v hodnocení jednotlivých hodnotitelů změnu v bodovém ohodnocení pro stávajícího vítěze v nejhorším případě 17,42 bodů, kdežto pro žalobce v nejlepším případě 13,93 bodů. Nastíněná situace je pouze modelová a může se lišit od reality vlastního hodnocení, když soudu nepřísluší dávat zde hodnotitelům závazný pokyn, jak mají při udílení bodů postupovat. Možnou situaci soud uvádí do protikladu k názoru žalovaného, který nikterak neodůvodnil proč má za to, že by správný přístup k hodnocení třetího kritéria nemohlo výsledek zvrátit. Soud považuje toto pochybení za závažné, nakolik nelze spekulovat o umístění žalobce v tomto kritériu.

Žalovaný se naopak velmi podrobně zabýval námitkou přístupu jednoho z uchazečů do objektu soutěže a soud se ztotožňuje s jeho argumentací, že nedošlo ke zvýhodnění, které by mohlo *fair* podmínky soutěže ovlivnit.

Došlo-li ke změně rozsahu předmětu veřejné zakázky, když po vyhlášení soutěže byl omezen předmět díla, a to vypuštěním požárního schodiště, čímž soutěž v původní podobě dle zadání neprobíhala, pak žalobkyně tuto námitku neuplatnila již v řízení před

správním orgánem. Žalovaný se nedopustil porušení zákona; soud přezkoumává zákonnost rozhodnutí žalovaného správního orgánu, který v řízení, jež vedl, postupoval podle hlavy III. zákona č. 199/1994 Sb. Podle ust. § 57 odst.5 cit. zákona je správní orgán oprávněn přezkoumat napadené rozhodnutí zadavatele v celém jeho rozsahu, nelze však z toho dovodit povinnost činit tak vždy a nad rámec návrhu uchazeče. Tím není dotčeno oprávnění, ale i povinnost žalovaného Úřadu z vlastního podnětu zahájit řízení, a to ve lhůtě do 4 let ode dne, kdy došlo k porušení zákona (§ 57 odst.1 cit. zákona).

Z výše uvedených důvodů proto Nejvyšší správní soud napadené rozhodnutí žalovaného zrušil pro vady řízení a vrátil mu k dalšímu řízení. Setrvá-li na původním stanovisku, uvede důvody, jež by soud o správnosti takovéto úvahy přesvědčily, v opačném případě z nesprávného postupu vyvodí odpovídající závěr.

O nákladech řízení bylo rozhodnuto ve smyslu ust. § 60 odst. 1 s. ř. s. Podle § 133 s. ř. s. odměna za zastupování advokátem nebo notářem v řízeních, která byla zahájena přede dnem účinnosti tohoto zákona (1. 1. 2003), se stanoví podle dosavadních předpisů. V daném případě je třeba postupovat podle vyhlášky č. 484/2000 Sb. účinné od 1. 1. 2001, kterou se stanoví paušální sazby výše odměny za zastupování účastníka advokátem. Ve věcech žalob a opravných prostředků proti rozhodnutím orgánů veřejné správy a správních orgánů činí sazba odměny 3 500 Kč (§ 11 citované vyhlášky). K tomu přísluší paušální částka jako náhrada výdajů podle § 13 odst. 3 vyhl. č. 177/1996 Sb. ve výši 75 Kč za jeden úkon, v daném případě 2 x 75 Kč, tj. 150 Kč. Žalobkyni dále přísluší náhrada za zaplacený soudní poplatek 1 000 Kč. Celkem jeho náklady činí 4650 Kč. S ohledem na obsah spisu nebyly naplněny podmínky pro rozhodování o nákladech osob zúčastněných v řízení (§ 60 odst. 5 s. ř. s.)

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** přípustné opravné prostředky (§ 53 odst. 3 s. ř. s.).

V Brně dne 16. 3. 2004

JUDr. Václav Novotný
předseda senátu