



UOHSX003FE0U

PŘESEDNA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R178/2010/VZ-2459/2011/310/EKu

V Brně dne: 15. února 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 30. 11. 2010 podaného vybraným uchazečem –

- společností **DAICH spol. s r. o.**, IČ 42407559, se sídlem Železná 366, 390 02 Tábor, za niž jedná Ing. Pavel Hudler, jednatel,
- společností **Metrostav a. s.**, IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha, za niž jedná Ing. Jiří Bělohav a Ing. Zdeněk Šinovský, předseda a místopředseda představenstva, a
- společností **ZVÁNOVEC a. s.**, IČ 26026279, se sídlem Rudolfovska tř. 597, 370 01 České Budějovice, za niž jedná Ing. Jaroslav Zvánovec, předseda představenstva,

které na základě smlouvy o sdružení ze dne 2. 6. 2010 podaly společnou nabídku, ve správním řízení zast. JUDr. Kateřinou Leštinovou, advokátkou se sídlem Jiráskova 308, 252 25 Jinočany, adresa pro doručování Betlémské nám. 251/2, 110 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S327/2010/VZ-15281/2010/510/KČe ze dne 16. 11. 2010 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **města Tábor**, IČ 00253014, se sídlem Žižkovo náměstí 2, 390 15 Tábor, zastoupeného Ing. Jiřím Fišerem, starostou, při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „**Obnova rybníka Jordán v Táboře**“, zadávané v otevřeném 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 23. 4. 2010 pod evidenčním číslem 60014418 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 4. 2010 pod zn. 2010/S 81-121012, jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- společnost **STRABAG a. s.**, IČ 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha, za niž jedná Ing. Jaroslav Katzer a Ing. Josef Krátký, předseda a člen představenstva,
- společnost **SWIETELSKY stavební s. r. o.**, IČ 48035599, se sídlem Pražská tř. 495/58, 370 04 České Budějovice, za niž jedná Ing. Walter Spitaler a Ing. Jiří Kozel, jednatelé, a

- **Pavel Hron, podnikatel**, IČ 65953002, místo podnikání Budovatelů 2624, 390 02 Tábor, které na základě smlouvy o sdružení ze dne 9. 6. 2010 podali společnou nabídku, ve správním řízení zast. Mgr. Ondřejem Surgou, advokátem se sídlem advokátní kancelář Oškrdal, Hlucháň, Surga, Štefánikova 65, 150 00 Praha,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S327/2010/VZ-15281/2010/510/KČe ze dne 16. 11. 2010

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – město Tábor, IČ 00253014, se sídlem Žižkovo náměstí 2, 390 15 Tábor, za něhož jedná Ing. Jiří Fišer, starosta (dále jen „zadavatel“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 23. 4. 2010 pod evidenčním číslem 60014418 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 4. 2010 pod zn. 2010/S 81-121012, oznámení otevřeného zadávacího řízení na realizaci veřejné zakázky s názvem „Obnova rybníka Jordán v Táboře“ (dále jen „veřejná zakázka“). Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Úřad obdržel dne 27. 8. 2010 návrh sdružení společností STRABAG a. s., IČ 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha, SWIETELSKY stavební s. r. o., IČ 48035599, se sídlem Pražská tř. 495/58, 370 04 České Budějovice a podnikatele Pavla Hrona, IČ 65953002, s místem podnikání Budovatelů 2624, 390 02 Tábor, kteří na základě smlouvy o sdružení ze dne 9. 6. 2010 podali společnou nabídku na realizaci veřejné zakázky (dále jen „navrhovatel“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť zadavatel nevyhověl námitkám podaným navrhovatelem proti jeho vyloučení z další účasti v zadávacím řízení. Ke dni podání návrhu tedy Úřad oznámil zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil

zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče – sdružení společností DAICH spol. s r. o., IČ 42407559, se sídlem Železná 366, 390 02 Tábor, Metrostav a. s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha a ZVÁNOVEC a. s., IČ 26026279, se sídlem Rudolfovská tř. 597, 370 01 České Budějovice, které na základě smlouvy o sdružení ze dne 2. 6. 2010 podaly společnou nabídku na realizaci veřejné zakázky (dále jen „vybraný uchazeč“).

3. V podaném návrhu navrhovatel uvedl, že byl zadavatelem ve smyslu § 77 odst. 1 zákona vyzván, aby zdůvodnil předloženou nabídkovou cenu. Zadavatel však v žádosti nespécifikoval důvody, pro které se mu nabídková cena navrhovatele jevila být mimořádně nízkou, a dále neuvedl argumenty, ke kterým by se navrhovatel mohl vyjádřit. V žádosti se omezil toliko na obecné konstatování, že „(...) hodnotící komise shledala, že navrhovatelem předložená nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu (...)“ a že „(...) požaduje její zdůvodnění u citovaných položek.“ Jelikož zadavatel v žádosti nespécifikoval způsob, formu ani obsah požadovaného zdůvodnění a neuvedl důvody, proč považoval nabídkovou cenu za mimořádně nízkou, zpracoval navrhovatel zdůvodnění tak, že v první části obecně vysvětlil specifické podmínky umožňující mu nabízené ceny dosáhnout a v části druhé ke každé z dílčích položek výkazu výměr připojil zdůvodnění, jakým způsobem hodlá dosáhnout nabízené ceny. Nepředložil přitom žádné podrobné kalkulace cen (což mu bylo následně vytýkáno), neboť takový požadavek zadavatel v žádosti o zdůvodnění nabídkové ceny nevznosl. Teprve v oznámení o svém vyloučení byl navrhovatel seznámen s důvody, pro které zadavatel jeho nabídkovou cenu považoval za mimořádně nízkou, neboť až zde ho zadavatel informoval o skutečnosti, že jeho nabídková cena byla porovnána s expertním posouzením vypracovaným Ústavem stavební ekonomiky a řízení Vysokého učení technického v Brně (dále jen „VUT Brno“), tedy že se názor hodnotící komise odvíjí od závěrů tohoto expertního posouzení. Závěrem podaného návrhu navrhovatel upozorňuje, že byl vyloučen z další účasti v zadávacím řízení nikoli úkonem zadavatele, ale rozhodnutím starostky města Tábor. Postup zadavatele tak navrhovatel zhodnotil jako striktně formalistický, účelový a v konečném důsledku netransparentní a diskriminační.
4. Zadavatel k podanému návrhu mj. uvedl, že komise označila zdůvodnění nabídkové ceny za nedostatečné ve smyslu obsahové nedostatečnosti zdůvodnění, nikoli nedostatečnosti podkladů pro posouzení zdůvodnění nabídkové ceny. Navrhovatel se ve svém zdůvodnění určitým způsobem vyjádřil ke všem částem nabídkové ceny, jejichž zdůvodnění bylo požadováno, tudíž je jeho zdůvodnění v tomto smyslu komplexní. Na druhou stranu však neobsahuje žádné objektivní příčiny, pro které by je komise mohla přijmout jako dostatečné, a bylo proto shledáno ve smyslu § 77 odst. 6 zákona jako neopodstatněné (tj. nedostatečné ve smyslu nedostatku objektivních příčin, zdůvodňujících mimořádně nízkou nabídkovou cenu). Komise si nechala u VUT Brno vypracovat expertní posouzení nabídkového rozpočtu navrhovatele. Tím získala i názor nezávislé odborné instituce, který využila při zpracování žádosti o písemné zdůvodnění nabídkové ceny pro specifikaci těch částí rozpočtu navrhovatele, u nichž měla pochybnosti o jejich reálnosti. K těmto částem rozpočtu si vyžádala zdůvodnění, které si rovněž nechala expertně posoudit. Zadavatel odmítl obvinění, že se komise zabývala nabídkovou cenou navrhovatele a jejím zdůvodněním pouze formálně. Komise se podrobně zabývala jak samotnou otázkou, zda je nabídková cena navrhovatele mimořádně nízkou, tak následně podrobně zkoumala předložené zdůvodnění. Komise měla k

dispozici dostatečné podklady, kterými byly vedle samotného zdůvodnění navrhovatele i obě expertní posouzení. K oznámení rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z účasti v zadávacím řízení zadavatel uvedl, že bylo navrhovateli odesláno po schválení uvedených materiálů Radou města Tábora. Co se týče formulace „starostka rozhodla“, jedná se pouze o konstatování skutečnosti, že zadavatel, resp. Rada města Tábora, schválila vyřazení nabídky navrhovatele a zadavatel ho musel podle § 76 odst. 6 zákona vyloučit. Rozhodnutí zadavatele bylo podepsáno starostkou města Tábor v souladu s jejími kompetencemi.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 16. 11. 2010 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S327/2010/VZ-15281/2010/510/KČe (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 77 odst. 1 zákona 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 Úřad podle § 118 odst. 1 zákona zrušil úkony zadavatele spojené s posouzením výše nabídkové ceny stěžovatele ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a s hodnocením nabídek uchazečů, které byly zdokumentovány v protokolech z jednání hodnotící komise ze dne 30. 6. 2010 a ze dne 23. 7. 2010 a ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 23. 7. 2010, a současně zrušil i rozhodnutí zadavatele ze dne 26. 7. 2010 o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky z téhož dne. Rovněž zadavateli uložil ve smyslu § 119 zákona, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška“), povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
6. Orgán dohledu poté, co odkázal na ustanovení § 6, § 74 odst. 1, § 76 odst. 1 a § 77 odst. 1 zákona, shrnul dosavadní skutková zjištění vyplývající z dokumentace k veřejné zakázce (zejména z protokolu o otevírání nabídek, protokolů z jednání komise pro posouzení a hodnocení nabídek, z žádosti komise o písemné zdůvodnění nabídkové ceny a stanovisek VUT Brno). Na základě těchto zjištění dospěl k závěru, že zkoumání, zda nabídka neobsahuje ve vztahu k předmětu veřejné zakázky mimořádně nízkou nabídkovou cenu, je obligatorní součástí procesu posuzování nabídek hodnotící komisí. Ta má při 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 si od uchazeče vyžádat písemné zdůvodnění těch částí jeho nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné. Zákon sice výslovně nestanoví, že by součástí výzvy k písemnému zdůvodnění mělo být i sdělení, z jakých důvodů hodnotící komise nabídkovou cenu uchazeče považuje za mimořádně nízkou, takový požadavek však lze dovodit především ze zásady transparentnosti, kterou má být celé zadávací řízení ovládáno. Dále pak z logiky věci, neboť relevantní zdůvodnění může být podáno pouze tehdy, jsou-li uchazeči známy konkrétní námitky proti jeho nabídkové ceně. Od správné aplikace uvedených povinností se pak 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 však spadají pouze do úrovně zkoumání těch činností zadavatele, resp. hodnotící komise, které vytvářejí prostor pro rovné podmínky účasti uchazečů v soutěži. Úřad při své přezkumné činnosti není oprávněn vstupovat do myšlenkových pochodů členů komise, a tyto jakkoliv přezkoumávat, hodnotit či nahrazovat vlastním správním uvážením, a tedy posouzení, zda nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, resp. zda je zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny opodstatněné nebo nikoliv, je tedy plně v kompetenci hodnotící komise, resp. zadavatele. Úřad v této souvislosti pouze zkoumá, zda byl v této souvislosti dodržen zákonný rámec, ve kterém toto posouzení má podle zákona proběhnout (viz také rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 11/2009 ze dne 2. 9. 2010).

7. Vycházejí z uvedeného výkladu, konstatoval Úřad, že postup zadavatele, resp. hodnotící komise, nebyl v šetřeném případě v souladu s ustanovením § 77 odst. 1, resp. § 6 zákona. Základem pro ocenění předmětu veřejné zakázky a pro stanovení nabídkové ceny bylo ocenění předmětu plnění v úrovni jednotlivých položek slepého rozpočtu. Zadavatel současně měl k dispozici tentýž rozpočet oceněný zpracovatelem projektu, na základě kterého mohl objektivně stanovit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky a v další fázi ho pak použít i pro posouzení výše jednotlivých nabídkových cen v souvislosti s tím, zda se nejedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Jak vyplývá z výše uvedených zjištění, hodnotící komise, při posuzování výše nabídkových cen využila přizvaného poradce (§ 76 odst. 2 zákona), a to formou vypracování expertního posouzení. Posouzení nabídkové ceny navrhovatele pak proběhlo výhradně v intencích obou expertních posudků. Tato skutečnost vyplývá jednak z obsahu písemné žádosti o vysvětlení nabídkové ceny navrhovatele, která obsahuje stejné položky jaké jsou uvedeny v závěru posudku I (ten obsahuje konkrétní výpis stavebních dílů a rozpočtových položek, které mají podle zpracovatele posudku významný vliv na výši nabídkové ceny navrhovatele a vedou k domněnce mimořádně nízké nabídkové ceny), jednak i z obsahu dokumentů, vyjadřujících závěry hodnotící komise a zadavatele v souvislosti s posouzením zdůvodnění nabídkové ceny navrhovatele, ve kterých hodnotící komise i zadavatel citují závěry analýzy uvedené v posudku II. Úřad postup zadavatele, resp. hodnotící komise, využívající možnosti vypracování expertní analýzy k posouzení nabídkové ceny navrhovatele nezpochybnil, neboť využít služeb poradce při posouzení nabídek umožňuje přímo zákon. Jelikož neexistuje žádná obecně závazná metodika určující postup při posuzování výše nabídkových cen, zpracovatel posudků I a II při posouzení použil svoje vlastní metody. Jako etalon byl zvolen kalkulační rozklad cen ÚRS Praha. Vzhledem k aplikaci vlastní metodiky posouzení nabídkové ceny musel zpracovatel posudků, a jeho prostřednictvím tedy i hodnotící komise, již v první fázi posouzení, tedy při specifikaci konkrétních položek nabídkového rozpočtu navrhovatele za účelem vyžádání zdůvodnění výše jejich nabídkové ceny, vědět, jaké podklady bude k relevantnímu posouzení zdůvodnění nabídkové ceny nezbytně potřebovat. Tyto podklady nepochybně odvisí od konkrétní metody, která bude při posouzení nabídkové ceny použita, a jejich vyžádání před vlastním posouzením zdůvodnění nabídkové ceny je tedy nutným předpokladem pro to, aby vlastní posouzení zdůvodnění nabídkové ceny mohlo v relacích použité metody objektivně a relevantně vůbec proběhnout.

8. Úřad proto uzavřel, že pokud v šetřeném případě hodnotící komise, resp. zpracovatel posudku v souvislosti se zdůvodněním nabídkové ceny navrhovatele konstatoval, že „navrhovatel na žádost o zdůvodnění uvedl pouze obecný textový popis k jednotlivým položkám, přičemž nepředložil žádné podrobné kalkulace cen“ nebo že se „navrhovatel odvolává na nabídku subdodavatele, nicméně taková nabídka s kalkulací ceny nebyla ke zdůvodnění přiložena“, je zřejmé, že navrhovatelem poskytnuté podklady nebyly pro posouzení jeho nabídkové ceny dostačující. Tuto skutečnost však nelze dávat k tíži navrhovateli, neboť tomu sice bylo hodnotící komisí v žádosti o zdůvodnění sděleno, které položky nabídkového rozpočtu má zdůvodnit, nikoliv však již jakým způsobem tak má učinit – tj. např. doložením kalkulačního vzorce v požadované skladbě, předložením cenových nabídek subdodavatelů, doložením cen materiálů apod.). Pokud tedy hodnotící komise posoudí nabídkovou cenu uchazeče jako mimořádně nízkou, musí si od uchazeče vyžádat písemné zdůvodnění těch částí, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné, přičemž tato žádost musí být s ohledem na ustanovení § 77 odst. 1, resp. obecně § 6 zákona, natolik přesná a konkrétní, aby vyzvaný uchazeč mohl v dané věci podat relevantní zdůvodnění nabídkové ceny. Jak vyplývá z výše uvedených zjištění, hodnotící komise v šetřeném případě, přestože měla zjistit, jaké podklady budou k posouzení nabídkové ceny navrhovatele nezbytné, tyto podklady v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny konkrétně nespecifikovala. Navrhovatel proto nemohl na základě takto formulované žádosti o zdůvodnění nabídkové ceny věcně reagovat. Z výše uvedených důvodů Úřad konstatuje, 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 ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nebyly provedeny transparentně. 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. Úřad doplňuje, že podle § 74 odst. 1 zákona činí-li hodnotící komise ve vztahu k dodavatelům úkony podle zákona, platí, že tyto úkony činí jménem zadavatele.
9. Jako opatření k nápravě Úřad ve smyslu § 118 odst. 1 zákona zrušil úkony zadavatele spojené s posouzením výše nabídkové ceny navrhovatele ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a s hodnocením nabídek uchazečů, které byly zdokumentovány v protokolech z jednání hodnotící komise a ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, a současně zrušil i rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel se tak bude muset znovu vypořádat s posouzením nabídkové ceny navrhovatele. K argumentu navrhovatele, že navrhovatel byl z účasti v zadávacím řízení vyloučen rozhodnutím starostky města Tábor, ačkoliv takový úkon je podle § 76 odst. 6 zákona oprávněn učinit výhradně zadavatel, Úřad doplnil, že vzhledem ke skutečnosti, že předmětné rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení je tímto rozhodnutím zrušeno, Úřad tuto věc dále nezkoumal.

III. Námitky rozkladu

10. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad rozklad vybraného uchazeče, který s napadeným rozhodnutím nesouhlasí a trvá na tom, že žádost zadavatele o zdůvodnění mimořádně nízké

nabídkové ceny navrhovatele byla zcela v souladu s § 77 odst. 1 zákona. Úřad k závěru o porušení zákona dospěl na základě mylně interpretovaných důkazů k nesprávným skutkovým zjištěním, navíc se dopustil nepřipustně extenzivního výkladu § 77 odst. 1 zákona. Jak vybraný uchazeč uvádí, hodnotící komise vyspecifikovala ty části nabídky, které jsou dle jejího názoru pro výši nabídkové ceny podstatné, a vyžádala si jejich písemné zdůvodnění. Požadavek Úřadu, aby žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny obsahovala informaci o tom, jaké důvody vedly zadavatele k pochybnostem o výši nabídkové ceny, a podklady s ohledem na zvolenou metodu posouzení, vybočuje z možnosti správného uvážení Úřadu, poškozují zadavatele a vybraného uchazeče a zvýhodňuje navrhovatele. Na zadavatele jsou kladeny v podstatě nesplnitelné požadavky na naprosto přesné a detailní odůvodnění jeho myšlenkových pochodů, zatímco na navrhovatele, který by měl být v oboru dostatečně kvalifikovaným subjektem, nejsou kladeny nároky žádné a navrhovatel nemá povinnost se vyjádřit, pakliže mu zadavatel neposkytne podrobný „manuál“. Vybraný uchazeč připomíná, že navrhovateli byla prodloužena lhůta ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, tj. byl mu poskytnut nadstandardní časový prostor pro vysvětlení a opatření potřebných podkladů. Dále zdůrazňuje, že institut mimořádně nízké nabídkové ceny má chránit zadavatele před situací, kdy uchazeč ve své nabídce uvede cenu, za kterou není objektivně možné předmět veřejné zakázky realizovat (tj. kritérium reálné splnitelnosti díla). Dodává, že posouzení, zda je cena mimořádně nízká, je vždy do jisté míry subjektivní a že postačuje, když jsou členové hodnotící komise odborníky z oboru, jsou nepodjatí, z hlediska procesního je ustanovení hodnotící komise v souladu se zákonem, a konečně postup hodnotící komise je podrobně popsán ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek. Výklad předestřený Úřadem, doveden ad absurdum, by znamenal, že je zadavatel povinen dopředu stanovit, jakou nabídkovou cenu bude považovat za mimořádně nízkou.

11. K samotnému posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny hodnotící komisí vybraný uchazeč uvádí, že mimořádně nízká nabídková cena nebyla zdůvodněna žádnou z objektivních příčin demonstrativně vyjmenovaných v § 77 odst. 1 zákona. Vytýká-li navrhovatel zadavateli, že z jeho žádosti nebyly zřejmé důvody o pochybnostech ohledně nabídkové ceny a rovněž jaké podklady bude zadavatel po navrhovateli požadovat, a proto navrhovatel nedoložil kalkulace, rozborů subdodávek, množstevní zvýhodnění, atp., pak vybraný uchazeč trvá na tom, že se jedná o ryze účelové a formalistické tvrzení, přestože právě formalismus je vytýkán zadavateli. Pokud tyto skutečnosti navrhovatel namítal již v podaných námítkách, musely mu být zřejmé již v okamžiku, kdy byla žádost doručena, a v reakci na to mohl hodnotící komisi žádat o konkrétnější informace a zpřesnění žádosti. Navrhovatel však napadl až svoje vyloučení a výběr nejvhodnější nabídky poté, co bylo zjevné, že zadavatel (resp. jeho hodnotící komise), jím podané zdůvodnění nabídkové ceny nepřijal. Navrhovatel však fakticky směřoval zpětně proti obsahu žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. S ohledem na zkušenosti navrhovatele jakožto sdružení významných stavebních firem mu muselo být jasné, že při zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny jsou z hlediska všeobecných zvyklostí předkládány jak podrobné kalkulace cen, tak podklady pro tyto kalkulace, stejně jako cenové nabídky subdodavatelů a smlouvy s nimi. Tvrzení, že navrhovateli tyto skutečnosti nebyly známé, považuje vybraný uchazeč za absurdní; skladba obvyklého kalkulačního vzorce musí být odborné stavební veřejnosti známa. Zkušenost se

zadávaním veřejné zakázky se navíc neomezuje jen na odborné znalosti, ale i znalosti obchodně a právně organizačního charakteru.

12. Další část rozkladu se týká dvou expertních posudků, které si zadavatel vyžádal k posouzení, zda je nabídková cena navrhovatele mimořádně nízká, či nikoli. Znalec, který tyto posudky vypracovával, musel mít k jejich zpracování dostatečné a úplné podklady, jinak by se vystavoval riziku spáchání trestného činu nepravdivého znaleckého posudku. Úřad však v napadeném rozhodnutí využití znaleckých posudků zkreslil. Je evidentní, že jejich cílem bylo ověřit si správnost stanovení předpokládané ceny díla i nabídkové ceny, Úřad však zcela opomenul i jiné podklady obsažené v zadávací dokumentaci. Je nepřípustné, aby Úřad dával hodnotící komisi k tížii její vlastní podpůrný materiál; hodnotící komise je ve svém rozhodování svébytné kolegium odborně způsobilých osob, kterému je zákonem svěřena pravomoc posoudit veškeré odborné otázky. Volba způsobu posouzení výše nabídkové ceny je zcela jednoznačně v její kompetenci, a proto není na místě hodnotící komisi vytýkat, že navrhovatelem poskytnuté podklady shledala jako nedostačující a že měla předem určit, jakým způsobem mají být podklady k odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny zdůvodněny. Vybraný uchazeč opětovně odkazuje na demonstrativní výčet objektivních důvodů v § 77 odst. 1 zákona, který měl navrhovateli sloužit jako vodítko pro písemné zdůvodnění jeho nabídky. Požadavku Úřadu na „způsob zdůvodnění podkladů“ by bylo možné přisvědčit leda za situace, kdy by hodnotící komise vybočila z metodiky posouzení nabídkových cen a žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny by vycházela z jiných než zákonem objektivně stanovených příčin. Jestliže navrhovatel nebyl schopen svou nabídkovou cenu zdokumentovat v intencích § 77 odst. 1 zákona, byl by jiný než použitý postup hodnotící komisí v rozporu s § 6 zákona. Vybraný uchazeč tedy s ohledem na výše uvedené navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

13. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S327/2010/VZ-18229/2010/510/KČe ze dne 6. 12. 2010 ostatním účastníkům řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. Zadavatel se k podanému rozkladu ve stanovené lhůtě ani po jejím uplynutí nevyjádřil. Navrhovatel ve svém vyjádření k rozkladu vybraného uchazeče uvedl, že je založen na úvaze, že cenové metodiky bývalého Ústavu racionalizace ve stavebnictví (dále jen „URS“) jsou všeobecně známé, používané a standardní. Ceník URS bývá součástí firemních kalkulačních programů, avšak řada firem jej nepoužívá, aby nezkreslovaly a neznehodnocovaly vlastní kalkulace. Kromě toho URS neodpovídá stávající rozšířené metodice. V současnosti jsou používány ceny agregované, zatímco ceny URS jsou vydávány v jednoduchých položkách. Navrhovatel poukazuje dále na metodiku RTS, která je vypracována jednou z mála firem, které se rozhodly působit v oblasti cenového poradenství. Ta si vytvořila vlastní cenový program, který však není jediný na trhu; řada stavebních firem používá programy vyvinuté nebo upravené dle vlastních požadavků (např. ASPE). Vybraný uchazeč v rozkladu uvádí tzv. běžný kalkulační vzorec, avšak je na dodavatelích, jaký konkrétní kalkulační vzorec si zvolí. Pro složitost vzorce UPS používá většina dodavatelů vzorec svůj, podle kterého sečte materiály, mzdy, stroje, ostatní pořizovací náklady a práce subdodavatelů a tento takzvaný přímý náklad vynásobí procentem režii a zisku. Podstatné

však je, že nikde není zakotvena povinnost používat kalkulační vzorec URS. Právě s ohledem na různorodost cen je názor Úřadu ohledně povinnosti zadavatele při výzvě ke zdůvodnění nabídkové ceny zcela opodstatněný. Co se týče namítaného zkreslení znaleckých posudků, připomíná vybraný uchazeč, že hodnotící komise jejich závěry zcela přejala, aniž by k nim přidala něco vlastního. Navrhovatel se dále ohrazuje vůči tvrzení, že nabídková cena nebyla odůvodněna žádnou z objektivních příčin dle § 77 odst. 2 zákona. Rozhodující úspor hodlal navrhovatel dosáhnout pomocí moderní techniky, navíc byl hodnotící komisí požádán o vysvětlení i v částech nabídky, z nichž zdaleka ne všechny jsou pro výši nabídkové ceny podstatné. Odůvodnění negativního stanoviska je však zcela paušální, nerozlišující význam jednotlivých částí hodnocený procentním srovnáním s cenami URS na celkovou nabídkovou cenu. Navrhovatel zdůrazňuje, že vybraný uchazeč neprojí proti nerovnému zacházení, ale proti výkladu právní otázky, a stejně tak je nepatřičná jeho argumentace výčtem v § 77 odst. 1 zákona, neboť napadené rozhodnutí hovořilo především o podkladech, z nichž lze na příčiny mimořádně nízké nabídkové ceny usuzovat. Konečně k obvinění z účelového postupu navrhovatel uvádí, že v době podání žádosti a formulování vysvětlení nabídkové ceny nemohl předvídat, jak se hodnotící komise k vyjádření postaví, a tudíž nebyl důvod podávat proti žádosti námitky. Vyjadřuje podezření, že i zadavatel mohl mít již v době podání žádosti jasno o tom, jak o ní rozhodne; podivuje se současně nad snahou vybraného uchazeče hájit zadavatelův postup. Z uvedených důvodů žádá navrhovatel zamítnutí rozkladu.

14. 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.
15. 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.
16. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S327/2010/VZ-15281/2010/510/KČe ze dne 16. 11. 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 Úřad podle § 118 odst. 1 zákona zrušil úkony zadavatele spojené s posouzením výše nabídkové ceny stěžovatele ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a s hodnocením nabídek uchazečů, které byly zdokumentovány v protokolech z jednání hodnotící komise a ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, a současně zrušil i rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky z téhož dne a zadavateli uložil povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil.

V. K námitkám rozkladu

17. Jak vyplývá z podaného rozkladu, vybraný uchazeč zpochybňuje závěr napadeného rozhodnutí o odpovědnosti zadavatele za spáchání správního deliktu porušením § 77 odst. 1 zákona. Tuto stěžejní rozkladovou námitku však neopírá o žádné nové skutečnosti a pouze opakuje argumenty již vznesené v předchozích fázích správního řízení. Odůvodnění napadeného rozhodnutí se přitom v části týkající se viny zadavatele za spáchání správního deliktu všemi těmito argumenty zcela vyčerpávajícím způsobem vypořádalo (viz body 27. až 36. napadeného rozhodnutí), a proto neshledávám důvody, proč se od jeho závěrů odchýlit.
18. V souladu s § 77 odst. 1 zákona posuzuje hodnotící komise při své činnosti též výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné; zdůvodnění musí být uchazečem doručeno ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti uchazeči, pokud hodnotící komise nestanoví lhůtu delší.
19. Co se týče nepřipustného extenzivního výkladu § 77 odst. 1 zákona, opakuji ve shodě s napadeným rozhodnutím, že Úřad již delší dobu zastává názor, že zákon sice výslovně nestanoví požadavky na obsah žádosti o vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny, avšak s ohledem na zásadu transparentnosti ovládající zadávací řízení platí, 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 je ostatně i logický, neboť vyčerpávající zdůvodnění může být podáno pouze tehdy, jsou-li uchazeči známy konkrétní námitky proti jeho nabídkové ceně. Nejedná se tedy o výklad extenzivní, nýbrž o výklad zohledňující vzájemnou vazbu všech zákonných ustanovení, stejně jako hlavní účel, pro který byl zákon přijat.
20. Jak vyplývá ze správního spisu a předložené dokumentace, v přezkoumávaném případě vyzvala hodnotící komise navrhovatele k písemnému vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 77 odst. 1 zákona. Hodnotící komise v souladu s § 76 odst. 2 zákona využila přizvaného poradce VUT Brno, který vypracoval expertní posouzení nabídkových cen, a to jednak za účelem identifikace a následně i specifikace položek a dílů nabídkových rozpočtů pro analýzu mimořádně nízké nabídkové ceny, jednak provedla v návaznosti na tuto identifikaci a specifikaci i posouzení navrhovatelem podaného vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny. Jednalo se celkem o dva posudky, z nichž první byl zpracován na základě prvního jednání hodnotící komise ještě před odesláním žádosti o vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny a druhý poté, co hodnotící komise navrhovatelovo vysvětlení obdržela. Lze tedy shrnout, že posouzení nabídkové ceny navrhovatele proběhlo v intencích těchto expertních posudků. Je však na tomto místě třeba upozornit, že Úřad k tomuto postupu zadavatele neměl žádné připomínky a nijak tento postup nezpochybnil, neboť možnost využít poradce při posouzení nabídek umožňuje zadavateli přímo zákon. Zdůrazňuji dále, že Úřad v napadeném rozhodnutí nezpochybnil ani metodu, která byla v rámci expertního posouzení vysvětlení nabídkové ceny použita, byť se samozřejmě nejedná o metodu

povinnou a jedinou možnou. Úkolem Úřadu je pouze zkoumat zákonný rámec procesu posouzení a hodnocení nabídek, nikoli však odborné otázky s tímto procesem související.

21. Vzhledem k absenci obecně závazného, a tedy i obecně známého předpisu či normy určujícího postup při věcném posouzení výše nabídkových cen, zpracovatel posudků použil svoje vlastní metody, a to ve vazbě na kalkulační rozklad cen URS Praha. Z tohoto důvodu musel zpracovatel posudků a jeho prostřednictvím i hodnotící komise a zadavatel již v první fázi posouzení nabídkové ceny, tj. při specifikaci konkrétních položek nabídkového rozpočtu navrhovatele za účelem podání žádosti o zdůvodnění jejich výše, vědět a navrhovateli sdělit, jaké informace a podklady bude k relevantnímu posouzení zdůvodnění nabídkové ceny od navrhovatele potřebovat. Tyto podklady závisí na konkrétní metodě, která bude při posouzení nabídkové ceny využita, a jejich vyžádání před vlastním posouzením je nutným předpokladem pro to, aby mohlo posouzení v relaci zvolené metody proběhnout objektivně a věcně správně. Jak ale vyplývá z žádosti o písemné vysvětlení nabídkové ceny, zadavatel v ní jen stručně uvedl, že shledal nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou, a proto žádá ve stanovené lhůtě její vysvětlení. Následoval (s ohledem na použitý termín „zejména“ pravděpodobně pouze demonstrativní) stručný výčet konkrétních položek rozpočtu, u nichž hodnotící komise vysvětlení nabídkové ceny požadovala, avšak bez bližší konkretizace výhrad proti nabídkové ceně. Ztotožnil jsem se tedy s názorem orgánu dohledu, že na základě takto formulované žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny u jednotlivých položek, v níž nebyla ani naznačena metoda, podle které bude navrhovatelovo vysvětlení posuzováno, bylo obtížné reagovat na konkrétní výhrady zadavatele, a to bez ohledu na nesporné zkušenosti, kterými navrhovatel jakožto sdružení zavedených stavebních společností disponuje a na něž vybraný uchazeč v podaném rozkladu poukazuje.
22. S ohledem na zvolenou metodu posouzení nabídkových cen proto měl zadavatel v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny navrhovateli nejen sdělit, které části jeho nabídky vykazují znaky mimořádně nízké nabídkové ceny, ale především upřesnit, jaké důvody ho k pochybnostem o reálnosti nabízených cen vedly a jaké podklady bude požadovat tak, aby toto posouzení mohlo být v rámci zvolené metody kvalifikovaně a transparentně provedeno. Pokud tedy v žádosti konkrétní důvody a podklady absentovaly, nemohl navrhovatel na žádost věcně reagovat. Namítá-li v této souvislosti vybraný uchazeč, že si měl navrhovatel v případě nejasností vyžádat od zadavatele podrobnější instrukce, případně proti žádosti o zdůvodnění nabídkové ceny podat námitky, je třeba si uvědomit, že až do okamžiku, kdy zadavatel navrhovatel sdělil, že nabídkovou cenu dostatečně neodůvodnil, neměl důvod v této věci cokoli namítat, neboť nemohl předvídat hodnocení hodnotící komisí a své vyjádření mohl považovat za dostatečné. Uzavírám tedy, že žádost o písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny nebyla učiněna v souladu s § 77 odst. 1 a § 6 zákona a nedostála požadavku na transparentnost.
23. Z výše uvedeného důvodu jsem se plně ztotožnil i s uloženým nápravným opatřením. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil při posouzení nabídky navrhovatele při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny, bylo nutné zrušit všechny úkony komise pro posouzení a hodnocení nabídek spojené s posouzením výše nabídkové ceny navrhovatele ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a s hodnocením nabídek uchazečů a současně zrušit i úkony

zadavatele spočívající ve vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení, včetně rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, a vrátit tak celé zadávací řízení do stavu před vydáním zmíněných rozhodnutí. Zadavatel bude proto mít příležitost se opětovně vypořádat s posouzením nabídkové ceny navrhovatele. V tomto světle se jeví (pouze obecné) námitky rozkladu o možném poškození zadavatele a vybraného uchazeče, zvýhodnění navrhovatele či účelového jednání navrhovatele jako irelevantní.

VI. Závěr

24. 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.
25. 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. Město Tábor, Žižkovo náměstí 2, 390 15 Tábor
2. JUDr. Kateřina Leštinová, advokátka, Betlémské nám. 251/2, 110 00 Praha
3. Mgr. Ondřej Surga, advokát, Štefánikova 65, 150 00 Praha

Vypraveno dne:

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