



UOHSX003CGLY

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R153/2010/VZ-19288/2010/310/ASc

V Brně dne: 21. prosince 2010

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 8. 10. 2010 podaném vybraným uchazečem –

- společností **GEMA ART GROUP a. s.**, IČ 26437741, se sídlem Haštalská 760/27, 110 00 Praha, za níž jedná akademický malíř Zdeněk Fučík, předseda představenstva,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S241/2010/VZ-12632/2010/510/KČe ze dne 22. 9. 2010 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **Národního divadla, státní příspěvkové organizace**, IČ 00023327, se sídlem Ostrovní 1, 112 30 Praha, zastoupené PhDr. Ondřejem Černým, ředitelem, učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Generální oprava fasád historické budovy Národního divadla**“, zadávané formou otevřeného řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 22. 2. 2010 pod evidenčním číslem VZ 60042148 a v Úředním věstníku EU pod zn. 2010/S 38-055339 dne 24. 2. 2010, jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- společnost **OHL ŽS, a. s.**, IČ 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 660 02 Brno, za níž jednají Ing. Michal Štefl a Ing. František Ledabyl, předseda a místopředseda představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 8. 7. 2010 Mgr. Tomášem Machurkem, advokátem, se sídlem MT Legal s. r. o., advokátní kancelář, Jakubská 121/1, 602 00 Brno,

jsem podle § 152 odst. 5 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-S241/2010/VZ-12632/2010/510/KČe ze dne 22. 9. 2010

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Národní divadlo, státní příspěvková organizace, IČ 00023327, se sídlem Ostrovní 1, 112 30 Praha (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon"), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 22. 2. 2010 pod evidenčním číslem VZ 60042148 a v Úředním věstníku EU pod zn. 2010/S 38-055339 dne 24. 2. 2010 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Generální oprava fasád historické budovy Národního divadla“ (dále jen „veřejná zakázka“). Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Zadavatel jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky stanovil nejnižší nabídkovou cenu. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel celkem sedm nabídek, které komise pro posouzení a hodnocení nabídek shledala z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách jako úplné. Podle protokolu z jednání komise ze dne 19. 5. 2010, zadavatel na doporučení komise nechal zpracovat odborné posouzení nabídkových cen u všech podaných nabídek (dále jen „znalecký posudek“), na jehož základě si od pěti uchazečů vyžádal písemné vysvětlení nabídky a současně od šesti uchazečů písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 31. 5. 2010, komise po posouzení podaných vysvětlení a zdůvodnění nabídkových cen pět nabídek vyřadila, a to včetně nabídky uchazeče OHL ŽS, a. s., IČ 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 660 02 Brno (dále jen „navrhovatel“). Po stanovení pořadí podle výše nabídkových cen u zbývajících dvou nabídek komise zadavateli doporučila uzavřít smlouvu s uchazečem GEMA ART GROUP a. s., IČ 26437741, se sídlem Haštalská 760/27, 110 00 Praha (dále jen „vybraný uchazeč“). Zadavatel rozhodnutím ze dne 3. 6. 2010 rozhodl o vyloučení uchazečů, jejichž nabídky byly vyřazeny, z účasti v zadávacím řízení a současně o přidělení veřejné zakázky vybranému

uchazeči. Navrhovatel podal proti svému vyloučení ze zadávacího řízení námitky, kterým zadavatel rozhodnutím ze dne 24. 6. 2010 nevyhověl.

3. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal u Úřadu dopisem ze dne 8. 7. 2010 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad návrh obdržel dne 8. 7. 2010 a k tomuto dni oznámil podle § 113 zákona zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče. Po předběžném přezkoumání předložené zadávací dokumentace získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem a z tohoto důvodu vyhověl návrhu navrhovatele a dne 21. 7. 2010 uložil rozhodnutím č. j. ÚOHS-S241/2010/VZ-10326/2010/510/KČe zadavateli předběžné opatření, spočívající v zákazu uzavřít smlouvu do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

II. Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 22. 9. 2010 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S241/2010/VZ-12632/2010/510/KČe (dále jen "napadené rozhodnutí"), jehož výrokem I. rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 77 odst. 1 v návaznosti na ustanovení § 6 zákona tím, že úkony komise pro posouzení a hodnocení nabídek spojené s posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nebyly provedeny transparentně, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele Úřad podle § 118 odst. 1 zákona zrušil úkony zadavatele spojené s posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a s hodnocením nabídek uchazečů, které byly zdokumentovány v protokolech o jednání hodnotící komise a ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 31. 5. 2010, a současně zrušil i rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky z téhož dne. Výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli povinnost úhrady nákladů správního řízení ve výši 30 000 Kč.
5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad nejprve zrekapituloval stanoviska účastníků řízení a po uvedení relevantních ustanovení zákona týkajících se procesu posouzení a hodnocení nabídek dále uvedl, že podle § 77 zákona, je zkoumání, zda konkrétní nabídka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu obligatorní součástí procesu posuzování nabídek hodnotící komisí. Ta má ve vztahu k posuzování výše nabídkových cen dvě základní povinnosti. Za prvé posoudit, zda nabídka uchazeče neobsahuje ve vztahu k předmětu veřejné zakázky mimořádně nízkou nabídkovou cenu a za druhé, v případě jejího zjištění, vyžádat si od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí jeho nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné. Zákon sice výslovně nestanoví, že by součástí výzvy k tomuto písemnému zdůvodnění mělo být i sdělení, z jakých důvodů hodnotící komise nabídkovou cenu uchazeče považuje za mimořádně nízkou, takový požadavek však lze dovodit ze zásady transparentnosti, kterou má být celé zadávací řízení ovládáno, dále z logiky věci, neboť zdůvodnění může být podáno pouze tehdy, jsou-li uchazeči známy konkrétní námitky proti

jeho nabídkové ceně, a konečně ze samého znění ustanovení § 77 odst. 1 zákona, které hovoří o písemném zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné. Od správné aplikace uvedených povinností se pak nutně odvíjí nejen další úkony zadavatele v zadávacím řízení, ale i reálná možnost přezkumu správnosti a zákonnosti postupu hodnotící komise při posuzování výše nabídkových cen. Pravomoci Úřadu pak podle něj spadají do úrovně zkoumání těch činností zadavatele, resp. hodnotící komise, které vytvářejí prostor pro rovné podmínky účasti uchazečů v soutěži. Úřad při své přezkumné činnosti ale není oprávněn vstupovat do myšlenkových pochodů členů komise, a tyto jakkoliv přezkoumávat, hodnotit či nahrazovat vlastním správním uvážením, neboť hodnotící komise je kolegium odborně způsobilých osob, kterým je ze zákona svěřena pravomoc posoudit veškeré odborné otázky, související s procesem posouzení a hodnocení nabídek. Posouzení, zda nabídka mimořádně nízkou nabídkovou cenu obsahuje, resp. zda je zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny opodstatněné nebo nikoliv, je proto plně v kompetenci hodnotící komise, přičemž ale Úřad v této souvislosti zkoumá, zda při postupu hodnotící komise, zde v šetřeném případě konkrétně při posouzení výše nabídkových cen ve smyslu § 77 zákona, byl dodržen zákonný rámec, ve kterém toto posouzení má podle zákona proběhnout (k tomu Úřad odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 11/2009 ze dne 2. 9. 2010).

6. K přezkumu úkonů zadavatele, resp. hodnotící komise, v souvislosti s posouzením výše nabídkové ceny navrhovatele v rámci posuzování nabídek Úřad uvedl, že nabídková cena uchazečů byla stanovena ve struktuře dané soupisem prací a výkazem výměr (slepým rozpočtem), který byl součástí zadávací dokumentace veřejné zakázky. Jak plyne z dokumentace o veřejné zakázce, hodnotící komise v rámci posuzování výše nabídkových cen nechala nejprve prostřednictvím zadavatele zpracovat znalecký posudek ve věci cenové analýzy nabídek všech uchazečů, kdy zpracovatel posudku uvedl, že pro tyto účely byl rozpočet rozdělen na několik cenově významných skupin, do kterých byly zahrnuty práce (položky) obdobného charakteru a ty (skupiny) byly jednotlivě posuzovány jako celek. Jednalo se o skupiny: Úpravy povrchů vnější, Fasádní prvky, Lešení a záборы, Konstrukce truhlářské, Konstrukce zámečnické a Práce kamenické. Tyto cenové skupiny de facto odpovídají stavebním dílům položkového rozpočtu, které mají řádově desítky položek v odvislosti od jednotlivých stavebních objektů (etap) stavby.
7. Úřad dále cituje shora označený posudek v části cenové skupiny Úpravy povrchů vnější, kdy byly pro účely posouzení této kapitoly předmětné položky opět rozděleny do několika podkapitol, s prezentací srovnání těchto dílčích částí nabídkových cen podle jednotlivých nabídek formou sloupcových grafů, doplněných slovním komentářem. Jednalo se o podkapitoly: Přípravné práce, Opravy omítek, Lazurování a nátěry, Arkóza – restaurování, Pískovec a umělý kámen – restaurování, Zpevnění zdiva a omítek. V podkapitole Opravy omítek je v posudku uvedeno, že jednotkové ceny jsou značně rozkolísané a jako příklad zpracovatel posudku uvádí 4 související položky stavebních prací, s uvedením cenových rozpětí dle jednotlivých nabídek, přičemž nabídková cena navrhovatele je v této souvislosti uváděna u položky „hydrofobizace fasády“, kde je její konkrétní hodnota jednotkové ceny uvedena v porovnání s jednotkovou cenou této položky, kterou lze podle názoru zpracovatele posudku akceptovat. Dále v této podkapitole zpracovatel posudku posuzuje

nabídkové ceny za opravy omítek jako celek, přičemž uvádí, že ceny navrhovatele mají mnoho položek poměrně nízkých a lze konstatovat i nereálných. Jako příklad zpracovatel posudku uvádí položku „Oprava omítek – rovné plochy.“ V podkapitole této skupiny Lazurování a nátěry je v posudku uvedeno, že ceny za práce se značně liší s tím, že cena navrhovatele je velmi nízká a nereálná, konkrétně jsou uvedeny jednotkové ceny za lazurování a barevnou retuš kamenných a omítaných ploch, včetně kontaktního můstku a cena za antigrafiti nátěr, ve srovnání s cenami, které podle názoru zpracovatele posudku odpovídají reálným cenám uvedených položek. V podkapitole této skupiny Arkóza – restaurování, je v posudku uvedeno, že cena navrhovatele je naprosto nereálná, za tyto jednotkové ceny nelze práce v požadovaném rozsahu a kvalitě provést, a to opět ve srovnání jednotkových cen navrhovatele s jednotkovými cenami, které jsou podle názoru zpracovatele posudku reálné. V podkapitole této skupiny Pískovec a umělý kámen – restaurování, je v posudku uvedeno, že cena navrhovatele je naprosto nereálná, za tyto jednotkové ceny nelze práce v požadovaném rozsahu a kvalitě provést, a to ve srovnání s cenami, které jsou podle názoru zpracovatele posudku reálné. Opět je uvedeno srovnání jednotkových cen navrhovatele s jednotkovými cenami, které jsou podle názoru zpracovatele posudku reálné. Ve zbývajících podkapitolách skupiny je v posudku v podkapitole Přípravné práce, nabídková cena navrhovatele zařazena mezi ceny obvyklé, v podkapitole Zpevnění zdiva a omítek pak je cena navrhovatele označena jako velmi vysoká. Obdobnou formou, tj. srovnáním cen podle názoru zpracovatele posudku obvyklých s nabídkovými cenami uchazečů, je postupováno v posudku i v případě dalších cenových skupin, přičemž v případě navrhovatele je v této části posudku jako cena velmi nízká označena cena navrhovatele pouze v podkapitole Balustrády, kde je v posudku konstatováno, že je jeho cena o 32 % nižší než cena druhého uchazeče v pořadí, společnosti UNISTAV.

8. Podle zápisu č. 2 z jednání komise ze dne 19. 5. 2010 byl citovaný posudek podkladem pro vypracování výzvy k jednotlivým uchazečům o vysvětlení nabídky, resp. ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Posudek tedy komisi posloužil jako identifikátor těch částí cenové nabídky navrhovatele, které byly následně komisí posouzeny jako cena mimořádně nízká. Jako důkaz v této souvislosti Úřad uvedl skutečnost, že ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny byli vyzváni všichni uchazeči, jejichž nabídkové ceny (části) byly v posudku jeho zpracovatelem označeny jako velmi nízké.
9. Hodnotící komise (resp. pověřená osoba) v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny zaslané navrhovateli uvedla, že „...předložená celková nabídková cena 78 810 000 Kč se od předpokládané ceny zakázky 159 656 000 Kč odlišuje o 80 846 000 Kč, tj. o 50,64 %.... nejvýraznější cenové rozdíly (velmi nízké jednotkové ceny) od průměrné nabídkové ceny ostatních uchazečů byly zjištěny u částí díla: úprava povrchů vnější o 44,79 %, opravy omítek o 21,08 %, lazurování a nátěry o 62,07 %, arkóza – restaurování o 84,38 %, pískovec a umělý kámen – restaurování o 79,66 %, balustrády o 53,14 %, práce kamenické o 20,42 % a čištění kamenných prvků o 57,34 %.“
10. Úřad dále uvedl, že hodnotící komise měla k dispozici podrobný rozbor podstatných částí nabídkové ceny navrhovatele, obsažený v posudku v podrobnostech v úrovni položek

jednotlivých stavebních prací, resp. jednotkových cen, avšak v žádosti o podání zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny navrhovatele neseznámila s konkrétními výhradami, které k jeho nabídkové ceně měla a pouze uvedla procentuální rozdíly cenových skupin stavebních prací, které navíc oproti posudku, jež vychází z cen odpovídajících nebo obvyklých berou jako základ pouze průměrné nabídkové ceny ostatních uchazečů, resp. u ceny celkové pak předpokládanou hodnotu předmětu veřejné zakázky. Hodnotící komise v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny pouze požadovala, aby navrhovatel ve zdůvodnění nabídkové ceny doložil „rozbory cen ve struktuře obvyklého kalkulačního vzorce a to celkové ceny a výše uvedených stavebních oddílů, respektive částí díla ve vazbě na technologické postupy prací daných projektem a ve vztahu k předmětu plnění.“ Hodnotící komise však v této žádosti neuvedla jakou strukturu a jakou podrobnost má požadované zdůvodnění poskytnuté touto formou mít. Ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek je v souvislosti se zdůvodněním nabídkové ceny navrhovatele uvedeno, že „uchazeč nedoložil kalkulační vzorec v požadovaných podrobnostech tak, aby jednoznačně zdůvodnil mimořádně nízkou nabídkovou cenu...“ Je tedy zřejmé, že právě podrobnost požadovaného aspektu byla pro posouzení nabídkové ceny, alespoň v případě navrhovatele, velmi podstatná.

11. Úřad dále uvedl, že nepochybně je skutečnost, že hodnotící komise v šetřeném případě, a to i v souvislosti s nabídkou navrhovatele, o vysvětlení předložené ceny nepožádala, ani že hodnotící komise v této souvislosti využila možnost, kterou ji dává ustanovení § 76 odst. 2 zákona. V případě, že však hodnotící komise posoudí nabídkovou cenu uchazeče jako mimořádně nízkou, musí si od něj vyžádat písemné zdůvodnění těch částí, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné, přičemž tato žádost musí být s ohledem na výše citované ustanovení § 77 odst. 1, resp. obecně ustanovení § 6 zákona, natolik přesná a konkrétní, aby vyzvaný uchazeč mohl v dané věci podat relevantní zdůvodnění nabídkové ceny.
12. Navrhovatel tedy nemohl na základě zadavatelem formulované žádosti o zdůvodnění nabídkové ceny relevantně reagovat, navíc ještě rozbořem ve struktuře, jejíž požadovanou podrobnost neznal. Z výše uvedených důvodů Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 77 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že úkony hodnotící komise spojené s posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nebyly provedeny transparentně, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky neboť nabídková cena navrhovatele byla ze všech podaných nabídek cenou nejnižší, přičemž nabídková cena byla základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
13. K dalšímu důvodu vyloučení navrhovatele (objevnosti technického řešení, jejíž pomocí navrhovatel docílil výjimečné hospodárnosti) Úřad konstatoval, že pokud navrhovatel prokázal splnění zadavatelem požadované kvalifikace Úřad neshledal důvod pro to, aby jeho nabídka byla označena jako podaná v rozporu s platnými právními předpisy (konkrétně s § 14 zákona o státní památkové péči), a tedy nepřijatelná ve smyslu ustanovení § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Zadavatel v této části odůvodnění vyloučení navrhovatele vycházel pouze z konstrukce založené na svém výkladu zdůvodnění nabídkové ceny podaném navrhovatelem, které bylo navíc podáno na základě žádosti, která nebyla učiněna v souladu se zákonem.

Pokud zadavatel nespatřuje ve skutečnosti, že uchazeč využije vlastní techniku a kvalifikované pracovní síly, které budou na vybraných částech díla samostatně pracovat pod odborným dohledem akademických restaurátorů, za objektivní příčinu danou objektivností technického řešení, musí se s tímto aspektem vyrovnat v rámci úkonu posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny (viz § 77 odst. 2 zákona). Ani rozhodnutí o vyloučení navrhovatele v této části pak dle Úřadu není zadavatelem řádně zdůvodněno, neboť zadavatel neuvádí přesné znění ustanovení zákona o státní památkové péči a způsob, kterým měl navrhovatel toto ustanovení porušit. Rozhodnutí zadavatele je tedy v tomto smyslu i nepřezkoumatelné.

14. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil při posouzení nabídky navrhovatele v části posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny, Úřad v souladu § 118 odst. 1 zákona zrušil úkony komise pro posouzení a hodnocení nabídek spojené s posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a s hodnocením nabídek uchazečů a současně i úkony zadavatele spočívající ve vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení, včetně rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, a vrátil tak celé zadávací řízení do stavu před vydáním zmíněných rozhodnutí.

III. Námitky rozkladu

15. Proti napadenému rozhodnutí byl Úřadu dne 8. 10. 2010 doručen rozklad vybraného uchazeče. Vybraný uchazeč ve svém rozkladu nejprve poukazuje na skutečnost, že zákon nestanoví jako obligatorní součást žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny stanovení konkrétních důvodů, když v rozhodném ust. § 77 odst. 1 zákona uvádí toliko povinnost identifikovat ty „části nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné“. Pro odpověď uchazeče na žádost hodnotící komise o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny je významné vědět pouze to, k čemu se má vyjádřit, tj. seznámit se s označením relevantních částí nabídky, nikoli vědět taktéž znalost úvah, myšlenkových postupů či podkladů, které komisi vedly k učinění závěru, že nabídková cena je mimořádně nízká. Nelze tedy souhlasit se závěrem Úřadu, že sdělení důvodů a výhrad, které vedly hodnotící komisi k závěru o mimořádně nízké nabídkové ceně, je nutnou podmínkou dodržení zásady transparentnosti. Stanovením takového požadavku Úřad překračuje své kompetence při kontrole zákonného rámce, ve kterém probíhá posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny hodnotící komisí, tj. překračuje hranice kontroly, zda byly dodrženy předepsané postupy a úkony. Úřad si naopak v šetřeném případě osvojuje roli kontrolora myšlenkových pochodů jednotlivých členů hodnotící komise, což je v rozporu s konstantní rozhodovací praxí Úřadu i soudů. V žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny hodnotící komise identifikovala všechny části nabídky, které považovala za podstatné pro výši nabídkové ceny a jež měl uchazeč navrhovatel zdůvodnit. Ve své žádosti si komise dle tvrzení vybraného uchazeče jednoznačně vyžádala zdůvodnění předmětných částí nabídky, jež považovala za logické části díla, a jejich ceny označila za mimořádně nízké. Po obsahové stránce žádosti tak hodnotící komise vyhověla všem zákonným požadavkům, včetně požadavků v ustanoveních § 77 odst. 1 a s § 6 zákona, přičemž navíc v žádosti nad rámec svých povinností uvádí též další údaje, např. konkrétní vyjádření procentního rozdílu v cenách a je tedy nepochybné, že uvedením těchto dalších údajů komise přispěla k větší transparentnosti.

16. Závěr Úřadu stran absence požadované struktury a podrobností v žádosti o zdůvodnění ceny navrhovatele se pak dle vybraného uchazeče zakládá na zcela nedostatečně zjištěných skutkových okolnostech, neboť žádost obsahuje požadavek na doložení jak struktury – „ve struktuře obvyklého kalkulačního vzorce“, tak podrobnosti – „rozbor cen ..., a to celkové ceny a dále zejména uvedených stavebních oddílů, respektive částí díla ve vazbě na technologické postupy prací daných projektem a ve vztahu k předmětu plnění“, v nichž měl navrhovatel povinnost své písemné zdůvodnění předložit. Vybraný uchazeč v této souvislosti uvádí, že pojem a obsahová skladba tzv. obvyklého kalkulačního vzorce jsou v příslušných odborných kruzích známé. Obvyklý kalkulační vzorec je tedy nutné považovat za obvyklý termín běžně užívaný ve stavebnictví, který nevyžaduje bližší vysvětlení. Navrhovatel jako podnikatel v příslušném oboru tedy věděl resp. musel vědět, že základní oborový kalkulační vzorec stavebních prací má tyto položky: 1) přímý materiál, 2) přímé mzdy, 3) náklady na provoz stavebních strojů a zařízení, 4) ostatní přímé náklady, 5) správní režie, 6) provozní (výrobní) režie, 7) subdodávky zahrnuté do ceny a 8) zisk. Navrhovatel však ve svém písemném zdůvodnění nerespektoval strukturu obvyklého kalkulačního vzorce ani neuvedl rozbor cen v požadovaných podrobnostech stanovených v žádosti.
17. Úřad dále podle vybraného uchazeče dospěl k nesprávnému závěru, pakliže shledal, že komise neposuzovala nabídkové ceny ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Tento závěr Úřad opřel pouze o skutečnost, že hodnotící komise v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uvedla srovnání průměrných nabídkových cen uchazečů. Tímto Úřad zaujal nesprávný úzký výklad zcela jednostranně orientovaný ve prospěch navrhovatele. Jak je uvedeno již výše, Úřad zcela pominul další podklady hodnotící komise obsažené v dokumentaci k veřejné zakázce, jež dokládají zákonný postup komise při posouzení nabídkové ceny navrhovatele. Zároveň však Úřad použil proti zadavateli doplňující informaci o průměrných nabídkových cenách uvedenou v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, přičemž zcela pominul v žádosti uvedené posouzení cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, jež je obsaženo v citaci ustanovení § 77 zákona. Nesprávný postup hodnotící komise tak Úřad shledal pouze na základě doplňující informace uvedené hodnotící komisí v její žádosti. Dle názoru vybraného uchazeče nemůže jít k tíži zadavatele, pakliže komise ve své žádosti uvede i některé doplňující informace, například míru odlišnosti v procentech ve vztahu k nabídkám ostatních uchazečů; zákon takovýto postup nevylučuje. V tomto směru tak Úřad dle názoru vybraného uchazeče neprovedl hodnocení důkazů ve všech souvislostech.
18. Vybraný uchazeč dále uvádí, že napadené rozhodnutí je nesprávné, pakliže v něm Úřad shledal rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z důvodů podání nabídky v rozporu s platnými právními předpisy za netransparentní a nepřezkoumatelné, a tedy v rozporu s ustanovením § 6 zákona. Úřad ve svém rozhodnutí zdůvodnil netransparentnost a nepřezkoumatelnost rozhodnutí o vyloučení skutečností, že zadavatel v odůvodnění vyloučení navrhovatele uvedl ustanovení § 14 zákona o státní památkové péči, a to bez označení konkrétního odstavce cit. ust. Úřad argumentuje, že označení konkrétního paragrafu zákona bez uvedení předmětného odstavce je nepřesné, což způsobuje, že rozhodnutí zadavatele není řádně zdůvodněno a je nepřezkoumatelné. Vybraný uchazeč k tomuto konstatuje, že zadavatel naopak označil důvod, proč považuje nabídku navrhovatele

za v rozporu s právními předpisy, dostatečně přesně, když specifikoval jak konkrétní zákon, a to jeho číslem „20/1987 Sb., o státní památkové péči, v platném znění“, tak konkrétní paragraf 14 cit. zák., jehož se porušení týká, ve spojení se slovním odůvodněním, v čem spatřuje rozpor se zákonem. Z jazykového výkladu odůvodnění vyloučení navrhovatele lze zřetelně dovodit, že rozpor s právními předpisy zadavatel spatřuje v postupu, jakým navrhovatel hodlá splnit předmět plnění veřejné zakázky. Ze slovního odůvodnění je zřejmé, že rozpor s právními předpisy zadavatel spatřuje ve využití vlastních pracovníků navrhovatele k plnění předmětu veřejné zakázky namísto restaurátorů, jakožto odborných kvalifikovaných pracovníků.

19. Vybraný uchazeč má zato, že úkolem zadavatele je v souladu s ust. § 76 odst. 1 zákona posoudit a přezkoumat nejen formální, ale i obsahový soulad nabídky s požadavky na plnění veřejné zakázky. Bude-li obsahový soulad nabídky s požadavky na plnění veřejné zakázky posuzován komplexně, je potřeba jakékoliv tvrzení příp. vyjádření uchazeče o veřejnou zakázku podané v rámci zadávacího řízení, ve kterém výslovně uvádí, jakým způsobem hodlá předmět plnění veřejné zakázky splnit, považovat za určitou specifikaci jeho nabídky. Pokud tedy navrhovatel ve zdůvodnění nabídkové ceny uvedl, že nízké nabídkové ceny dosáhne tím, že předmět plnění budou provádět jeho pracovníci namísto restaurátorů, jakožto odborných kvalifikovaných pracovníků, je potřeba dle vybraného uchazeče považovat toto tvrzení za upřesnění jeho nabídky.
20. Odvolatel je tedy i nadále přesvědčen, že bude-li obsahový soulad nabídky navrhovatele s požadavky na plnění veřejné zakázky posuzován komplexně a nikoliv pouze formalisticky, je nutné jeho nabídku považovat v souladu s ust. § 22 odst. odst. 1 písm. d) zákona za nepřijatelnou, protože takováto nabídka je v rozporu s platnými právními předpisy. Z tohoto důvodu navrhuje, aby bylo napadené rozhodnutí zrušeno a správní řízení aby bylo zastaveno.

IV. Řízení o rozkladu

21. Správní orgán prvního stupně určil usnesením ze dne 9. 8. 2010 účastníkům řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podaným rozkladům. Navrhovatel ve svém vyjádření k rozkladu ze dne 18. 10. 2010 uvedl, že se ztotožňuje s názorem Úřadu uvedeným v napadeném rozhodnutí s tím, že je povinností zadavatele vymezit důvody, které vedly hodnotící komisi k závěrům o mimořádně nízké nabídkové ceně, což lze dovodit ze zásady transparentnosti uvedené v § 6 zákona, resp. i z dikce ustanovení § 77 zákona. Navrhovatel konstatuje, že podaný rozklad nepřináší nová fakta nad rámec toho, co již prezentoval zadavatel ve správním řízení. Navrhovatel proto odkazuje na svoji argumentaci uvedenou v návrhu a na závěry Úřadu v napadeném rozhodnutí, s nimiž se plně ztotožňuje. Navrhovatel rovněž odmítá tvrzení vybraného uchazeče, že se Úřad nezabýval důvody vyloučení navrhovatele pro údajný rozpor jeho nabídky s platnými právními předpisy. Pokud nebyl naplněn zákonný předpoklad pro vyloučení navrhovatele daný § 22 odst. 1 písm. d) zákona, pak bylo rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z takového důvodu učiněno v rozporu se zákonem a je tedy správný i závěr rozhodnutí o zrušení takového úkonu zadavatele. Navrhovatel se s ohledem na tyto skutečnosti domnívá, že závěry vybraného uchazeče o nesprávném skutkovém zjištění a právním posouzení věci Úřadem v napadeném rozhodnutí nemají oporu

v zákoně, a proto navrhuje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítnul a vydané rozhodnutí v plném rozsahu potvrdil. Zadavatel se ve stanovené lhůtě ani po jejím uplynutí k podanému rozkladu nevyjádřil.

22. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "správní řád") a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
23. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
24. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S241/2010/VZ-12632/2010/510/KČe ze dne 22. 9. 2010 rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 77 odst. 1 v návaznosti na ustanovení § 6 zákona tím, že úkony komise pro posouzení a hodnocení nabídek spojené s posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nebyly provedeny transparentně, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy a jako opatření k nápravě nezákonného postupu zrušil úkony zadavatele spojené s posouzením výše nabídkových cen a s hodnocením nabídek uchazečů, a dále současně zrušil i rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky z téhož dne, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž výrok o nákladech řízení je zákonný a správný. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

25. Předně uvádím, že jsem se v plném rozsahu ztotožnil i s odůvodněním napadeného rozhodnutí, které považuji za dostatečné, srozumitelné a přezkoumatelné. Přestože rozklad podaný vybraným uchazečem neobsahuje žádné nové skutečnosti, ke kterým by bylo možné v řízení o rozkladu přihlížet, však považuji za vhodné uvést následující skutečnosti.
26. První námitka podaného rozkladu směřuje proti postupu hodnotící komise při posouzení nabídkové ceny navrhovatele jako mimořádně nízké. Z hlediska posuzování problematiky vyřazení nabídky na základě nesprávného postupu hodnotící komise při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny, je v daném případě zásadní ta skutečnost, že hodnotící komise si v rámci posuzování výše nabídkových cen nechala zpracovat znalecký posudek ve věci cenové analýzy nabídek uchazečů. Z obsahu spisu je zřejmé, že posouzení nabídkových cen proběhlo v souladu se zpracovaným znaleckým posudkem, přičemž jak z jeho obsahu vyplývá, posuzována byla reálnost cen s ohledem na rozmezí ceny obvyklé.
27. Na základě zpracovaného znaleckého posudku, zaslala hodnotící komise navrhovateli žádost o zdůvodnění nabídkové ceny. Obsah této žádosti však neodráží a neobsahuje závěry, které

byly zapracovány v rámci znaleckého posudku. V rámci této žádosti zadavatel uvedl pouze zjištěné procentuální rozdíly cenových skupin stavebních prací, které oproti posudku berou jako základ pouze průměrné nabídkové ceny ostatních uchazečů, resp. u ceny celkové pak předpokládanou hodnotu předmětu veřejné zakázky. Tato skutečnost je o to závažnější, že zadavatel si nechal sám z vlastní iniciativy znalecký posudek zpracovat, měl veškeré zjištěné informace, které mohl v rámci žádosti využít, avšak toto neprovedl. Zadavatel měl z hlediska obsahu zpracovaného znaleckého posudku k dispozici podrobný rozbor podstatných částí nabídkové ceny navrhovatele, obsažený v posudku v podrobnostech položek jednotlivých stavebních prací, přičemž v rámci tohoto posudku posouzení nabídkových cen reálně proběhlo. Tyto informace však v rámci žádosti neuplatnil, čímž de facto smysl zpracování znaleckého posudku do určité míry eliminoval. Po prostudování obsahu žádosti a zpracovaného posudku se ztotožňuji se závěry prvostupňového rozhodnutí, tj, že obsah žádosti o zdůvodnění nabídkové ceny navrhovatele neobsahoval seznámení s konkrétními výhradami, které zadavatel v rámci jeho nabídkové ceny spatřoval, přičemž všechny tyto skutečnosti byly zadavateli k dispozici v rámci zpracovaného znaleckého posudku.

28. Z hlediska obsahu žádosti o zdůvodnění nabídkové ceny navrhovatele, zadavatel (resp. hodnotící komise) dále požadoval, aby navrhovatel doložil „rozbory cen ve struktuře obvyklého kalkulačního vzorce.“ V žádosti však nebylo uvedeno jakou strukturu a jakou podrobnost má zdůvodnění poskytnuté touto formou mít. Z hlediska obsahu zprávy o posouzení a hodnocení nabídek jsem zjistil, že zadavatel v souvislosti se zdůvodněním nabídkové ceny navrhovatele pouze uvedl, že „navrhovatel nedoložil kalkulační vzorec v požadovaných podrobnostech tak, aby jednoznačně zdůvodnil mimořádně nízkou nabídkovou cenu.“ Z této formulace je tedy zřejmé, že právě podrobnost zdůvodnění v rámci požadovaného kalkulačního vzorce byla pro posouzení nabídkové ceny podstatná, přičemž už pouze z názvu „obvyklý kalkulační vzorec“ je zřejmé, že se nejedná o vzorec mající jednoznačně závazný obsah.
29. Vzhledem ke shora uvedeným skutečnostem se ztotožňuji se závěry napadeného rozhodnutí v tom smyslu, že bylo povinností zadavatele (resp. hodnotící komise) zjistit jaké podklady budou při posouzení nabídkových cen z expertní analýzy nezbytné, a tyto skutečnosti v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny konkrétně specifikovat. Nemožu proto jinak, než konstatovat, že navrhovatel nemohl na základě takto formulované žádosti o zdůvodnění nabídkové ceny věcně reagovat. Na základě uvedeného se tedy ztotožňuji se závěry napadeného rozhodnutí, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 77 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že úkony hodnotící komise spojené s posouzením výše nabídkové ceny navrhovatele je vztahu k předmětu veřejné zakázky nebyly provedeny transparentně.
30. Další námitky rozkladu směřují proti závěrům napadeného rozhodnutí vztahujícím se k vyloučení navrhovatele z důvodu podání nabídky v rozporu s platnými právními předpisy, tzn. v rozporu s § 14 zákona č. 20/1987 Sb., o státní památkové péči, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o státní památkové péči“). Z hlediska posouzení zákonnosti postupu zadavatele je nutné posoudit, zda obsah nabídky navrhovatele splňoval zadavatel požadované podmínky stanovené v zadávací dokumentaci. V této souvislosti jsem z obsahu

spisu zjistil, že zadavatel v zadávacích podmínkách stanovil ke splnění profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 písm. d) zákona požadavek, podle kterého musel uchazeč v nabídce doložit mj. i platné licence vydané Ministerstvem kultury ČR k restaurování konkrétně specifikovaných fasádních prvků (děl). Jak vyplývá z protokolu o kontrole úplnosti podaných nabídek, navrhovatel splnění požadované kvalifikace v tomto smyslu prokázal. Další podmínkou stanovenou v zadávací dokumentaci byl předepsaný návrh smlouvy o dílo, podle kterého se zhotovitel zavazuje provést pro objednatele dílo v souladu s projektovou dokumentací, která mj. obsahuje i popis jednotlivých technologických postupů, a to včetně požadované kvalifikace na prováděných pracích se podílejících osob a způsobů provádění. Z hlediska obsahu nabídky navrhovatele je zřejmé, že tato nabídka obsahuje navrhovatelem podepsaný návrh smlouvy, včetně uvedeného závazku. Z toho důvodu nemohu než konstatovat, že i tato podmínka byla ze strany navrhovatele naplněna, a proto jsem neshledal důvody, pro něž by obsah navrhovatelem předložené nabídky nebyl v korelaci s právními předpisy a zadávacími podmínkami.

31. Na základě shora uvedené mám za prokázané, že navrhovatel ve své nabídce prokázal potřebnou kvalifikaci a současně se zavázal i respektovat technologické postupy, předepsané projektovou dokumentací. Ze strany zadavatele tedy neexistoval žádný objektivní důvod proto, aby označil nabídku navrhovatele jako podanou v rozporu s platnými právními předpisy. Zadavatel zde vycházel pouze z jakési konstrukce založené na svém výkladu zdůvodnění nabídkové ceny podaném navrhovatelem. Pokud zadavatel neposoudil zdůvodnění nabídkové ceny navrhovatele, tj. že tento využije vlastní techniku a kvalifikované pracovní síly, které budou na vybraných částech díla pracovat v rámci stanovených technologických postupů samostatně pod odborným dohledem akademických restaurátorů, za objektivní příčinu danou objektivností technického řešení, bylo povinností zadavatele se s tímto aspektem vyrovnat v rámci své činnosti při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny navrhovatele, což neučinil. Ve zbytku si dovoluji odkázat na závěry obsažené v napadeném rozhodnutí, s nimiž se v plném rozsahu ztotožňuji.

VI. Závěr

32. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
33. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Národní divadlo, státní příspěvková organizace, Ostrovní 1, 112 30 Praha
2. Mgr. Tomáš Machurek, MT Legal s. r. o., advokátní kancelář, Jakubská 121/1, 602 00 Brno
3. GEMA ART GROUP a. s., Haštalská 760/27, 110 00 Praha

Vypraveno dne:

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