



UOHSX0043NG2

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R196/2011/VZ-4049/2012/310/JSI

V Brně dne: 20. března 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 22. 8. 2011 podaném navrhovatelem –

- společností **SKANSKA, a. s.**, IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha, za niž jedná Ing. Dan Ťok, předseda představenstva, a Ing. Leoš Vrzalík, člen představenstva, ve správním řízení zastoupena JUDr. Ondřejem Navrkalem, pověřeným zaměstnancem,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S53/2011/VZ-2945/2011/520/NGI ze dne 8. 8. 2011 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Libereckého kraje**, IČ 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec, za něhož jedná Mgr. Stanislav Eichler, hejtman, ve správním řízení zast. společností ERINYES, s. r. o., IČ 28488075, Revoluční 655/I, 110 00 Praha, za niž jedná Jakub Tuček, prokurista,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Přestavba křižovatky silnice I/35 a ul. České mládeže – II. etapa**“, 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 17. 8. 2010 pod evidenčním číslem 60048772, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **Metrostav, a. s.**, IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha, jejímž jménem jedná Ing. Jiří Bělohav, předseda představenstva,

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-S53/2011/VZ-2945/2011/520/NGL ze dne 8. 8. 2011

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Liberecký kraj, IČ 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec (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**“) ¹, v informačním systému o veřejných zakázkách dne 17. 8. 2010 pod evidenčním číslem 60048772 oznámení otevřeného zadávacího řízení podle § 27 zákona na realizaci veřejné zakázky s názvem „Přestavba křižovatky silnice I/35 a ul. České mládeže – II. etapa“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Úřad obdržel dne 11. 2. 2011 návrh společnosti SKANSKA, a. s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha (dále jen „**navrhovatel**“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť zadavatel nevyhověl jeho námitkám proti výběru nejvhodnější nabídky. Navrhovatel měl zato, že nabídka vybraného uchazeče – společnosti Metrostav, a. s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha (dále jen „**vybraný uchazeč**“), je nepřijatelná, neboť obsahuje v dílčím hodnotícím subkritériu „Dopravní omezení“ zjevně nepřiměřenou hodnotu, a proto měla být hodnotící komisí vyřazena. K uvedenému dni tedy Úřad oznámil zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče.
3. Navrhovatel v podaném návrhu dále uvedl, že ač zadavatel zvolil za dílčí hodnotící kritéria „Celkovou nabídkovou cenu bez DPH“ s váhou 70% a „Plán organizace výstavby“ s váhou 30%, ze zadávací dokumentace vyplývá, že ve skutečnosti nehodnotil „Plán organizace výstavby“, ale toto obecné kritérium nahradil dvěma dílčími subkritérii „Doba realizace“ s váhou 15% a „Dopravní omezení“ s váhou 15%. Hodnotící komise dále neposoudila nabídku vybraného uchazeče v souladu s bodem 13 zadávací dokumentace, protože nabídce vybraného uchazeče, který ač nabídl pouze 20 dní úplného dopravního omezení a dobu realizace zakázky 22 týdnů, nepřihodila 0 bodů, i když podle názoru navrhovatele jsou tyto hodnoty s ohledem na předmět veřejné zakázky, potažmo ve smyslu zadávací a projektové

¹ 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 v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

dokumentace technicky nerealizovatelné. Z téhož důvodu nesouhlasil navrhovatel ani s vysvětlením nabídky podaným vybraným uchazečem. Navrhovatel rovněž prezentoval názor, že nelze dílčí hodnotící kritérium „Dopravní omezení“ interpretovat jako synonymum pro uzavírku, jak vyplývá ze zdůvodnění rozhodnutí o námitkách. V této souvislosti odkázal na znění § 24 odst. zákona č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o PK**“), podle něž je omezení obecného užívání uzavírkami a objíždkami definováno takto: „Provoz na dálnicích, silnicích, místních komunikacích a veřejně přístupných účelových komunikacích může být částečně nebo úplně uzavřen, popřípadě může být nařízena objížďka. Nikdo nemá nárok na náhradu případných ztrát, jež mu vzniknou v důsledku uzavírky nebo objíždky“. Jestliže vybraný uchazeč dosáhl rozfázováním kratší doby úplné uzavírky komunikace, neznamená to, že dosáhl i kratší doby dopravního omezení ve smyslu zadávací dokumentace. Z tohoto důvodu se navrhovatel domnívá, že zadávací dokumentace obsahuje protikladné a nejednoznačné údaje, neboť dovoluje vícero možností interpretace. Podaným návrhem, stejně jako námitkami, se proto navrhovatel domáhal zrušení rozhodnutí o výběru nevhodnější nabídky a nového posouzení nabídky vybraného uchazeče.

4. K zahájenému správnímu řízení se vyjádřil zadavatel a uvedl, že v bodě 4 zadávací dokumentace požadoval, aby součástí nabídky byl „Plán organizace výstavby“ (dále jen „**POV**“), jehož povinnou přílohou musí být časový harmonogram výstavby, ve kterém uchazeč doplní podle bodu 13 zadávacích podmínek nabídnutou dobu výstavby a dobu dopravního omezení (úplná neprůjezdnost komunikace stanovená počtem kalendářních dní) včetně popisu rozsahu a umístění staveniště. Vzhledem k maximálnímu zachování zásady transparentnosti podle § 6 zákona se zadavatel rozhodl v rámci dílčího hodnotícího kritéria „Plán organizace výstavby“ hodnotit pouze údaje, jež jsou v rámci POV jednoznačně číselně vyjádřitelné, tedy celkovou dobu výstavby díla a dobu trvání dopravních omezení, které s prováděním díla souvisejí. Zadavatel tedy trval na tom, že v bodě 13 zadávacích podmínek v souladu s předmětem veřejné zakázky jednoznačně vymezil popis a hodnocení předmětných subkritérií POV. Nabídky všech uchazečů byly hodnotící komisí posuzovány v souladu se zákonem a za účelem dodržení zákona byl vybraný uchazeč vyzván k objasnění své nabídky. Na základě této výzvy pak dostatečně vysvětlil, že jím nabídnutá „Doba realizace“ a „Dopravní omezení“ není v rozporu s technologickými postupy závazně stanoveným v POV. Zadavatel proto navrhoval, aby Úřad správní řízení zastavil.

II. **Napadené rozhodnutí**

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 8. 8. 2011 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S53/2011/VZ-2945/2011/520/NGI (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že se návrh navrhovatele na zrušení rozhodnutí o výběru nevhodnější nabídky ze dne 23. 12. 2010 a na uložení povinnosti znovu posoudit nabídku vybraného uchazeče podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá.
6. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad poté, co odkázal na § 6, § 76 odst. 1 a 3, § 78 odst. 4, § 79 odst. 1 a 6 a § 80 odst. 1 zákona, se nejprve zabýval problematikou stanovení hodnotících kritérií a subkritérií. K volbě hlavního hodnotícího kritéria ekonomické

výhodnosti nabídky Úřad uvedl, že v takovém případě by měl zadavatel především dbát na vymezení základních, rozhodujících požadavků tak, aby celkový počet kritérií byl přiměřený rozsahu veřejné zakázky a umožňoval přehledné a jednoznačné hodnocení nabídek. Zadavatel je tedy povinen stanovit dílčí kritéria hodnocení v souladu s požadavkem transparentnosti tak, aby zájemci, kteří se rozhodnou pro účast v soutěži o veřejnou zakázku, byli reálně schopni předložit konkrétní nabídky a mohli si předem vytvořit o způsobu hodnocení včetně obsahu jednotlivých kritérií dostatečnou představu. U „obecného“ kritéria je z důvodu dodržení zásady transparentnosti nutné stanovit případně další subkritéria, která by jeho obsah jednoznačně specifikovala, případně popsat, co konkrétně bude předmětem hodnocení. V šetřeném případě zadavatel obsah dílčího kritéria „Plán organizace výstavby“ dále popsal jako „Doba realizace“ a „Dopravní omezení“. Zákon v žádném ustanovení nezakazuje rozdělení dílčího hodnotícího kritéria na další subkritéria. Zadavatel v bodě 13 zadávací dokumentace zcela jednoznačně uvedl požadavek na časový údaj, po kolik kalendářních dnů po dobu realizace předmětné veřejné zakázky nebude komunikace průjezdná. Zadavatel tedy stanovil předmětné subkritérium jasně a srozumitelně, přičemž nikde z dokumentace o veřejné zakázce nelze dovodit vazbu na ustanovení § 24 zákona o PK. V postupu zadavatele při stanovení hodnotících kritérií tedy Úřad neshledal rozpor se zákonem.

7. Co se týče písemného vysvětlení nabídky vybraného uchazeče, uvedl Úřad, že zadavatel využil dispozičního ustanovení § 76 odst. 3 zákona a vyzval vybraného uchazeče k objasnění celkové doby uzavírky, včetně uvedení celkové lhůty uzavírky ve dnech. Vybraný uchazeč podrobně objasnil svou nabídku a uvedl, že navrhovaná délka uzavírky vychází z rozdělení postupu prací dle jednotlivých úseků, tj. Etapa A – Okružní křižovatka a objekty související, Etapa B - dokončující práce na okružní křižovatce a Etapa C – Most a objekty související. V souladu s plánem organizace výstavby navrhl způsob rozdělení prací včetně dopravního značení po dobu výstavby a uzavírky konkrétně tak, že omezení provozu bude nejvíce souviset s provedením Etapy C-Most, a proto pro etapu A budou práce zahájeny současně na více objektech, provoz bude možný bez objízdných tras, pouze s místními úpravami, přičemž Stavba vrátnice ČSAD nebude mít vliv na provoz v ulici České Mládeže. Pro etapu B budou provedeny kryty komunikací okružní křižovatky a současně budou vykonány dokončující práce, přičemž upřesnil, že v tomto časovém období bude nutné vybudovat zpevněný středový pás na I/35, aby bylo možné převádět dopravu z jedné poloviny na druhou. Po dokončení těchto prací se v čase uzavírky pro etapu C Most a objekty související celé staveniště uzavře a položí se chybějící asfaltové koberce. Zadavatel toto vysvětlení akceptoval a dospěl k závěru, že v postupu prací uvedenému v POV nabídky vybraného uchazeče je dostatečně popsán způsob rozdělení prací včetně dopravního značení po dobu výstavby a uzavírky. Délky jednotlivých prací zohledňují časy provádění s ohledem na časovou minimalizaci zvýšeného zatížení obyvatel Liberce, a tudíž postup navržený k provedení předmětné veřejné zakázky vybraným uchazečem považoval za transparentní a plně v souladu s technologickými postupy závazně stanoveným v POV. V této souvislosti Úřad odkázal na znění čl. 13 zadávací dokumentace, v němž se uvádí: „Součástí této textové části ZOV je řádkový harmonogram. Uváděné termíny znamenají, že práce je nutné provádět v daném období. Nejedná se tedy o délku prací na jednotlivých objektech. Konečné termíny jsou důležité pro návaznost dalších prací.“. Z výše citovaného textu vyplývá, že uchazeč je

povinen nabídnout zadavateli délku dopravního omezení a doby provedení díla tak, aby technické řešení realizace délky dopravního omezení a provedení díla bylo v souladu se zadávací dokumentací, potažmo s termíny uvedenými ve zmíněném řádkovém harmonogramu. Zadavatel však nestanovil délku prací na jednotlivých objektech, pouze zde vyznačil konečné termíny pro návaznost dalších prací, čímž nikterak uchazeče neomezil ve stanovení délky úplné uzavírky, potažmo ve stanovení doby provedení díla (nebyla stanovena maximální ani minimální délka prací na jednotlivých objektech). Zadavatel shledal na základě odborné erudice členů hodnotící komise vysvětlení vybraného uchazeče jako dostačující a Úřad není legitimován posoudit technickou proveditelnost veřejné zakázky podle nabídky vybraného uchazeče, v čemž se opřel o rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2009, č. j. 5 Afs 75/2009-100.

8. Závěrem se Úřad zabýval tvrzenou zjevnou nepřiměřeností nabídky vybraného uchazeče a v této souvislosti opět poukázal na výše zmíněný rozsudek Nejvyššího správního soudu. Podle tohoto rozsudku pojem „zjevné nepřiměřenosti“ není stavěn na abstraktních základech; právě naopak je definován odkazem na zakázku, která má být zadána, a ve vztahu k příslušnému plnění. Vykazuje tedy znaky neurčitého právního pojmu, ale s ohledem na zvláštnosti zakázky, předvídatelného. Posouzení zjevné nepřiměřenosti může spočívat v jednotlivém konkrétním případě zejména na povaze předmětu plnění, daném čase a místních podmínkách, především ale na ekonomické stránce nabídky vymezující zjevně nepřiměřené náklady nebo nesplnitelné technické a technologické postupy. S odkazem na závěr jiného rozhodnutí týkajícího se obdobného problému Úřad uvedl, že *v intencích jeho přezkumné činnosti je posoudit pouze odůvodnění verdiktu odborné komise spočívající v tom, proč některé kritérium považovala za zjevně nepřiměřené a přiřadila mu hodnocení 0. V souladu se shora označeným judikátem Nejvyššího správního soudu je nepřípustné přezkoumávání vlastních úvah hodnotící komise Úřadem.* Pokud odborná hodnotící komise shledala, že vysvětlení vybraného uchazeče (jím navržený technický postup, ze kterého vyplývají hodnoty dílčích hodnotících kritérií „Doba realizace“ a „Dopravní omezení“), je v souladu se zadávací dokumentací, resp., že navržený postup realizace předmětné veřejné zakázky odpovídá technologickým postupům závazně stanoveným v POV, Úřadu nepřisluší přezkoumávat odborné závěry hodnotící komise. Úřad tedy neshledal v postupu zadavatele pochybení, které by mělo podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, a proto návrh navrhovatele podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítl.

III. Námitky rozkladu

9. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 23. 8. 2011 rozklad navrhovatele, v jehož úvodu navrhovatel nejprve shrnuje dosavadní průběh zadávacího a správního řízení a obsah odůvodnění napadeného rozhodnutí. Protože je navrhovatel přesvědčen, že Úřad dospěl v napadeném rozhodnutí k nesprávnému závěru, resp. že se nezabýval všemi důvody navrhovatelem předestřenými, považuje napadené rozhodnutí za rozporné se zákonem. Úřad předně pochybil tím, že nabízenou hodnotu subkritéria „Dopravní omezení“ u vybraného uchazeče neposoudil jako zjevně nepřiměřenou ve smyslu rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2009, č. j. 5 Afs 75/2009-100, a proto ani nedospěl k závěru o nezákonném postupu hodnotící komise. Přestože lze s Úřadem

souhlasit potud, že určení délky dopravního omezení nabízeného technického řešení je odborná otázka, kterou by měla posoudit výhradně hodnotící komise, v případě, kdy je na první pohled patrné, že předložené technické řešení odporuje zadávací dokumentaci, jedná se o ryze právní otázku nepřijatelnosti nabídky ve smyslu § 22 zákona a její přezkum bezpochyby Úřadu přísluší. Nedospěl-li tedy Úřad k závěru o nepřijatelnosti/nevhodnosti nabídky vybraného uchazeče, jedná se z jeho strany o nesprávný právní závěr. Obdobně navrhovatel uvádí, že pokud vybraný uchazeč při objasnění nabídky pouze zopakoval skutečnosti uvedené v nabídce a hodnotící komise přesto takové objasnění považovala za dostačující, nejednalo se o odbornou činnost hodnotící komise, do níž by Úřad nemohl zasahovat, a proto měl Úřad přezkoumat i tento postup a kvalifikovat jej jako rozporný se zákonem, netransparentní a nepřezkoumatelný. Stejně je nesprávný i právní závěr, že pod pojmy „dopravní omezení“, respektive „komunikace nebude průjezdná“, je myšlena úplná uzavírka komunikace (v obou směrech), a to přestože zadávací dokumentace na jiném místě výslovně uvádí, že za „dopravní omezení“ se považuje doba, po kterou nebude komunikace průjezdná v jednom či obou směrech. Tomu odpovídá i definice dopravního omezení podle § 24 odst. 1 zákona o PK.

10. Navrhovatel opakuje, že důvodem podání námitek, návrhu i rozkladu je ten, že hodnotící komise k hodnocení nabídek připustila nabídku vybraného uchazeče v rámci hodnotícího kritéria „Dopravní omezení“, přestože obsahovala zjevně nepřiměřenou hodnotu 20 dní, čímž umožnila, aby vybraný uchazeč v zadávacím řízení zvítězil navzdory tomu, že jeho nabídková cena je o 28 % vyšší než nabídková cena navrhovatele. Takto nabídnutá délka dopravního omezení, mimo to, že je méně než poloviční v porovnání s ostatními nabídkami, je v rozporu se zpracovanou projektovou dokumentací, technickou zprávou, přílohou stavebního povolení, soupisem pracovních operací po dobu uzavírky mostu, jakož i s ostatními dokumenty, které byly navrhovateli předány jako součást zadávací dokumentace, nepokrývá ani délku dopravního omezení, která bude způsobena rekonstrukcí Etapy C – „Most a objekty související“. Proto navrhovatel považuje za zcela nedostačující zdůvodnění vybraného uchazeče rozdělením plnění veřejné zakázky do jednotlivých úseků, tj. Etapa A – Okružní křižovatka a objekty související, Etapa B – Dokončující práce na okružní křižovatce a Etapa C – Most a objekty související. Z téhož důvodu nelze přijmout ani argumentaci orgánu dohledu (rádoby utvrzenou odkazem na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu), že hodnotící komise dodržela postup stanovený zákonem, když využila postup podle § 76 odst. 3 zákona a vybraného uchazeče vyzvala k objasnění nabídky. Navrhovatel znovu s poukazem na napadené rozhodnutí uvádí, že vybraný uchazeč pouze zopakoval skutečnosti, které již byly uvedeny v jeho nabídce; podle zadávací dokumentace musel být povinnou součástí Plánu organizace výstavby časový harmonogram, z něhož bude patrna celková doba výstavby (graficky znázorněná v počtu týdnů) a doba dopravního omezení, po kterou nebude komunikace průjezdná v jednom či žádném směru (taktéž graficky znázorněná v počtu dnů). Odůvodnění vybraného uchazeče, v němž tento mj. uvedl, že „(...) omezení provozu bude nejvíce souviset s provedením Etapy C – Most, a proto pro Etapu A budou práce zahájeny současně na více objektech, provoz bude možný bez objízdnych tras, pouze s místními úpravami, přičemž Stavba vrátnice ČSAD nebude mít vliv na provoz v ulici České Mládeže. Pro etapu B budou provedeny kryty komunikací okružní křižovatky a současně budou vykonány dokončující práce (...)“, tedy akceptovat, neboť

vybraný uchazeč nepodal žádné technické zdůvodnění. Dospěla-li přesto hodnotící komise, že nabídka vybraného uchazeče je přiměřená, je její postup netransparentní a nepřezkoumatelný. Tomu ostatně nahrává i Úřadem prezentovaný názor, že myšlenkové pochody jednotlivých členů komise nelze přezkoumávat. Tento názor není dle mínění navrhovatele ani v souladu s citovaným rozsudkem Nejvyššího správního soudu, na které napadené rozhodnutí odkazuje. Postoj Úřadu tak vede k absurdní situaci, a to k vytvoření autonomního prostoru hodnotící komisi, v němž je tato fakticky soudcem ve své věci.

11. Navrhovatel dále napadenému rozhodnutí vytýká, že se nezabývalo otázkou, zda obrat „komunikace nebude průjezdná“, použitý v bodu 13 zadávací dokumentace, znamená úplnou, nebo jen částečnou uzavírku komunikace. Podle názoru navrhovatele je třeba k výkladu tohoto sousloví použít jiné části zadávací dokumentace, např. bod 4 zadávací dokumentace, v němž zadavatel uvádí: „doba dopravního omezení, po kterou nebude komunikace průjezdná v jednom či žádném směru, graficky znázorněna v počtu dnů“. Ke stejnému závěru lze dospět i za použití interpretace pomocí zákonné definice dopravního omezení podle § 24 zákona o PK. Rozdíl mezi pojmem „dopravní omezení“ a „uzavírka“ je patrný i z projektové dokumentace. Jestliže tedy vybraný uchazeč dosáhl rozfázováním kratší doby úplné uzavírky komunikace, neznamená to, že dosáhl i kratší doby dopravního omezení ve smyslu zadávací dokumentace. Protože z vyjádření zadavatele vyplývá, že hodnotil pouze taková dopravní omezení, kdy nebude průjezdná komunikace v obou směrech, jedná se z jeho strany buď o špatnou interpretaci užitého pojmu, nebo o nesprávné hodnocení nabídek, které by měl Úřad označit za nezákonné. Tím, že zadavatel nevymezil jednoznačně a určitě hodnotící kritéria (přinejmenším umožňující dvojí výklad pojmu „dopravní omezení“, nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona. Pokud zadávací dokumentace není úplná, obsahuje protikladné nebo nejednoznačné údaje nebo údaje umožňuje více interpretací, jedná se o pochybení zadavatele, které nelze přičítat k tíži dodavatelů. Na rozdíl od prostředí běžného obchodního vztahu je zadavatel vázán předem stanovenými hodnotícími kritérii, jejichž prostřednictvím mají být jednoznačně zjištěny podmínky nabízené jednotlivými uchazeči. Při nastavení hodnotících kritérií a následném vyhodnocování je nutno dbát na transparentnost a nelze tolerovat jakékoli jednání ze strany zadavatele či jednotlivých uchazečů, které by ji narušilo.
12. Navrhovatel se proto domáhá zrušení zadávacího řízení, a proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc orgánu dohledu vrátil k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

13. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j ÚOHS-S53/2011/VZ-13339/2011/520/NGI ze dne 24. 8. 2011 ostatním účastníkům správního řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu.
14. K podanému rozkladu se vyjádřil zadavatel a považuje jej za nedůvodný a napadené rozhodnutí za věcně správné. Trvá na tom, že jeho postup není stížen žádnou vadou a navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl. Ve

zbytku odkazuje na svá předchozí vyjádření podaná v průběhu správního řízení a na rozhodnutí o námitkách navrhovatele proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.

15. 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.
16. 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.
17. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S53/2011/VZ-2945/2011/520/NGI ze dne 8. 8. 2011 rozhodl, že se návrh navrhovatele na zrušení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 23. 12. 2010 a na uložení povinnosti znovu posoudit nabídku vybraného uchazeče podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil.

V. K námitkám rozkladu

K věcným závěrům napadeného rozhodnutí

18. První rozkladová námitka (ve shodě s námitkou návrhovou) míří proti závěru napadeného rozhodnutí, že se zadavatel nedopustil porušení zákona, když nabídku vybraného uchazeče v dílčím subkritériu „Dopravní omezení“ neposoudil jako „zjevně nepřiměřenou“ ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2009, č. j. 5 Afs 75/2009-100. Přestože se napadené rozhodnutí uvedenou otázkou zabývalo podrobným a vyčerpávajícím způsobem a vzalo do úvahy veškeré skutečnosti uváděné v návrhu, navrhovatel nyní svou argumentaci doplňuje o názor, že hodnotící komise nemůže přijmout vysvětlení nabídnuté hodnoty, které v podstatě pouze přejímá obsah podané nabídky.
19. K tomu nejprve v nejobecnější rovině uvádím, že citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu jednoznačně dospěl k závěru (a potvrzuje již řadu let ustálenou rozhodovací praxi Úřadu i správních soudů), že: „(...) úkolem Úřadu je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. Jeho pravomoci končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Úřad však dbá na to, aby byla splněna jedna ze základních zásad zadávání veřejných zakázek, a to zásada transparentnosti celého procesu zadávání veřejných zakázek (...).“ Tento právní závěr následně Nejvyšší správní soud konkretizoval v tom smyslu, že ačkoli Úřad není oprávněn při své přezkumné činnosti vstupovat do myšlenkových pochodů jednotlivých hodnotitelů, tedy členů hodnotící komise, a tyto myšlenkové pochody jakkoliv přezkoumávat, hodnotit či dokonce nahrazovat vlastním správním uvážením, neboť zákon konstruuje hodnotící komisi jako kolegium odborně způsobilých osob, kterým jedině je zákonem svěřena pravomoc posoudit veškeré odborné otázky související s procesem hodnocení nabídek, posouzení

přiměřenosti či nepřiměřenosti údajů v nabídkách mezi takové odborné otázky bezpochyby náleží. Jak ale Nejvyšší správní soud uvádí: „Úřad však přezkoumává, zda k hodnocení komisí došlo zákonem stanoveným způsobem, zda k tomu došlo transparentním způsobem, tedy zda je posouzení komise přezkoumatelné po formální stránce.“. Úřad tak musí dbát na to, aby komise k výsledku posouzení dospěla za splnění všech zákonem stanovených požadavků, tedy za splnění požadavků transparentního a přezkoumatelného popisu způsobu hodnocení nabídek v odůvodnění.

20. Nejvyšší správní soud v tomto rozsudku dále uvedl, že: „Postup vylučování uchazečů bez kontradiktorního ověření, tj. možnosti prokázat, že tyto nabídky jsou hodnověrné a vážné, může představovat nepřímou diskriminaci tím, že v praxi znevýhodní hospodářské subjekty např. i z jiných členských států, které vzhledem k tomu, že na základě odlišných struktur nákladů nebo technologií mohou využívat značné úspory z rozsahu nebo chtějí snížit své zisky, aby mohly účinněji proniknout na dotčený trh, jsou schopny učinit konkurenceschopnou a zároveň vážnou a hodnověrnou nabídku, kterou by však hodnotící komise nezohlednila. Na druhou stranu dle Nejvyššího správního soudu se vyloučení určitých nabídek bez kontradiktorního ověření z důvodu, že jsou zjevně nepřiměřené, může ukázat vhodným, jestliže je použití tohoto pravidla odůvodněno přespříliš vysokým počtem nabídek, že by to překračovalo jeho správní kapacitu nebo mohlo z důvodu zpoždění, ke kterému by toto ověření mohlo vést, ohrozit uskutečnění projektu. Aby byla dodržena zásada transparentnosti a neporušena zásada nediskriminace, musí hodnotící komise v každém případě své rozhodnutí o přidělení nulového počtu bodů za zjevně nepřiměřené kritérium nabídky přezkoumatelným způsobem odůvodnit.“
21. Stručně shrnuto, v otázce posouzení zjevné nepřiměřenosti některé hodnoty z nabídky uchazeče Nejvyšší správní soud spatřuje přezkumnou funkci Úřadu ve dvou hlavních oblastech. Zaprvé klade rozsudek důraz na obsah a podobu zprávy o posouzení a hodnocení nabídek v části, která se týká přidělení nulového počtu bodů zjevně nepřiměřené hodnotě nabídky, případně jiného dokumentu, který se týká závěru, proč nabízená hodnota zjevně nepřiměřená není; úkolem Úřadu je zjistit, zda je jejich obsah přezkoumatelný a zda koresponduje základní zásadě transparentnosti, jinými slovy, zda je zřejmé, z jakých důvodů byla či nebyla nabízená hodnota shledána jako zjevně nepřiměřená. Zadruhé ukládá citovaný rozsudek Úřadu, aby zkoumal, zda zadavatel přistoupil k tzv. kontradiktornímu řízení s uchazečem, jehož nabídky se zjevná nepřiměřenost týká, tj. zda mu dal příležitost blíže vysvětlit okolnosti a důvody, pro něž ve své nabídce spornou hodnotu uvedl. V řízení o rozkladu je tak třeba zjistit, zda se Úřad v napadeném rozhodnutí ubíral naznačeným směrem a zda dostal uvedeným úkolům, které mu rozsudek Nejvyššího správního soudu vytyčil.
22. Jak vyplývá z napadeného rozhodnutí, Úřad se otázkou zjevné nepřiměřenosti nabídky zabýval podrobně, a to jak v rovině obecné (viz body 50 – 55 odůvodnění), tak v rovině konkrétní (viz body 41 – 49 odůvodnění). Z citovaných bodů vyplynulo především to, že zadavatel přistoupil k soudem doporučenému kontradiktornímu řízení s vybraným uchazečem a umožnil mu vysvětlit celkovou dobu uzavírky pomocí technického popisu, který respektuje navrženou technologii a technologický postup podle projektové dokumentace (viz

dopis zadavatele vybranému uchazeči). Vybraný uchazeč toto vysvětlení podal (pozn.: Úřad z něj v napadeném rozhodnutí obsáhle citoval) a hodnotící komise a následně i zadavatel jej přijali (zadavatel pak s ohledem na odbornou erudici hodnotící komise). Jelikož tedy zadavatel (resp. jeho hodnotící komise) neshledal vybraným uchazečem nabídnutou hodnotu v dílčím subkritériu „Dopravní omezení“ jako zjevně nepřiměřenou, a tudíž jí nepřidělil nulový počet bodů, nelze hledat závěry o zjevné nepřiměřenosti ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, neboť ta se logicky zaměřuje již jen na přidělení konkrétního počtu bodů nabídce. Úřad potom správně vycházel z obsahu vyjádření zadavatele ze dne 16. 2. 2011, v němž zadavatel uvedl, že „(...) vybraný uchazeč objasnil, že navrhovaná délka uzavírky vychází z rozdělení postupu prací podle jednotlivých úseků, etap A, B a C, přičemž současně nachází v postupu prací uvedeném v POV nabídky vybraného uchazeče dostatečně popsany způsob rozdělení prací včetně dopravního značení po dobu výstavby a uzavírky. Zadavatel je přesvědčen, že délky jednotlivých prací zohledňují časy provádění pro tyto práce s ohledem na časovou minimalizaci zvýšeného zatížení obyvatel Liberce, a tudíž postup navržený k provedení předmětné veřejné zakázky vybraným uchazečem za transparentní a plně v souladu se zadávací dokumentací, resp. s technologickými postupy závazně stanoveným v POV.“

23. Nahlížeje na uvedený text optikou výše citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu, dospívám ve shodě s napadeným rozhodnutím k závěru, že Úřad při přezkumu postupu zadavatele dostal všem povinnostem, které vyplývají ze zákonem daného rámce, tj. ověřil jak splnění povinnosti „kontradiktornosti“, tak přezkoumatelnost závěru o tom, proč vybraným uchazečem nabízená hodnota není zjevně nepřiměřená. Jelikož stále nebyl překonán právní názor, že Úřadu nepřísluší vstupovat do myšlenkových pochodů členů hodnotící komise, a to proto, že zákon konstruuje hodnotící komisi jako kolegium odborně způsobilých osob a jediné jim svěřuje pravomoc posoudit veškeré odborné otázky související s procesem hodnocení nabídek, mám zato, že postup zadavatele při posouzení zjevné nepřiměřenosti hodnoty nabídky vybraného uchazeče v dílčím hodnotícím subkritériu „Dopravní omezení“ byl po formální stránce v souladu se zákonem a dostal i požadavkům na přezkoumatelnost a transparentnost.
24. Co se týče dílčí námitky, že hodnotící komise nemůže akceptovat vysvětlení „zjevně nepřiměřené hodnoty nabídky“, které de facto pouze opakuje skutečnosti již uvedené v nabídce, nedospěl jsem k závěru, že by podané vysvětlení vybraného uchazeče toliko „kopírovalo“ obsah jeho nabídky; z logicky věci však lze předpokládat a očekávat, že toto vysvětlení se bude o nabídku opírat, a tím pádem citovat či přebírat některé její pasáže. Ani kdyby bylo prokázáno, že se vysvětlení nabízené hodnoty s nabídkou (resp. s POV) zcela ztotožňovalo, nic by to nevypovídalo o tom, zda je či není nabízená hodnota postavena na reálném základě. Z uvedeného důvodu mi nezbývá, než odkázat na předchozí odstavec a znovu navrhovateli sdělit, že meze přezkumu dané zákonem a potvrzené dosavadní judikaturou nedovolují Úřadu jakékoli úvahy o technické proveditelnosti veřejné zakázky, a tím pádem ani o přesvědčivosti podaného vysvětlení.
25. Pro úplnost uvádím, že s ohledem na bod 16. zadávací dokumentace stavby (POV), v němž je uvedeno, že „Součástí této textové části ZOV je řádkový harmonogram. Uváděné termíny

znamenají, že práce je nutné provádět v daném období. Nejedná se tedy o délku prací na jednotlivých objektech. Konečné termíny jsou důležité pro návaznost dalších prací.“, není pochyb o tom, že uchazeči nebyli nijak omezeni v délce doby, po kterou bude komunikace neprůjezdná (resp. úplně uzavřená – k tomu viz dále), potažmo ve stanovení doby provedení díla. Zadavatel uchazečům nestanovil maximální ani minimální délku prací na jednotlivých objektech předmětné veřejné zakázky.

26. K formulaci hodnotícího kritéria „Dopravní omezení“ návazně konstatuji, že navrhovatel nesouhlasí ani s právním závěrem, že pojmem „dopravní omezení“ se rozumí doba, po kterou nebude komunikace průjezdná vůbec, tj. ani v jednom směru, a trvá na tom, že zadávací dokumentace pod tímto pojmem myslela dobu, po kterou nebude komunikace průjezdná v jednom či obou směrech.
27. Při posouzení uvedené námítky jsem vyšel jednak z bodu 4 zadávací dokumentace s názvem „Plán organizace výstavby“, jednak z bodu 13 s názvem „Hodnotící kritérium“. V bodu 4 zadávací dokumentace, odstavci prvním, je uvedeno, že uchazeč musí jakožto povinnou součást POV dodat časový harmonogram, z něhož bude mj. vyplývat „doba dopravního omezení, po kterou nebude komunikace průjezdná v jednom či žádném směru, graficky znázorněná v počtu dnů“. Bod 13 zadávací dokumentace však obsahuje tabulku pro kritérium č. 2 „Plán organizace výstavby“ s vahou 30 %, v němž je subkritérium „Dopravní omezení“ popsáno slovy: „V tomto kritériu požaduje zadavatel po uchazeči stanovit časový údaj, po kolik kalendářních dnů po dobu realizace nebude komunikace průjezdná. Předložený údaj o dopravním omezení bude předmětem hodnocení tohoto kritéria postupem pro číselně vyjádřitelná kritéria.“ K tomu uvádím, že při porovnání uvedených instrukcí a informací je třeba vycházet z účelu jednotlivých bodů. Zatímco v případě bodu 4 zadávací dokumentace se jedná o informaci o povinných náležitostech POV, v případě bodu 13 zadávací dokumentace se jedná o vysvětlení, které údaje budou předmětem hodnocení. Jinými slovy, ačkoli zadavatel požadoval po uchazečích, aby v POV uvedli informace o všech plánovaných dopravních omezeních, tj. jak jednosměrných, tak obousměrných, v rámci hodnocení nabídek přihlížel pouze k době, po kterou bude komunikace neprůjezdná zcela, tj. ani v jednom směru. S tímto faktem není nikterak v rozporu ani jiné ustanovení projektové dokumentace, na něž navrhovatel poukazuje v podaném rozkladu (1. Dopravní opatření: Je popsán a v situaci zakreslen postup výstavby a uzavírky mostu ev. č. 2784-3 na 8 týdnů, se současnými dopravními omezeními silnice I/35, v jednotlivých jízdních pruzích.“). Pro zjištění, co mělo být zadavatelem hodnoceno, je podstatný bod 13 zadávací dokumentace, přičemž k použitému pojmu „dopravní omezení“ nelze přistupovat bez současné reflexe k předchozí části popisu hodnotícího subkritéria, tj. k sousloví „(...) po kolik kalendářních dnů nebude komunikace průjezdná“. Obdobně také, neobsahuje-li bod 13 žádný dodatek k povaze průjezdnosti komunikace (jako např. „v jednom směru či žádném směru“, jako v bodu 4 zadávací dokumentace), mám zato, že v takovém případě nelze hodnotící subkritérium vykládat jinak, než že zadavatelem bude hodnocena doba, po kterou nebude komunikace průjezdná vůbec. Obdobně jako orgán dohledu jsem tedy neshledal rozpor zadávací dokumentace s § 44 odst. 1 zákona.

28. Namítá-li tedy navrhovatel, že subkritérium „Dopravní omezení“ bylo stanoveno zavádějícím způsobem, bez reflexe na § 24 odst. 1 zákona o PK, které připouští, aby dopravní omezení bylo jak částečné, tak úplné, uvádím, že z dokumentace k veřejné zakázce nelze dovodit vazbu na citovaném ustanovení zákona o PK a zadavatel ostatně ani nebyl povinen, aby terminologii zákona včetně legálních definic přebíral.
29. Nesouhlasím rovněž s námitkou, že se Úřad výkladem pojmu „průjezdná komunikace“ nezabýval, neboť tomu neodpovídá text odůvodnění napadeného rozhodnutí (viz jeho body 37 až 40). V nich orgán dohledu nejprve shrnul stanovená hodnotící kritéria a subkritéria a uvedl zákonné požadavky na způsob jejich vymezení. Následně Úřad zhodnotil v konkrétní rovině i způsob stanovení a popis subkritéria „Dopravní omezení“ a posoudil je jako jasné, jednoznačné a srozumitelné. Pro úplnost dodávám, že pouhý nesouhlas navrhovatele s výkladem pojmu „průjezdná komunikace“ prezentovaným v napadeném rozhodnutí nelze považovat bez dalšího za jeho nepřezkoumatelnost.

K návrhu na přerušení správního řízení

30. Dne 5. 10. 2011 obdržel Úřad žádost navrhovatele o přerušení správního řízení podle § 64 odst. 2 správního řádu, kterou odůvodnil tím, že je třeba vyčkat dokončení předmětné zakázky, aby bylo možné provést důkaz ohledně přiměřenosti vybraným uchazečem nabídnutého dopravního omezení (celkové uzavírky komunikace). Ačkoli ustanovení § 64 odst. 2 správního řádu je konstruováno tak, že v řízení o žádosti se řízení na žádost přeruší vždy, mám zato, že důvody, o které navrhovatel nutnost přerušení řízení opírá, jsou zjevně neopodstatněné, ba dokonce s ryze obstrukčním efektem pro všechny účastníky řízení. Vezmu-li navíc v úvahu skutečnost, že navrhovatel svým návrhem původně usiloval o přijetí nápravného opatření ve formě zrušení zadávacího řízení, k němuž by nyní Úřad nemohl přistoupit ani po naplnění hypotézy, že vybraný uchazeč nabídnutou dobu dopravního omezení nedodrží, není zřejmé, jaký význam má přerušení mít pro právní sféru navrhovatele. Kromě toho mám zato, že specifická povaha řízení o přezkumu úkonů zadavatele, která z něj činí spíše řízení sporného (kontradiktorního) typu než řízení o žádosti, hovoří spíše proti automatickému přerušování řízení ve smyslu § 64 odst. 2 zákona. Z uvedených důvodů a rovněž s přihlédnutím k zásadě rychlosti a hospodárnosti jsem k žádosti o přerušení řízení nepřihlédl a k přerušení řízení nepřistoupil.

VI. Závěr

31. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když předběžně 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.
32. 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 ve spojení s § 152 odst. 4 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. ERINYES, s. r. o., Revoluční 655/1, 110 00 Praha
2. SKANSKA, a. s., Líbalova 1/2348, 149 00
3. Metrostav, a. s., Koželužská 2246, 180 00 Praha

Vypraveno dne:

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