



UOHSX004PJM2

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R143/2010/VZ-4611/2013/310/JHr

Brno 14. března 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 24. 9. 2010 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 27. 9. 2010) podaném navrhovatelem, společností

- **JACKO, projekty & vozovky s. r. o.**, IČ 27800440, se sídlem Ženíškova 2313/1, 702 00 Ostrava-Moravská Ostrava, ve správním řízení zastoupenou na základě plné moci ze dne 2. 12. 2009 JUDr. Oldřichem Benešem, advokátem se sídlem Mojžírovců 41, 709 00 Ostrava-Mariánské Hory,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S179/2010/VZ-11953/2010/510/MOn ze dne 10. 9. 2010, které bylo Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže vydáno ve správním řízení zahájeném dne 3. 6. 2010 na základě návrhu z téhož dne ve věci přezkoumání úkonů zadavatele,

- **Ředitelství silnic Zlínského kraje, příspěvková organizace**, IČ 70934860, se sídlem K majáku 5001, 761 23 Zlín,

učiněných ve veřejné zakázce s názvem „**Diagnostiky vozovek silnic II. a III. třídy ve Zlínském kraji v letech 2010 – 2013**“, zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení výzvou ze dne 6. 4. 2010 odeslanou pěti zájemcům o veřejnou zakázku, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč, společnost

- **IMOS Brno, a. s.**, IČ 25322257, se sídlem Olomoucká 174, 627 00 Brno,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) a v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů s přihlédnutím k právním závěrům Krajského soudu v Brně ze dne 22. 3. 2012 sp. zn. 62 Af 28/2011 a Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 10. 2012 sp. zn. 1 Afs 42/2012 rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 10. 9. 2010 č. j. ÚOHS-S179/2010/VZ-11953/2010/510/MOn

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Ředitelství silnic Zlínského kraje, příspěvková organizace, se sídlem K majáku 5001, 761 23 Zlín (dále jen „**zadavatel**“) odeslal dne 6. 4. 2010 výzvy k podání nabídek pěti zájemcům o realizaci veřejné zakázky s názvem „Diagnostiky vozovek silnic II. a III. třídy ve Zlínském kraji v letech 2010 – 2013“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení podle § 38 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“).¹
2. Ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel celkem tři nabídky, z nichž jedna byla vyřazena pro nesplnění kvalifikačních předpokladů. Zadavatel dne 4. 5. 2010 na základě posouzení a hodnocení nabídek hodnotící komisí rozhodl o přidělení zakázky uchazeči IMOS Brno, a. s., se sídlem Olomoucká 174, 627 00 Brno (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Námitkám proti rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky, podaným uchazečem JACKO, projekty & vozovky, s. r. o., se sídlem Ženíškova 2313/1, 702 00 Ostrava-Moravská Ostrava (dále jen „**navrhovatel**“) zadavatel nevyhověl. Toto rozhodnutí zadavatele však navrhovatel nepovažoval za učiněné v souladu se zákonem, a proto podal dopisem ze dne 3. 6. 2010 u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Ke dni 3. 6. 2010, kdy byl návrh Úřadu doručen, bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, za jehož účastníky Úřad označil zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče.

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak.

II. Napadené rozhodnutí

3. Úřad na základě § 112 a následujících ustanovení zákona přezkoumal případ ve všech vzájemných souvislostech a dne 10. 9. 2010 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S179/2010-11953/2010/510/MOn (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že návrh navrhovatele se podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá.
4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že zadavatel v zadávací dokumentaci, konkrétně v článku II 3. „Technické specifikace“ stanovil, že při realizaci veřejné zakázky bude vybraný dodavatel povinen postupovat v souladu s technickými podmínkami TP 87 Navrhování údržby a oprav netuhých vozovek schválené MD ČR – OPK č. j. 24908/96-120 ze dne 1. 2. 1997 (dále jen „**TP 87**“). Z technických podmínek TP 87 jednoznačně vyplývá, že měření a posouzení únosnosti vozovek rázovými zatěžovacími zkouškami má být prováděno celkem u 40 bodů, a to buď po 25 m v nejvíce zatíženém pruhu, nebo střídavě k obou pruzích (u dvoupruhových komunikací), a to s krokem měření 50 metrů. V daném případě zadavatel zvolil druhou možnost a stanovil, že „měření a posouzení únosnosti vozovky bude v podélném směru provedeno metodou s krokem měření 50 m střídavě v obou jízdních pruzích“. Byť formulace této podmínky stanovená zadavatelem přesně neodpovídá formulaci uvedené v technických podmínkách TP 87, je při porovnání obou znění zjevné, že se jedná o jednu a tutéž podmínku, a to, že měření a posouzení únosnosti vozovek rázovými zatěžovacími zkouškami bude prováděno s krokem měření 50 m, a to jak v levém, tak i v pravém jízdním pruhu (tj. celkem 40 měřících bodů na 1 km dvoupruhové vozovky). Úřad se neztotožnil s tvrzením navrhovatele, že z popisu diagnostických výkonů, jak je stanovil zadavatel v zadávací dokumentaci, „jednoznačně vyplýval požadavek zadavatele na provedení diagnostických výkonů co 50 metrů diagnostikované vozovky, v každém pruhu tedy co 100 metrů“. Z předložené dokumentace Úřad zjistil, že všichni uchazeči-dodavatelé (vyjma navrhovatele) svoji nabídkovou cenu stanovili pro 40 diagnostických výkonů na 1 km dvoupruhové vozovky, tedy po 50 metrech v každém jízdním pruhu dvoupruhové vozovky.
5. Úřad dále uvedl, že pokud by navrhovatel při zpracování své nabídky postupoval v souladu se zadávací dokumentací, přičemž by vzal v úvahu všechny údaje tam uvedené, nemohl by dospět k závěru, že zadavatel požaduje na 1 km vozovky provést pouze 20 měření (tj. po 100 metrech v každém jízdním pruhu dvoupruhové vozovky). Zadavatel totiž v zadávací dokumentaci výslovně uvedl, že při realizaci veřejné zakázky bude vybraný dodavatel postupovat v souladu s TP 87, ze kterých jednoznačně vyplývá požadavek na provedení 40 diagnostických výkonů na 1 km dvoupruhové vozovky, tj. po 50 metrech v každém jejím jízdním pruhu. Výklad navrhovatele, že mělo být provedeno pouze 20 diagnostických výkonů na 1 km vozovky je podle názoru Úřadu, vysloveném v napadeném rozhodnutí, v rozporu s TP 87.
6. Úřad se dále v napadeném rozhodnutí vyjádřil k mimořádně nízké nabídkové ceně vybraného uchazeče a konstatoval, že dle předložené dokumentace činila zadavatelem stanovená předpokládaná hodnota veřejné zakázky 2 842 500 Kč bez DPH. Nabídková cena navrhovatele činila 2 755 500 Kč bez DPH, přičemž z předložených dokladů vyplývá, že tato cena nezahrnuje celý předmět veřejné zakázky (navrhovatel vyčíslil pouze 20 měření na 1 km, namísto zadavatelem požadovaných 40 měření). Nabídková cena vybraného uchazeče

činí 2 164 500 Kč bez DPH a dle předložené dokumentace Úřad zjistil, že tato cena obsahuje vyčíslení celého předmětu veřejné zakázky, jak bylo stanoveno v zadávací dokumentaci. Hodnotící komise přitom neshledala, že by nabídka vybraného uchazeče obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Na základě výše uvedeného Úřad s odkazem na rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 9/00 ze dne 1. 2. 2001 konstatoval, že institut mimořádně nízké nabídkové ceny není v zákoně zcela jednoznačně definován a jako neurčitý právní pojem vyžaduje další interpretaci. Úřad odkázal i na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 49/2007, v němž se soud vyjádřil k otázce mimořádně nízké nabídkové ceny a z něhož je zřejmé, že posouzení výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky náleží do kompetencí hodnotící komise.

7. Při posuzování, zda je některá z nabídkových cen uchazečů mimořádně nízká, je podle názoru Úřadu třeba vycházet z porovnání příslušné ceny a předmětu veřejné zakázky, jak stanoví § 77 odst. 1 zákona. Pro určení, zda se jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu nelze tedy vycházet pouze z porovnání nabídkových cen ostatních uchazečů, které nicméně může sloužit jako vodítko. Tvrzení navrhovatele, podle nichž je nabídková cena vybraného uchazeče cenou mimořádně nízkou, se však omezují pouze na srovnání nabídkových cen uchazečů, přičemž navrhovatel neuvádí žádné argumenty ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, pro které se domnívá, že nabídková cena vybraného uchazeče je mimořádně nízká.
8. Úřad rovněž odmítl akceptovat názor navrhovatele, podle něhož není možné veřejnou zakázku objektivně realizovat za jednotkovou cenu 14 430 Kč/km bez DPH nabídnutou vybraným uchazečem. Navrhovatel neuvádí žádné bližší zdůvodnění této domněnky a není proto zřejmé, na základě čeho navrhovatel k tomuto závěru dospěl. Úřad konstatoval, že navrhovatel se omezil pouze na sdělení, že jeho jednotková nabídková cena za splnění předmětu veřejné zakázky by nemohla být nižší než 25 570 Kč/km bez DPH. Dle kalkulace Úřadu však tato cena odpovídá jednotkové nabídkové ceně navrhovatele ve výši 18 370 Kč/km, k níž je připočtena cena za provedení chybějících služeb, tedy 20 diagnostických výkonů na 1 km, které navrhovatel ve své nabídce neuvedl. Úřad se s uvedeným tvrzením navrhovatele neztotožnil, neboť zjistil, že navrhovatel ve své nabídce uvedl, že jeho nabídka obsahuje veškeré požadované diagnostické výkony a navrhovatel se po posouzení požadavku zadavatele rozhodl zvýšit počet úkonů potřebných k určení únosnosti vozovky, tedy počet vrtaných sond i jádrových vrtů s tím, že v nabídkové ceně budou tyto vícenáklady započteny. Sám navrhovatel tedy uvádí, že jeho původní nabídková cena je minimálně o 312 450 Kč bez DPH vyšší, než by byla cena, která by odpovídala zadavatelem stanovenému předmětu veřejné zakázky.

III. Námitky rozkladu

9. Dne 27. 9. 2010 obdržel Úřad od navrhovatele rozklad proti napadenému rozhodnutí. Navrhovatel ve svém rozkladu k problematice vymezení předmětu veřejné zakázky uvádí, že předmět veřejné zakázky, jak vyplývá ze zadávací dokumentace, jakož i z příslušného návrhu rámcové smlouvy, je popsán takto: „měření a posouzení únosnosti vozovky bude v podélném směru provedeno metodou s krokem měření 50 m střídavě v obou jízdních pružích“. K tomu navrhovatel v rozkladu namítá, že Úřad v napadeném rozhodnutí zároveň

konstatuje, že formulace této podmínky přesně neodpovídá formulaci uvedené v TP 87, neuvádí však, jak jsou tyto rozpory zhojeny, či jak jednoznačně dospěl ke zjištění, že se v daném případě bude jednat o 40 měřících bodů na 1 km dvoupruhové vozovky. Navrhovatel poukázal na to, že dokument TP 87 byl ve stejném znění platný rovněž v průběhu zadávacího řízení na prakticky totožnou předchozí veřejnou zakázku s názvem „Diagnostiky vozovek silnic II. a III. třídy ve zlínském kraji v letech 2007-2009“. I v tomto zadávacím řízení byl popis předmětu veřejné zakázky shledán jedním z uchazečů za nejednoznačný. Navrhovatel má za to, že z popisu rozsahu diagnostických výkonů vyplývá požadavek zadavatele na provedení těchto výkonů co 50 metrů, v každém jízdním pruhu tedy co 100 metrů. S ohledem na výše uvedené učinil tedy navrhovatel nabídku, kdy při kalkulaci nabídkové ceny vycházel z předpokladu zadavatele na 20 diagnostických úkonů na 1 km diagnostikované vozovky. Následně však byl navrhovatel informován jiným uchazečem (společností PavEx Consulting Brno, s. r. o.), že tento předložil kalkulaci na 40 diagnostických výkonů na 1 km. Ve výkladu zadávacích podmínek byl tedy rozpor, jež mohl být podle názoru navrhovatele zapříčiněn neurčitým popisem předmětu veřejné zakázky, zejména zaváděcím popisem rozsahu požadovaných diagnostických výkonů. S tímto se Úřad dle názoru navrhovatele dostatečně nevypořádal.

10. Navrhovatel dále namítá, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, když si od vybraného uchazeče nevyžádal zdůvodnění nízké nabídkové ceny. Závěry provedené Úřadem jsou dle navrhovatele nedostatečně odůvodněné a založené na nedostatečném skutkovém zjištění. Navrhovatel dále uvedl, že při kalkulaci 20 diagnostických výkonů na 1 km diagnostikované vozovky učinil cenovou nabídku ve výši 18 370 Kč/km bez DPH. K otázce ceny navrhovatele za měření únosnosti vozovky ve vztahu k rozsahu výkonů, pak navrhovatel vycházel rovněž ze skutečnosti, že uvedené oceňovala společnost NIEVELT Labor Praha, spol. s r. o., která při zjišťování rozsahu výkonu vycházela, stejně jako navrhovatel, ze zadání veřejné zakázky. Ani tato společnost však podle navrhovatele nenabyla dojmu, že by četnost měření únosnosti neměla být 20, nýbrž 40 diagnostických úkonů na 1 km diagnostikované vozovky.
11. Navrhovatel rovněž v rozkladu uvádí, že se Úřad ani zadavatel nevypořádali se skutečností, že předpokládaná hodnota prakticky totožné veřejné zakázky na tytéž služby byla pro následující období v předmětném zadávacím řízení stanovena na 2 842 500 Kč při požadavku zadavatele na 40 diagnostických výkonů na 1 km diagnostikované vozovky. Při tomto požadavku zadavatele nebyli dva ze tří uchazečů objektivně schopni učinit cenovou nabídku ve výši předpokládané hodnoty veřejné zakázky, přičemž nabídka vybraného uchazeče byla o 24 % nižší, než je tato předpokládaná hodnota zakázky. Dle navrhovatele zadavatel pochybil, jestliže si nevyžádal od vybraného uchazeče písemné zdůvodnění jeho mimořádně nízké nabídkové ceny. K tomuto kroku byl zadavatel podle navrhovatele povinen, neboť s ohledem na výše uvedené skutečnosti zde existuje důvodné podezření, že nabídková cena je nabízena se ztrátou. Navrhovatel tedy shledává na místě prověřit zadavatelem či Úřadem, zda nebyly vybraným uchazečem předloženy informace nebo doklady, jež neodpovídají skutečnosti.

12. Navrhovatel je proto přesvědčen o tom, že Úřad svým postupem při vedení správního řízení a vydáním napadeného rozhodnutí neposoudil danou záležitost v souladu se skutkovým stavem a porušil tak základní zásady správního řízení, zejména zásadu materiální pravdy. Úřad dle navrhovatele porušil také § 56 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), který ukládá ustanovení znalce v případech, závisí-li rozhodnutí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí, které úřední osoby nemají.

Závěr rozkladu

13. V závěru rozkladu zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu změnil napadené rozhodnutí tak, že konstatuje porušení zákona ze strany zadavatele při posouzení a hodnocení nabídek a zrušil zadávací řízení.

IV. Řízení o rozkladu

Vyjádření zadavatele

14. Úřad poskytl účastníkům řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. Dne 1. 10. 2010 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, ve kterém uvádí, že všechna rozkladová tvrzení navrhovatele považuje za zavádějící a s odkazem na svá předchozí vyjádření podaná v rámci správního řízení vyjadřuje svůj souhlas s napadeným rozhodnutím.

Vyjádření vybraného uchazeče

15. Dne 5. 10. 2010 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče, který považuje rozklad podaný navrhovatelem za neopodstatněný, neboť argumentace odlišnou veřejnou zakázkou a v ní nabídnutou cenou není s ohledem na časový odstup podání nabídek vypovídající. Vybraný uchazeč dále uvádí, že jeho nabídková cena není mimořádně nízká, neboť jde o reálnou cenu, v níž je kalkulován i přiměřený zisk. Vybraný uchazeč dále upozorňuje na skutečnost, že navrhovatel rozporuje především ceny za rázové zatěžovací zkoušky, přičemž však zařízení potřebné pro provedení těchto zkoušek podle informací vybraného uchazeče nevlastní a je tedy nucen vycházet z cenových informací subdodavatele. Tato skutečnost má podle názoru vybraného uchazeče, který potřebným zařízením disponuje, zásadní vliv na tvorbu nabídkové ceny.

Rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu

16. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
17. 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 předseda Úřadu podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost a v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise předseda Úřadu rozhodnutím ze dne 16. 2. 2011 č. j. ÚOHS-R143/2010/VZ-1353/2011/310/JSI napadené rozhodnutí Úřadu potvrdil a podaný rozklad zamítl. K jednotlivým námitkám rozkladu předseda Úřadu uvedl následující stanovisko.

K námitkám rozkladu

18. Předseda Úřadu se plně ztotožnil s odůvodněním napadeného rozhodnutí, které považuje za dostatečně určité a přezkoumatelné. Přesto, že rozklad podaný navrhovatelem neobsahuje žádné nové skutečnosti, ke kterým by bylo třeba v řízení o rozkladu přihlížet, považoval předseda Úřadu za nutné uvést k rozkladovým námitkám následující skutečnosti.

19. K námitce navrhovatele týkající se vymezení předmětu veřejné zakázky předseda Úřadu uvedl, že přestože vymezení rozsahu měření dle zadávací dokumentace, kdy rozsah zadavatelem požadovaných diagnostických výkonů na 1 km diagnostikované vozovky je popsán tak, že „měření únosnosti vozovky bude v podélném směru provedeno krokem měření 50 m střídavě v obou jízdních pruzích“, by bez dalšího mohlo připouštět výkladovou nejistotu, pak na základě odkazu zadavatele na technické podmínky TP 87, dle nichž má dodavatel povinnost postupovat při samotné realizaci veřejné zakázky, je tato případná nejistota uchazeče o veřejnou zakázku odstraněna. Předseda Úřadu dále uvedl, že popis předmětu veřejné zakázky je konkretizován v čl. II 3 zadávací dokumentace, a to formou příslušného odkazu na dokument technické podmínky TP 87, v němž je bez možnosti odchylného výkladu stanoven požadavek na provedení 40 diagnostických výkonů na 1 km dvoupruhové vozovky, tj. po 50 metrech v každém jejím jízdním pruhu. Tento závěr je jednak v souladu se zjištěním Úřadu obsaženým v odůvodnění napadeného rozhodnutí a jednak vyvrací rozkladovou námitku navrhovatele, že Úřad neuvádí, jak jsou zhojeny uvedené rozpory a jak Úřad dospěl ke zjištění, že se v daném případě bude jednat o provedení 40 diagnostických výkonů.

20. K odkazu navrhovatele na předchozí zadávací řízení na obdobnou veřejnou zakázku s názvem „Diagnostiky vozovek silnic II. a III. třídy ve Zlínském kraji v letech 2007 – 2009“, že i v tomto zadávacím řízení byl popis předmětu veřejné zakázky pomocí odkazu na technické podmínky TP 87 ve stejném znění shledán některým z uchazečů jako nejednoznačný předseda Úřadu konstatoval, že na jedné straně nelze argumentovat obdobnou situací v jiné veřejné zakázce, které se navrhovatel pravděpodobně zúčastnil a přitom napadat interpretaci zadávacích podmínek, které byly již v této dřívější veřejné zakázce ze strany zadavatele objasněny a jejichž objasnění ve formě dodatečných informací měl navrhovatel k dispozici. Ve světle tohoto závěru neobstojí argument navrhovatele, který dle svého tvrzení neměl v tomto sporném bodě o správnosti svého výkladu zadávacích podmínek pochybnosti, a tudíž neměl před podáním nabídky ani důvod žádat o dodatečné informace k zadávacím podmínkám. Navrhovatelem tvrzený rozpor ve výkladu zadávacích podmínek zapříčiněný zejména popisem rozsahu požadovaných diagnostických výkonů, neshledal tedy předseda Úřadu jako neurčitý či zavádějící a takovou námitku tedy odmítl.

21. K námitce navrhovatele, že zadavatel si nevyžádal od vybraného uchazeče zdůvodnění nízké nabídkové ceny, předseda Úřadu uvedl, že závěry provedené Úřadem považuje za správné a založené na dostatečných skutkových zjištěních, neboť co se týká ceny navrhovatele za měření únosnosti a rozsahu diagnostických výkonů, pak argument navrhovatele, dle něhož vycházel mj. z ocenění provedeného u některých položek rozpočtu jiným subjektem (tedy společností NIEVELT Labor Praha, spol. s r. o.), nelze akceptovat a takovou skutečnost zohlednit v rámci správního řízení, neboť za přípravu své nabídky je odpovědný každý

z uchazečů o veřejnou zakázku a jakékoliv nedostatky nelze omlouvat či hojit odkazem na participaci třetí osoby na její přípravě.

22. Ohledně rozkladové argumentace navrhovatele, dle níž se Úřad nevypořádal s problematikou předpokládané hodnoty veřejné zakázky ve vztahu k navrhovatelem tvrzené mimořádně nízké nabídkové ceně vybraného uchazeče, předseda Úřadu uvedl, že tvrzení navrhovatele, podle nichž je nabídková cena vybraného uchazeče cenou mimořádně nízkou, se omezují pouze na srovnání nabídkových cen uchazečů, přičemž navrhovatel neuvádí žádné nové argumenty ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, na základě čeho tak usuzuje. K tomu dále předseda Úřadu uvedl, že zadavatel prakticky ani nemohl nabídkovou cenu vybraného uchazeče porovnat s nabídkovou cenou jiného uchazeče, neboť v šetřeném případě byly hodnoceny pouze dvě nabídky, přičemž pouze vybraný uchazeč podal svoji nabídku na celý rozsah předmětu veřejné zakázky. Závěry Úřadu obsažené v odůvodnění napadeného rozhodnutí tedy předseda Úřadu považuje za správné.

V. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně

23. Navrhovatel společnost JACKO, projekty & vozovky, s. r. o., Ostrava – Moravská Ostrava (v soudním řízení též „žalobce“) podal proti pravomocnému rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 16. 2. 2011 č. j. ÚOHS-R143/2010/VZ-1353/2011/310/JSI (dále též „žalobou napadené rozhodnutí“) žalobu, která byla Krajskému soudu v Brně doručena dne 21. 4. 2011, a kterou se domáhal zrušení žalobou napadeného rozhodnutí i jemu předcházejícího rozhodnutí I. stupně. Soudní řízení bylo u krajského soudu vedeno pod č. j. 62 Af 28/2011-334.
24. Soud nejprve vymezil podstatu věci a uvedl, že Úřad (v soudním řízení též „žalovaný“) se v řízení o žalobcově návrhu zabýval dvěma otázkami, jednak vymezením předmětu veřejné zakázky a jednak žalobcovou námitkou mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče, tedy společnosti IMOS Brno, a. s. Krajský soud poté shrnul závěry žalovaného, které byly žalobou napadeny, a to v obou výše uvedených otázkách, tedy jak v otázce vymezení předmětu veřejné zakázky, tak i v otázce mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče.
25. Krajský soud dále shrnul žalobní body, uplatněné žalobcem a konstatuje, že v žalobě byly vymezeny čtyři následující okruhy žalobních námitek, které se věcně shodují s jeho argumentací ve správním řízení před žalovaným. Žalobce namítá, že vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci nespĺňuje požadavky nezbytné přesnosti, srozumitelnosti a jednoznačnosti. Sám žalovaný připouští nejasnou formulaci ohledně způsobu měření a posouzení únosnosti vozovky. Pokud žalovaný dodržení zákona dovozuje z odkazu na výše citované technické podmínky TP 87 ze dne 1. 2. 1997, pak tento dokument není závazný a je možné se od něj odchýlit. Jeho uvedení v zadávací dokumentaci tedy samo o sobě výkladovou nejasnost nijak nezhojuje. Žalobce rovněž namítá, že v době výzvy k podání nabídek (dne 6. 4. 2010) byl navíc tento dokument nahrazen dokumentem TP 87 ze dne 25. 2. 2010, účinným od 1. 3. 2010. Ve vztahu k vymezení předmětu veřejné zakázky žalobce rovněž namítá, že předmětem veřejné zakázky jsou i laboratorní zkoušky,

jejichž četnost každý z uchazečů stanovil jinak. TP 87 tuto četnost nestanovuje, stejně jako ji nestanovil zadavatel v zadávací dokumentaci.

26. Žalobce dále namítá, že žalovaný pochybil, když aproboval postup zadavatele, který si od vybraného uchazeče nevyžádal písemné zdůvodnění jeho mimořádně nízké nabídkové ceny a poukazuje přitom na rozdílnou výši nabídky žalobce při 20 diagnostických výkonech na 1 km a výši nabídky vybraného uchazeče při 40 diagnostických výkonech na 1 km, která byla podstatně nižší. Žalobce rovněž zpochybňuje cenu za vypracování závěrečné zprávy a za rázovou zatěžovací zkoušku na jeden bod měření a argumentuje tak, že nabídková cena vybraného uchazeče se odlišovala od předpokládané hodnoty veřejné zakázky o více než 22%. Žalobce porovnává i cenu předchozí veřejné zakázky realizovanou v letech 2007 – 2009 a namítá, že žalovaný si měl pro posouzení těchto odborných otázek ustanovit znalce, neboť pro posouzení těchto otázek bylo třeba odborných znalostí, které úřední osoby nemají.
27. V další námitce žalobce uvádí, že ze strany vybraného uchazeče nebylo řádně doloženo splnění kvalifikace předložením seznamu významných služeb obdobného charakteru, poskytnutých v posledních třech letech, přičemž celkový finanční objem těchto zakázek musí dosahovat minimálně 1 mil. Kč ročně, včetně osvědčení objednatelů těchto služeb. Žalobce konečně poukazuje na totožnou formulaci poznámky obsažené v kalkulaci nabídkové ceny vybraného uchazeče a v kalkulaci předpokládané hodnoty veřejné zakázky vypracované zadavatelem. Obdobnou formulaci výzva k podání nabídek neobsahuje, což vyvolává podle žalobce pochybnosti, zda předmětné kalkulace nebyly vytvořeny v součinnosti mezi vybraným uchazečem a zadavatelem. Ze shora uvedených důvodů navrhuje žalobce zrušení žalobou napadeného i jemu předcházejícího rozhodnutí a vrácení věci žalovanému k dalšímu rozhodnutí.
28. Krajský soud shrnul procesní stanoviska žalovaného, která zaujal k výše uvedeným okruhům žalobních námitek a uvedl, že žalovaný setrval na závěrech prezentovaných v napadeném rozhodnutí, k nimž doplnil, že dokument TP 87, ačkoliv není normou obecně závaznou, představuje závazný dokument inter partes a text zadávací dokumentace společně s textem TP 87, na který bylo odkázáno, vyvolává přesnost a soulad se zákonem. K otázce mimořádně nízké nabídkové ceny žalovaný opakoval, že srovnání s nabídkovými cenami ostatních účastníků je pouze vodítkem při řešení této problematiky a odkazuje na své výpočty, které odůvodňují závěr, k němuž žalovaný dospěl. Žalovaný navrhuje, aby žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta.
29. Krajský soud po posouzení věci ve svém rozsudku konstatoval, že žaloba je důvodná. Soud se zabýval nejprve žalobními tvrzeními směřujícími do vymezení předmětu veřejné zakázky. K tomu soud úvodem uvedl, že veškeré požadavky zadavatele, které je zapotřebí splnit osobami, které se hodlají zúčastnit zadávacího řízení, je třeba promítnout v zadávacích podmínkách, zejména v oznámení zadávacího řízení, v zadávací dokumentaci či jiných dokumentech, které jsou vtěleny do zadávací dokumentace. Právě zadávací dokumentace musí uchazečům sloužit coby dostatečně konkrétní, jasný, jednoznačný a srozumitelný zdroj informací o tom, jak mají zpracovat své nabídky. Zadávací dokumentace podle § 44 odst. 1 zákona vymezuje předmět veřejné zakázky, přičemž za správnost a úplnost zadávací

dokumentace odpovídá zadavateli. Pokud předmětem hodnocení mohou být pouze nabídky, které odpovídají zadávací dokumentaci, pak je třeba klást klíčový důraz na přesnost, srozumitelnost a jednoznačnost údajů obsažených v zadávací dokumentaci. Krajský soud se tedy při přezkumu žalobou napadeného rozhodnutí v rámci žalobních bodů zaměřil na posouzení klíčové otázky, a sice zda zadavatel tím, že v zadávací dokumentaci stanovil, že měření a posouzení únosnosti vozovky bude v podélném směru provedeno metodou s krokem měření 50 m střídavě v obou jízdnicích s odkazem na dokument TP 87 ze dne 1. 2. 1997, vyjádřil svůj požadavek na měření a posouzení únosnosti vozovky jasně, srozumitelně a transparentně.

30. V zadávací dokumentaci část II 3. „Technická specifikace“ je uvedeno, že při realizaci veřejné zakázky bude vybraný uchazeč povinen postupovat v souladu s TP 87 ze dne 1. 2. 1997. Na uvedený dokument tedy bylo v zadávací dokumentaci odkazováno a žalobce i žalovaný z jeho textu vycházejí, byť oba s odlišnými závěry. Jestliže žalovaný dospěl k závěru, že je zjevné, že v zadávací dokumentaci a v dokumentu TP 87 jde o jednu a tutéž podmínku, a sice, že měření a posouzení únosnosti vozovky rázovými zatěžovacími zkouškami bude prováděno s krokem měření 50 m, a to jak v pravém, tak i v levém jízdnicím pruhu, tj. že má být provedeno celkem 40 měřících bodů na 1 km dvoupruhové vozovky, a že tento požadavek vyplývá právě z TP 87, pak nic takového krajskému soudu po provedení dokazování neplyne. Zadávací dokumentace na straně jedné a dokument TP 87 na straně druhé především obsahují zcela odlišnou dikci – text „...metodou s krokem měření 50 m střídavě v obou jízdnicích...“ oproti textu „... 25 m při měření v nejvíce zatíženém pruhu vícepruhových komunikací nebo střídavě v obou pruzích dvoupruhových komunikací (pak je vzdálenost mezi měřeními 50 m, uspořádání ČSN 73 6192) nebo v jízdnicím pruhu dvoupruhových komunikací, který vykazuje větší rozsah poruch kvalitativně významnějších“. Nejde přitom o rozdíl nikterak marginální. Buď má být totiž požadovaný rozestup 50 m, jak plyne ze zadávací dokumentace, nebo 25 m v nejvíce zatíženém pruhu, nebo střídavě ve dvou pruzích, kde je pak vzdálenost 50 m; ani pro tento případ však není postaveno najisto, zda rozestup měření 50 m platí pro každý z jízdnicích pruhů při dodržení intervalu 25 m pro každý z jízdnicích pruhů nebo jde o rozestup 50 m jednotlivých měření. Zatímco by izolovaný výklad zadávací dokumentace nasvědčoval spíše tomu, že má být na 1 km provedeno 20 měření, dokument TP 87 to může buď potvrzovat anebo může tuto hodnotu upravovat ve smyslu 40 měření na 1 km, obojí závěr je možný.
31. Krajský soud se ztotožňuje v principu s názorem žalovaného, že odkazem na TP 87 mohly být požadavky zadavatele obsažené výslovně v zadávací dokumentaci doplněny. Soud je zajedno s žalovaným i v tom, že zadávací dokumentace se stala pro dodavatele závaznou tím, že ji závaznou učinil sám zadavatel. Se žalovaným se však soud neztotožňuje v odpovědi na otázku, zda kombinace textu zadávací dokumentace a textu obsaženého v dokumentu TP 87 podává jasný návod v tom směru, zda má být na každý 1 km provedeno 20 měření nebo 40 měření. Ani ze souhrnu pravidel popsanych v obou textech to jednoznačně neplyne.
32. K tomuto závěru soud dodal, že jestliže má být požadavek „...metodou s krokem měření 50 metrů střídavě v obou jízdnicích pruzích...“, obsažený v zadávací dokumentaci doplněn o pravidla vyplývající z TP 87, jak zřejmě mohl zamýšlet zadavatel a jak z toho podle

argumentace žalovaného vycházel i on v napadeném rozhodnutí, pak pravidla z obou textů, je při inkorporaci textu TP 87 do zadávací dokumentace třeba vykládat následovně. To, co pro zapracování nabídek není uvedeno v zadávací dokumentaci, může být převzato z navazujícího textu TP 87. Jestliže zadávací dokumentace hovoří o kroku měření 50 m střídavě v obou jízdnicích pruzích, pak z toho skutečně může vzniknout speciální pravidlo ke zbylým pravidlům z TP 87, jež by se uplatnilo ve zbytku, tedy v jiných podmínkách provádění měření. Tedy ani údajem ve smyslu 25 m při měření v nejméně zatíženém jízdnicím pruhu nebo střídavě v obou pruzích, kde by také byla vzdálenost mezi měřeními 50 m, nemusí být pravidlo měření po 50 m, výslovně upravené v zadávací dokumentaci, nijak prolamováno.

33. Toto pravidlo se mohlo jevit jako nejednoznačné, což plyne z nabídky žalobce, který naceňoval pouze 20 měření na 1 km. Nejednoznačnost uvedeného pravidla je ostatně dokumentována průběhem předchozího zadávacího řízení, týkajícího se veřejné zakázky „Diagnostiky vozovek II. a III. třídy ve Zlínském kraji v letech 2007 – 2009“, kde byly podány dodatečné dotazy k zadávací dokumentaci a jeden z nich za téhož znění zadávací dokumentace se týkal právě počtu zatěžovacích zkoušek, tj. zda 20 na 1 km či 40 na 1 km.
34. Soud dále konstatoval, že ze spisu neplyne, že by se žalobce zúčastnil předchozího zadávacího řízení ve vztahu k témuž (pouze časově předešlému) plnění. Žalobce současně argumentoval tím, že tohoto řízení se zúčastnili ti uchazeči, kteří vycházeli z počtu 40 měření na 1 km. Informaci o počtu měření ve stávajícím zadávacím řízení mohli tedy považovat za jednoznačnou právě proto, že se jim v tomto smyslu dostalo odpovědi v režimu § 49 odst. 2 zákona. To však žalovaný ponechal bez věcného vyjádření, když uvedl, že obdobnou situaci v jiné veřejné zakázce nelze argumentovat. Neúčast žalobce v předchozím zadávacím řízení navíc žalovaný považuje pro posouzení věci za bezvýznamnou skutečnost. Soud k tomu uvedl, že ti žalobci, kteří se předchozího zadávacího řízení zúčastnili, však mohli mít najisto postaven fakt, že i nyní mají naceňovat 40 měření na 1 km, neboť to bylo najisto postaveno i v předchozím zadávacím řízení, zatímco žalobce mohl být přesvědčen o správnosti nacenění 20 měření na 1 km. Okolnosti vnímání téhož sporného textu při zadávání předchozí veřejné zakázky jsou tedy podstatnými, neboť z nich plyne, že i v předchozím zadávacím řízení, realizovaném týmž zadavatelem byla tato otázka nejasná. Tato skutečnost měla zadavateli indikovat potřebu jasnější a srozumitelnější úpravy této otázky ve věci nyní posuzované a je současně argumentem o tom, že žalobce mohl být objektivně přesvědčen o správnosti své verze výkladu textu.
35. Ve věci právě posuzované tedy proti sobě stojí dva možné výklady klíčové otázky pro podání vzájemně porovnatelných nabídek a oba lze přitom objektivně připustit. V zadávací dokumentaci je tak třeba objektivně vidět nejasnost, která způsobuje, že zadávací dokumentace nevyhovuje podmínkám stanoveným v 44 odst. 1 zákona.
36. Zvolil-li žalobce z těchto obou v úvahu přicházejících výkladů ten výklad, na základě kterého nacenil 20 měření na 1 km, nelze mu klást k tíži, že se na zadavatele neobrátil se žádostí o doplňující informace. Byl-li o správnosti svého výkladu přesvědčen a přichází-li takový výklad skutečně v úvahu, nemusel žádat o dodatečné informace podle § 49 odst. 1 zákona. Dvojí objektivně možný výklad nemůže jít k tíži tohoto uchazeče. Na druhou stranu nelze ani

dovozovat, že by pochybil ti uchazeči, kteří na základě svého výkladu naceňovali 40 měření na 1 km. Výsledkem této situace je, že byly podány nabídky, v nichž celková cena za 1 km provedené diagnostiky vozovek je jednotlivými uchazeči naceňována odlišně.

37. Paradoxně k závěru o neporovnatelnosti nabídek podaných v posuzované věci dospívá sám žalovaný, když argumentuje tak, že zadavatel de facto ani nemohl nabídkovou cenu vybraného uchazeče porovnat s nabídkovou cenou jiného uchazeče, neboť ze tří uchazečů kvalifikaci prokázali pouze dva.
38. Podstatné v posuzované věci je, že ze zadávacích podmínek obsažených v zadávací dokumentaci, odkazující na dokument TP 87, jednoznačně neplyne, že měření a posouzení únosnosti vozovek rázovými zatěžovacími zkouškami má být prováděno s krokem měření 50 m, a to jak v levém, tak i pravém jízdním pruhu, tj. celkem 40 měřících bodů na 1 km dvoupruhové vozovky, jak namítá žalobce. Soud tedy dává zapravdu žalobci, že vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci nesplňuje požadavky nezbytné přesnosti, srozumitelnosti a jednoznačnosti a je porušením § 44 odst. 1 a § 6 zákona. Soud tedy dovozuje pochybení žalovaného založené na nesprávném výkladu uvedených ustanovení zákona. To je důvodem pro zrušení žalobou napadeného rozhodnutí a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení.
39. Samostatnou otázkou je důsledek takového porušení, tj. zda toto pochybení zadavatele mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, touto otázkou nechť se v dalším řízení zabývá žalovaný. Za situace, kdy soud dovodil, že žalobce podal nabídku podle jednoho z objektivně v úvahu přicházejících a tedy možných výkladů způsobů měření, je na dalších úvahách žalovaného, aby posoudil, jak se pochybení zadavatele projevilo ve vztahu k hodnocení nabídek, tj. zda nabídky vůbec mohly být hodnoceny, a teprve pokud ano, jak měly být hodnoceny.
40. S výše uvedenými závěry soudu souvisí i otázka mimořádně nízké nabídkové ceny, k níž se soud pro další průběh řízení před žalovaným musí rovněž vyjádřit. Soud poukázal na výši předpokládané hodnoty veřejné zakázky stanovené zadavatelem, výši nabídkové ceny vybraného uchazeče i výši nabídkové ceny žalobce, přestože žalobce vyčíslil pouze 20 měření na 1 km vozovky oproti 40 měřením, která byla naceněna v nabídce vybraného uchazeče. Bez ohledu na to jak mohla být nabídka žalobce za výše popsané situace vůbec hodnocena, uvedené údaje o výši předpokládané hodnoty zakázky i údaje o výši uvedených nabídek, jsou dle názoru soudu silnou indicií k tomu, aby se žalovaný otázkou mimořádně nízké ceny v nabídce vybraného uchazeče důkladně zabýval.
41. Soud konstatoval, že podle § 77 odst. 1 zákona při posouzení nabídek uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek posoudí hodnotící komise též výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Hodnotící komise má při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny dvě povinnosti, a to zda konkrétní nabídka uchazeče neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu a v případě jejího zjištění si od uchazeče vyžádat písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro posouzení výše nabídkové ceny podstatné.

42. Od správného zodpovězení obou výše uvedených otázek a od následného postupu hodnotící komise při vyzývání uchazeče se odvíjí reálná možnost přezkoumání správnosti a zákonnosti jejího rozhodování při posuzování nabídek. Pokud hodnotící komise v průběhu posuzování zjistí, že nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, má povinnost takovou nabídku vyřadit. Postup hodnotící komise při posuzování nabídek musí podléhat kontrole ze strany žalovaného. Zákon nestanoví najisto, kdy je nabídková cena mimořádně nízká a kdy nikoliv, to je otázkou posouzení zadavatelem, respektive hodnotící komisí. Nelze však dovozovat, že žalovaný se touto otázkou zabývat nemá a nesmí. Z pohledu žalovaného tu totiž nejde o nahrazování činnosti hodnotící komise, nýbrž o objektivní posouzení, zda existoval důvod, aby hodnotící komise měla nabídkovou cenu posoudit jako mimořádně nízkou.
43. Krajský soud dále uvedl, že posouzení otázky mimořádně nízké nabídkové ceny podle § 77 odst. 1 zákona je v principu totožný postup, jaký hodnotící komise uskutečňuje podle § 76 odst. 1 zákona, kdy má povinnost nabídky posoudit z toho pohledu, zda obsahují zákonné požadavky a požadavky stanovené zadavatelem v zadávacích podmínkách, zda nebyla podána některým uchazečem nepřijatelná nabídka a zda některá nabídka neobsahuje nejasnosti. Soud rovněž dospěl k závěru, že pokud žalovaný vykonává dle § 112 odst. 1 zákona dohled nad dodržováním zákona, a jestliže dle § 112 odst. 2 písm. b) zákona žalovaný rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, jestliže je podle § 77 odst. 6 zákona třeba vyřadit nabídku, která obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, která nebyla zákonným způsobem zdůvodněna a jestliže podle § 76 odst. 6 zákona toho uchazeče, jehož nabídka byla hodnotící komisí vyřazena, zadavatel vyloučí z účasti v zadávacím řízení, pak také platí, že nevyřazení nabídky za podmínek uvedených v § 77 odst. 6 zákona a nevyhloučení uchazeče dle § 76 odst. 6 zákona je porušením postupu dle § 112 odst. 1 zákona a dle § 112 odst. 2 písm. b) zákona.
44. Jestliže byly v daném případě hodnoceny dvě nabídky, z nichž nabídka vybraného uchazeče zněla na částku 14 430 Kč/1 km a nabídka žalobce (ve správním řízení navrhovatele, která navíc nenaceňovala vše co měla) zněla na částku 18 370 Kč/1 km, pak se jedná o silnou indicii, která naznačuje, že test mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 77 odst. 1 zákona, je třeba ze strany žalovaného provést. Zohlednit je třeba i fakt, že třetí nabídka, byť nebyla hodnocena, zněla na částku 29 790 Kč/1km i skutečnost, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila v přepočtu 18 950 Kč/1km a zabývat se také tím, že předchozí věcně totožná veřejná zakázka byla realizována za cenu 30 000 Kč/1 km. Žalovaný ponechal bez jakéhokoliv zkoumání fakt, že předpokládaná hodnota nyní posuzované veřejné zakázky byla stanovena ve výši nedosahující ani 2/3 realizační ceny předchozí veřejné zakázky, a že nabídka vybraného uchazeče zněla na částku nedosahující ani poloviny realizační ceny předchozí veřejné zakázky. Žalovaný se nezabýval rovněž tím, že třetí nabídka nyní posuzované veřejné zakázky zněla na částku nedosahující ani poloviny realizační ceny předcházející veřejné zakázky, čímž žalobce argumentoval již v průběhu správního řízení. Není tedy pravdou, že žalobce argumentoval pouze porovnáním nabídkových cen jednotlivých uchazečů.

45. Obstát nemůže ani tvrzení žalovaného, že žalobce neuvedl žádné bližší zdůvodnění své domněnky o mimořádně nízké nabídkové ceně. Již z výše hodnoty týkající se ceny za realizaci předchozí veřejné zakázky (30 000 Kč/1km), pramení pochybnosti ve vztahu ke způsobu, jakým zadavatel stanovoval předpokládanou hodnotu veřejné zakázky (18 950 Kč/1km) a ve vztahu k ceně nabídnuté později vybraným uchazečem.
46. Žalovaný se omezuje pouze na vyvracení argumentu žalobce, že jeho cena by při nacenění všeho, co mělo být naceněno, nemohla být nižší než 25 570 Kč/1km. Žalovaný se tedy omezil pouze na to, na co se dle sebe samého omezovat nemůže (tedy na porovnávání nabídkových cen). Žalovaný však především nevyčerpává celý předmět argumentace žalobce, což soud z pohledu postupu, že mimořádně nízká nabídková cena nebyla hodnotící komisí shledána, považuje za podstatné.
47. Na základě výše uvedeného soud uzavřel, že pokud žalobce argumentoval v tom směru, že nabídka vybraného uchazeče obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu a taková nabídka nebyla vyřazena, ačkoliv vyřazena být měla, pak žalobce tvrdil nezákonnost postupu v rámci zadávacího řízení. Jestliže se pak žalovaný v řízení o přezkumu úkonů zadavatele, kdy byla žalobcem shromážděna řada indicií, zpochybňujících přiměřenost ceny nabízené vybraným uchazečem ke všem argumentům žalobce nevyjádřil, pak řádně nepřezkoumal, zda konkrétní nabídka byla v zadávacím řízení ponechána důvodně, tedy zda byly hodnoceny ty nabídky, které hodnoceny být měly. Z toho soud dovozuje, že rozhodnutí žalovaného v otázce postupu zadavatele v souvislosti s mimořádně nízkou nabídkovou cenou muselo být nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů a byl by dán důvod k jeho zrušení, i kdyby soud nedovodil důvodnost žaloby ve vztahu závěru žalovaného ohledně jasnosti a určitosti vymezení předmětu veřejné zakázky.
48. V závěru soud shrnul, že žalobou napadené rozhodnutí je zrušeno proto, že vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci nespĺňuje požadavky nezbytné přesnosti, srozumitelnosti a jednoznačnosti a je porušením § 44 odst. 1 a § 6 zákona. Žalovaný se v dalším průběhu správního řízení zaměří na důsledky tohoto pochybení zadavatele z pohledu § 118 odst. 1 písm. a) zákona a § 120 odst. 1 písm. b) zákona. Teprve dospěje-li k závěru, že i přesto mohly být nabídky hodnoceny, bude se zabývat zákonností postupu zadavatele při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny podle § 77 zákona.

VI. Kasační stížnost

49. Proti rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 28/2011- 334 ze dne 22. 3. 2012 podal žalovaný (dále též „stěžovatel“) dne 30. 3. 2012 kasační stížnost, kterou doplnil dne 10. 5. 2012. V kasační stížnosti se stěžovatel vyjádřil k vymezení předmětu veřejné zakázky, přičemž porovnal formulaci uvedenou v zadávací dokumentaci s formulací, která je uvedena v technických podmínkách TP 87. Stěžovatel především namítá, že zadání formulující četnost provedených měření únosnosti vozovky není nesrozumitelné a nesouhlasí tedy s názorem soudu. Stěžovatel uvádí, že soud nevzal v potaz, že v daném případě šlo o veřejnou zakázku, jejímž předmětem byla diagnostika vozovek II. a III. třídy ve Zlínském kraji. Soud posuzoval z dokumentu TP 87 pouze část, která se týká i vícepruhových komunikací. Stěžovatel však

namítl, že silnice II. a III. třídy nejsou silnicemi vícepruhovými a danou veřejnou zakázku je tedy třeba vztáhnout na tu část textu, která se týká vícepruhových silnic. Pokud by na případ byly aplikovány relevantní pasáže, pak lze dojít k jednoznačné shodě zadávacích podmínek s technickými podmínkami TP 87. Stěžovatel tedy nesouhlasí s krajským soudem v tom, že pravidlo ze zadávací dokumentace se mohlo jevit nejednoznačně. Skutečnost, že navrhovatel nesprávně vyložil toto pravidlo, jasně stanovené v obou dokumentech, nemůže jít k tíži zadavatele, neboť zadávací dokumentace byla vypracována dostatečně jednoznačně.

50. K otázce mimořádně nízké nabídkové ceny stěžovatel uvedl, že hodnotící komise v hodnocených nabídkách žádnou mimořádně nízkou nabídkovou cenu neshledala, přičemž postup hodnotící komise byl zadavatelem řádně prověřen. Stěžovatel s odvoláním na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 A 9/2002 (dále jen „**NSS**“) posuzoval, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem a provedl posouzení nabídkových cen z pohledu mimořádně nízké nabídkové ceny. Postup uvedený v zákoně dodržen byl, což dokládá zápis z jednání hodnotící komise. Stěžovatel dále uvedl, že skutečnost, že v předchozích letech byla veřejná zakázka realizována za jinou nabídkovou cenu, nemůže Úřad brát jako relevantní pro posouzení, zda současná nabídková cena za stejné práce je z tohoto důvodu mimořádně nízkou nabídkovou cenou, neboť mezi jednotlivými zadáními předmětných veřejných zakázek uplynula dlouhá doba a v mezidobí došlo ke změnám cen materiálů, které odůvodňují snížení nabídkové ceny.
51. V této věci tedy stěžovatel uzavírá, že prověřil, zda zadavatel postupoval v souladu s § 77 zákona, což je patrné z rozhodnutí prvního stupně. Jelikož neshledal postup zadavatele v rozporu se zákonem, nemohl ani konstatovat, že nevyřazení nabídky za podmínek uvedených v § 77 odst. 6 zákona a nevyločení vybraného uchazeče podle § 76 odst. 6 zákona je porušením zákona. Úřad tedy nepostupoval v rozporu s § 112 odst. 1 zákona a § 112 odst. 2 písm. b) zákona a nesouhlasí tedy s názorem, že rozhodnutí stěžovatele je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

VII. Řízení před Nejvyšším správním soudem

52. Rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 42/2012-51 ze dne 17. 10. 2012 soud rozhodl, že kasační stížnost se zamítá. NSS je přitom vázán rozsahem a důvody kasační stížnosti. NSS nejprve posoudil určitost vymezení předmětu veřejné zakázky a poté se zabýval tím, zda krajský soud správně hodnotil postup stěžovatele ve vztahu k přezkoumání mimořádně nízké nabídkové ceny.
53. V otázce určitosti vymezení předmětu veřejné zakázky NSS dospěl v souladu s krajským soudem k závěru, že z kombinace textu zadávací dokumentace a textu, obsaženého v dokumentu TP 87, není podán jasný návod, zda má být provedeno na každý kilometr 40 nebo 20 měření. NSS souhlasí s názorem krajského soudu, že neurčitost zadávací dokumentace není odstraněna ani textem dokumentu TP 87. NSS souhlasí s výtkou stěžovatele, že v dané zakázce jde o silnice II. a III. třídy, které vskutku dle běžné zkušenosti nejsou vícepruhové. I když NSS odhlédne od odkazu na vícepruhové komunikace

v dokumentu TP 87, stále v kontextu obou dokumentů zůstává nejasnost. NSS v odůvodnění rozsudku cituje znění obou dokumentů a uvádí, že krajský soud má pravdu, když tvrdí, že je možný výklad, podle něhož rozestup 50 metrů platí pro každý z jízdnic pruhů, stejně jako výklad směřující k rozestupu 50 metrů jednotlivých měření střídavě v obou pruzích. Z posléze uvedeného výkladu plyne jako legitimní závěr, že postačí na jednom kilometru provést celkem 20 měření v bodech vzdálených střídavě v obou pruzích 50 metrů, v každém pruhu tedy co 100 metrů. Prvně uvedeným výkladem lze naopak dospět k závěru o dvojnásobném počtu měření, neboť se měří střídavě v obou pruzích a vzdálenost mezi měřeními v protilehlých pruzích bude 25 metrů, v každém pruhu pak 50 metrů.

54. NSS zdůraznil, že s ohledem na argumentaci stěžovatele posuzoval pouze text zadávací dokumentace a dokumentu TP 87. Nejednoznačnost textu by jistě mohla být odstraněna existující zvyklostí či ustálenými praktikami v daném oboru. Ničím takovým však stěžovatel neargumentuje a nic takového nevyplývá ani z obsahu spisu. V daném případě nejde o pravidlo mající jednoznačný a jasný význam, tedy i argument krajského soudu, který bere v úvahu i výklad žalobce, je naprosto na místě. Správný je i argument krajského soudu, podle něhož lze na nejednoznačnost takto nastaveného pravidla usuzovat též s ohledem na to, že již v průběhu předchozího zadávacího řízení se jeden dodatečný dotaz týkal právě počtu zatěžovacích zkoušek, tedy zda 20 či 40 měřících bodů na 1 km.
55. NSS tedy souhlasí názorem krajského soudu, že proti sobě stojí dva možné výklady klíčové podmínky zadávací dokumentace a oba z nich je možno připustit. V zadávací dokumentaci je tedy třeba vidět nejasnost, která způsobuje, že dokumentace nevyhovuje podmínkám § 44 odst. 1 zákona. Kasační námitka je tedy v tomto bodě nedůvodná.
56. V dalším se NSS zaměřil na přezkoumání tvrzené mimořádně nízké nabídkové ceny. K tomu NSS uvedl, že zákon výslovně nestanoví proceduru, kterou hodnotící komise zjišťuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu. NSS dal za pravdu stěžovateli, že odůvodnění krajského soudu není v této věci příliš přehledné. Přesto však je dle NSS přezkoumatelné. Na věc nedopadají rozsáhlé pasáže o tom, jak bude hodnotící komise postupovat, pokud dospěje k závěru o existenci mimořádně nízké nabídkové ceny. K takovému závěru hodnotící komise v daném případě nedospěla, respektive dospěla k závěru přesně opačnému. Krajský soud dospěl v daném případě k závěru, podle něhož rozhodnutí zadavatele ani hodnotící komise nestojí mimo přezkum stěžovatele a s tímto závěrem se NSS ztotožnil. Již Vrchní soud v Olomouci ve svém rozsudku č. j. 2 A 9/2000-48 odmítl názor, podle něhož je výlučně na posouzení a rozhodnutí zadavatele, zda bude nabídkovou cenu považovat za mimořádně nízkou, neboť stěžovatel je zmocněn přezkoumat veškeré úkony zadavatele.
57. NSS tedy přistoupil k posouzení otázky, zda rozhodnutí stěžovatele a jeho předsedy učiněná v tomto případě byla přezkoumatelná. Předseda stěžovatele ve svém rozhodnutí vymezil interpretaci neurčitěho právního pojmu mimořádně nízká nabídková cena a správně odmítl jako primární kritérium porovnání s nabídkovými cenami jednotlivých uchazečů. To by bylo v rozporu s dikcí § 77 odst. 1 zákona. Ceny jiných uchazečů se mohou uplatnit pouze podpůrně a slouží jako určité vodítko. Dále si předseda stěžovatele povšiml, že nabídková cena vybraného uchazeče je oproti předpokládané ceně stanovené zadavatelem nižší cca

o 24 %. V absolutní výši je nabídková cena vybraného uchazeče nižší o 678 000 Kč než činí zadavatelem stanovená předpokládaná hodnota veřejné zakázky. Stěžovatel neakceptoval názor žalobce, podle něhož není možné veřejnou zakázku za jednotkovou cenu 14 430 Kč/km bez DPH, nabídnutou vybraným uchazečem objektivně realizovat. Žalobce neuvedl žádné bližší odůvodnění této domněnky, a není proto zřejmé, na základě čeho k tomuto závěru dospěl. Stěžovatel v této souvislosti detailně vysvětlil, jaké faktory zvyšují nabídkovou cenu žalobce. To mělo zcela zásadní vliv na výši kalkulace ceny předložené žalobcem a do značné míry rovněž vysvětluje i vysokou odchylku mezi kalkulacemi obou uchazečů. Konečně stěžovatel zdůraznil, že vybraný uchazeč disponuje řádově mnohem vyšším počtem referenčních zakázek než žalobce.

58. V návaznosti na toto zdůvodnění stěžovatele NSS zdůrazňuje, že nelze souhlasit s krajským soudem, že ve srovnání s vybraným uchazečem odlišná, podstatně vyšší nabídková cena žalobce, měla být pro stěžovatele silnou indicií naznačující, že test mimořádně nízké nabídkové ceny, ve smyslu § 77 odst. 1 zákona, je třeba provést. Stěžovatel srozumitelně vysvětlil, proč samotná tato skutečnost nemá pro věc význam. Všechny argumenty, které stěžovatel použil, dávají rozumný význam a není na krajském soudu, aby je svou vlastní argumentací přehodnotil.
59. Krajskému soudu je naopak nutno dát za pravdu, že stěžovatel ani jeho předseda se v žádném ze svých rozhodnutí nevypořádali s námitkou žalobce, podle níž mimořádně nízkou nabídkovou cenu prokazuje cena za realizaci předchozí veřejné zakázky (30 000 Kč/km). Stěžovatel se k této otázce poprvé vyjádřil až v kasační stížnosti a NSS proto tyto argumenty nemohl vzít v potaz.
60. NSS se tedy ztotožňuje s krajským soudem v tom, že se stěžovatel ke všem argumentům žalobce nevyjádřil. Pak je zřejmé, že jeho argumentaci řádně nepřezkoumal. Rozhodnutí stěžovatele je tedy ve vztahu k žalobcem namítané mimořádně nízké nabídkové ceně nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů. I druhá kasační námitka je tedy z těchto důvodů nedůvodná. NSS tedy některé dílčí nesprávnosti rozsudku krajského soudu korigoval svým rozsudkem. Stěžovatel proto bude ve svém dalším rozhodování vázán rozsudkem krajského soudu tak, jak byl tento rozsudek korigován právním názorem NSS.

VIII. Stanovisko předsedy Úřadu

61. Po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k právním závěrům krajského soudu a NSS jsem dospěl k následujícím závěrům.
62. Úřad v napadeném rozhodnutí č. j. ÚOHS-S179/2010/VZ-11953/510/MOn ze dne 10. 9. 2010 nepostupoval v souladu se zákonem, pokud tímto rozhodnutím rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele podle § 118 odst. 4 zákona. V průběhu tohoto rozhodnutí totiž nebyly řádně vypořádány námitky, které budou specifikovány níže. Z uvedených důvodů jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a věc jsem vrátil Úřadu k novému

projednání. V dalším řízení se Úřad bude řídit právními závěry učiněnými v rozsudku Krajského soud v Brně č. j. 62 Af 28/2011-334 ze dne 22. 3. 2012, právními závěry vyslovenými v rozsudku NSS č. j. 1 Afs 42/2012-51 ze dne 17. 10. 2012 a tímto rozhodnutím.

K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

63. V uvedeném případě je pro další průběh řízení před Úřadem určující právní závěr učiněný krajským soudem, který byl korigován právním názorem NSS. Z uvedených závěrů je zřejmé, že ke zrušení napadeného rozhodnutí Úřadu došlo proto, že vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci nesplňuje požadavky nezbytné přesnosti, srozumitelnosti a jednoznačnosti, a je proto porušením § 44 odst. 1 a § 6 zákona. Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že je zjevné, že v zadávací dokumentaci a v dokumentu TP 87 jde o formulaci téže podmínky, týkající se počtu diagnostických měření na 1 km, která je jednoznačná a srozumitelná. Krajský soud naproti tomu uvedl, že se s tímto názorem Úřadu neztotožňuje, neboť text zadávací dokumentace na straně jedné a dokumentu TP 87 na straně druhé obsahuje zcela odlišnou dikci. Vymezení předmětu veřejné zakázky zadavatelem v zadávací dokumentaci tedy nebylo přesné a bylo tak v rozporu s výše citovanými ustanoveními zákona. Ze strany Úřadu a jeho předsedy došlo k nesprávnému výkladu uvedených ustanovení zákona ve vztahu ke zjištěnému skutkovému stavu věci. Právní názor vyslovený krajským soudem, byl potvrzen i rozsudkem NSS. Vzhledem k tomu, že v rozporu se závěry soudů je i napadené rozhodnutí Úřadu, rozhodl jsem o jeho zrušení a vrácení věci Úřadu k novému projednání. Úřad tedy bude při novém posouzení věci vycházet z názoru krajského soudu, že zadávací dokumentace byla vypracována nejednoznačně a je připuštěn dvojí výklad. Úřad nechť se zabývá tím, zda za těchto okolností byly obdržené nabídky porovnatelné.
64. Na základě těchto závěrů krajského soudu i NSS se Úřad bude v dalším řízení zabývat tím, zda a jaké důsledky mělo pochybení zadavatele při vymezení předmětu veřejné zakázky na výběr nejvhodnější nabídky. Úřad nechť zejména přezkoumá, jak se pochybení zadavatele projevilo ve vztahu k hodnocení nabídek ostatních uchazečů. Pokud Úřad dojde k názoru, že nabídky mohly být i za tohoto stavu hodnoceny, bude se Úřad dále zabývat zákonností postupu zadavatele při posouzení otázky mimořádně nízké nabídkové ceny podle § 77 zákona.
65. V otázce posouzení nabídkové ceny, bude Úřad vázán zejména právním názorem NSS, který korigoval rozsudek krajského soudu. Úřad tedy bude vycházet z toho, že se dosud nevyjádřil ke všem argumentům, uplatněným žalobcem. Úřad se proto v otázce mimořádně nízké nabídkové ceny zaměří na výši ceny za realizaci předchozí obdobné veřejné zakázky (30 000 Kč). Ve vztahu k její výši a podmínkám, za nichž byla stanovena, bude třeba odvodit, zda nabídková cena v nyní projednávaném případě nepředstavuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu.

IX. Závěr

66. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí Úřadu jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Ředitelství silnic Zlínského kraje, příspěvková organizace, K Majáku 5001, 761 23 Zlín
2. JUDr. Oldřich Beneš, advokát se sídlem Mojmírovců 41, 709 00 Ostrava –Mariánské Hory
3. IMOS Brno, a. s., Olomoucká 174, 627 00 Brno

Vypraveno dne

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