



UOHSX0052XZD

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R92/2013/VZ-9198/2013/310/PMo

Brno 20. května 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 2. 4. 2013 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- společností **IMOS BRNO, a. s.**, IČ 25322257, se sídlem Olomoucká 174, 627 00 Brno,
- společností **SDS EXMOST spol. s r. o.**, IČ 4945401, se sídlem Údolní 413/66, 602 00 Brno, a
- společností **Hentschke Bau GmbH**, HRB 6535, se sídlem Zepplinstrasse 15, Bautzen 02625, Spolková republika Německo,

které dne 9. 1. 2012 uzavřely smlouvu o sdružení za účelem podání společné nabídky, zastoupené v řízení před správním orgánem na základě plné moci ze dne 11. 2. 2013 prof. JUDr. Miroslavem Bělinou, CSc., advokátem vykonávajícím advokacii ve sdružení Advokátní kanceláře Bělina & Partners, se sídlem Karla Engliše 3201/6, 150 00 Praha 5,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S680/2012/VZ-4860/2013/514/MDI ze dne 18. 3. 2013, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace**, IČ 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4,

učiněných ve veřejné zakázce „**I/19 Žďákov, most ev. č. 19-028**“, zadávané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 6. 12. 2011 pod ev. č. 7000000002468 a v Úředním Evropské unie dne 17. 12. 2011 pod ev. č. 2011/S 243-393850,

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-S680/2012/VZ-4860/2013/514/MDI ze dne 18. 3. 2013

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. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 2. 4. 2013 návrh navrhovatele - společnosti IMOS BRNO, a. s., IČ 25322257, se sídlem Olomoucká 174, 627 00 Brno, společnosti SDS EXMOST spol. s r. o., IČ 4945401, se sídlem Údolní 413/66, 602 00 Brno, a společnosti Hentschke Bau GmbH, HRB 6535, se sídlem Zepplinstrasse 15, Bautzen 02625, Spolková republika Německo, které dne 9. 1. 2012 uzavřely smlouvu o sdružení za účelem podání společné nabídky, zastoupené v řízení před správním orgánem na základě plné moci ze dne 11. 2. 2013 prof. JUDr. Miroslavem Bělinou, CSc., advokátem vykonávajícím advokacii ve sdružení Advokátní kanceláře Bělina & Partners, se sídlem Karla Engliša 3201/6, 150 00 Praha 5 (dále jen „**navrhovatel**“), na zahájení řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, IČ 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 (dále jen „**zadavatel**“), učiněných ve veřejné zakázce „I/19 Žďákov, most ev. č. 19-028“, zadávané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 6. 12. 2011 pod ev. č. 7000000002468 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 12. 2011 pod ev. č. 2011/S 243-393850 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Z oznámení užšího řízení, evidenční číslo 7000000002468, ze dne 6. 12. 2011 vyplývá, že předpokládaná hodnota předmětné veřejné zakázky činí 321 688 971,- bez DPH.
3. Ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel 11 nabídek, včetně nabídky navrhovatele. Dne 18. 5. 2012 vyzval zadavatel navrhovatele, aby podal vysvětlení, z jakého důvodu v jeho nabídce není oceněna položka č. 5 026200a. Navrhovatel doručil zadavateli své stanovisko dne 23. 5. 2012. Zadavatel dne 6. 8. 2012 rozhodl o vyloučení navrhovatele podle § 76 odst. 1 zákona, z důvodu nesplnění požadavků zadavatele, neboť nabídka obsahuje neoceněnou

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.

položku a dále z důvodu nesplnění požadavku zadavatele vztahujícímu se k obalovně. Zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele dne 5. 10. 2012 a uvedené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno 10. 10. 2012. Navrhovatel podal dne 22. 10. 2012 námitky směřující proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení a postupu hodnotící komise při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče COLAS CZ, a. s., IČ 26177005, se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha 9 (dále jen „**COLAS CZ**“). Zadavatel dne 2. 11. 2012 rozhodl o nevyhovění námitkám, neboť nabídka navrhovatele nesplňovala požadavky zadavatele v souladu se zadávací dokumentací.

4. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 14. 11. 2012 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
5. Navrhovatel ve svém návrhu tvrdí, že zadavatel při jeho vyloučení postupoval v rozporu s § 76 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 zákona, neboť postupoval způsobem odporujícím základním zásadám zadávacího řízení. Současně navrhovatel zastává názor, že zadavatel porušil § 77 odst. 1 a 2 zákona v návaznosti na § 6 zákona, neboť nevyvodil zákonem předvídané závěry při zjištění skutečnosti, že nabídka uchazeče COLAS CZ obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu.
6. Úřad oznámil zahájení správního řízení jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S680/2012/VZ-22378/2012/514/MDI ze dne 28. 11. 2012. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S680/2012/VZ-22381/2012/514/MDI ze dne 28. 11. 2012 stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.
7. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S680/2012/VZ-23644/2012/514/MDI ze dne 11. 12. 2012 rozhodl o zamítnutí návrhu na vydání předběžného opatření podle § 117 odst. 1 písm. b) spočívající v pozastavení zadávacího řízení.

II. Napadené rozhodnutí

8. Úřad posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů vydal Úřad dne 18. 3. 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S680/2012/VZ-4860/2013/514/MDI (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl, že se návrh navrhovatele podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle ustanovení § 118 odst. 1 nebo odst. 2 zákona. Ve výroku II. Úřad rozhodl, že se návrh navrhovatele podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona, v části týkající postupu zadavatele při hodnocení nabídky uchazeče COLAS CZ zamítá, neboť návrh v této části nebyl podán oprávněnou osobou.
9. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad odkázal na relevantní ustanovení zákona týkající se zejména zadávací dokumentace a mimořádně nízké nabídkové ceny a uvedl zjištění vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce. Úřad uvedl, že ze zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel výslovně stanovil v zadávací dokumentaci v bodu 16. 2. 1. povinnost ocenit všechny položky soupisu prací (výkazu výměr) poskytnutého v dílu 5 zadávací dokumentace jejich celkovými cenami bez DPH a současně zadavatel v bodu 20. 4. zadávací dokumentace výslovně uvedl, že nabídka bude vyřazena a uchazeč vyloučen z účasti v zadávacím řízení, bude-li provedena jakákoliv změna, doplnění nebo vypuštění oproti

smluvním podmínkám, resp. zadávací dokumentaci, které nebyly zadavatelem výslovně povoleny. Nabídka též může být vyřazena a uchazeč vyloučen z účasti v zadávacím řízení, budou-li dokumenty nabídky neúplné nebo nesprávně vyplněné. Úřad rovněž dodal, že zadavatel dodatkem č. 3 ze dne 27. 3. 2012 doplnil do soupisu prací (výkazu výměr) položku č. 5 026200a.

10. Úřad k argumentům navrhovatele konstatoval, že ačkoliv předložil tvrzení i včetně znaleckých posudků či vyjádření, ze kterých vyplývá, že obsahově jsou činnosti uvedené v položce č. 5 026200a srovnatelné s činnostmi obsaženými v jiných položkách (položkách 74 – 80 soupisu prací) a lze je tedy ocenit i v rámci těchto položek, v daném případě nejde o technické posouzení toho, zda lze či nelze podřadit a ocenit činnosti obsažené v položce č. 5 026200a pod jiné položky, které se vztahují k protikorozní ochraně. V daném případě jde především o právní posouzení věci, nikoliv o to, zda jsou si určité činnosti více či méně podobné a mohou být oceněny v té či oné položce. V daném případě je dle Úřadu zásadním, aby byl dodržen v rámci zadávacího řízení postup, který bude plně respektovat zásady nediskriminace a transparentnosti.
11. Úřad podotkl, že je právem zadavatele, aby si určil jakým způsobem, a jaké činnosti mají být uchazeči o veřejnou zakázku oceněny. V návaznosti na Úřad uvedl, že je tedy povinností uchazeče tento požadavek (ocenění předmětné položky) zadavatele akceptovat a předložit takovou nabídku, která splňuje požadavky zadavatele. Úřad rovněž poukázal na skutečnost, že ze všech 11 obdržených nabídek pouze navrhovatel tuto položku neocenil.
12. Úřad má v napadeném rozhodnutí za prokázané, že zadavatel zcela jednoznačně vytyčil požadavky, jakým způsobem má být nabídka zpracována, k tomu se vážou i požadavky stanovené v bodech 16. 2. 1. a 20. 4. zadávací dokumentace. Seznam položek prací, které mají být oceněny, byl taktéž řádně doručen všem uchazečům o předmětnou veřejnou zakázku.
13. Úřad dospěl k závěru, že není právem uchazeče o veřejnou zakázku, aby si jakkoliv svévolně upravoval zadávací podmínky a následně trval na tom, aby je zadavatel akceptoval. V rámci šetřené veřejné zakázky navrhovatel zcela ignoroval zadavatelem určenou položku, přičemž všechny položky soupisu prací požadoval zadavatel ocenit. Uchazeči byli zároveň informováni, že jejich nabídka bude vyřazena z dalšího posuzování a následně uchazeč vyloučen z účasti v zadávacím řízení, pokud v nabídce nebudou oceněny všechny položky soupisu prací.
14. K postupu zadavatele při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče COLAS CZ Úřad uvedl následující. Z ustanovení § 110 odst. 7 zákona vyplývá, že námitky se podávají písemně. V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námitkách podle odstavců 2, 3 a 5 zákona musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Jde-li o námitky podle odstavce 2 zákona, musí stěžovatel v námitkách uvést též skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce zadavatel odmítne a bezodkladně písemně uvědomí o této skutečnosti stěžovateli. Podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Vzhledem k tomu, že z obsahu námitek

nelze určit rozhodnou skutečnost pro stanovení okamžiku, kdy se navrhovatel o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl, není tedy objektivně možné určit, zda navrhovatel dodržel zákonem stanovenou lhůtu pro podání námitek v této části či nikoliv. Dále nebylo navrhovatelem v námitkách uvedeno, jaká újma mu v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla, což je jeden z dalších zákonem výslovně stanovených požadavků.

III. Námitky rozkladu

15. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 2. 4. 2013 rozklad navrhovatele. Navrhovatel v rozkladu uvádí, že závěry v napadeném rozhodnutí jsou nesprávné nebo postrádají jakékoli odůvodnění a jsou tudíž nepřezkoumatelné.
16. Za prvé, v bodu III. rozkladu navrhovatel nesouhlasí se závěrem Úřadu, ve kterém dospěl k tomu, že v daném případě nejde o technické posouzení toho, zda lze či nelze podřadit a ocenit činnosti obsažené v položce č. 5 pod jiné položky, které se vztahují k protikorozní ochraně ocelových konstrukcí ochrannými nátěrovými systémy. Rovněž nesouhlasí se závěrem Úřadu, že otázka přípravy ocenění stavebních prací v nabídce není otázkou technickou, ale otázkou administrativní či formálně právní, a tvrdí, že tento svůj závěr Úřad nijak neodůvodnil.
17. Dále navrhovatel namítá, že napadené rozhodnutí zcela pomíjí, že oceňování stavebních prací je činností komplexní, ovládanou množstvím technických norem a znalostí, které je nutné zohlednit, jelikož soupis prací s výkazem výměr není vyčerpávajícím podkladem pro ocenění a dále odkazuje na další normy (TKP-19B a OTSKP-SPK, ČSN EN 12944-7), které jsou vždy určující pro předložení kompletní a profesionální nabídky. Rovněž navrhovatel tvrdí, že postup zadavatele byl v rozporu s metodikou softwaru Aspe.
18. Podle navrhovatele zadavatel jeho postupem zatížil zadávací podmínky vadou, která je činí vnitřně rozpornými a připouští jejich rozdílný výklad. Navrhovatel tedy zvolil výklad zadávacích podmínek směřující k hospodárnějšímu využití prostředků určených na realizaci veřejné zakázky, čímž postupoval v souladu s účelem zákona. Navrhovatel je toho názoru, že naopak zadavatel v rozhodnutí o námitkách a Úřad v napadeném rozhodnutí zcela ignorují věcné nedostatky zadávacích podmínek a obhajují formalistický výklad za cenu duplicitního vynakládání veřejných prostředků.
19. Za druhé, navrhovatel uvádí, že nerozporuje čl. 16. 2. 1. a 20. 4. zadávací dokumentace, a má tyto články za srozumitelné, avšak poukazuje na jejich vnitřní rozpornost. Podle navrhovatele zadávací dokumentace je vnitřně rozporná z důvodu protichůdnosti jednotlivých zadávatelových požadavků, vyplývajících z vymezení předmětu veřejné zakázky na straně jedné a seznamu položek k ocenění v soupisu prací na straně druhé, v této souvislosti navrhovatel uvádí, že v návrhu odkazoval na rozhodnutí předsedy Úřadu ÚOHS-R100,104/2011/VZ-911/2012/310/JRa ze dne 18. 1. 2012. K tomu zdůrazňuje, že i kdyby byly zmiňované dva články zadávací dokumentace sebejasnější, nejasnost by vždy vyplynula ze skutečnosti, že těžko mohlo být kdy požadavkem zadavatele, aby v rámci předmětu veřejné zakázky byla jedna práce uchazeči oceněna a později vítězem účtována dvakrát.

20. K závěru Úřadu, že je právem zadavatele, aby si určil jakým způsobem, a jaké činnosti mají být uchazeči o veřejnou zakázku oceněny, uvádí, že tento přístup musí mít určité meze a má dle navrhovatele platit za předpokladu, že požadavky zadavatele, který odpovídá za správnost a úplnost zadávací dokumentace, jsou natolik jasné a srozumitelné, aby nepřipouštěly rozdílný výklad, což dle navrhovatele v daném případě nebylo splněno.
21. Za třetí, navrhovatel nesouhlasí se závěrem Úřadu, že nelze prokázat, že navrhovatel opravdu v době zpracování nabídky počítal s pracemi obsaženými v položce č. 5 a že jsou oceněny v rámci položek soupisu prací č. 74 – 80, a má za to, že Úřad se ohledně této otázky dopustil dvou nesprávností.
22. Dle navrhovatele položka č. 5 neobsahuje žádné práce, tato položka je stejně jako ostatní položky soupisu prací pouze prostředek pro uvedení ceny stavebních prací obsažených v technických podmínkách a dokumentaci stavby. Pro posouzení úplnosti nabídky navrhovatele z hlediska ocenění předmětu veřejné zakázky je podstatné to, zda navrhovatel ocenil všechny stavební práce obsažené v technických podmínkách ve znění doplněném dodatkem, které navrhovatel řádně ocenil v položkách soupisu prací č. 74 – 80. Jelikož se však jedná o kumulované položky, cena je zde uvedena společně s cenou dalších stavebních prací, které měli být v souladu s OTSKP-SPK oceňovány v rámci těchto položek.
23. Navrhovatel tvrdí, že práce uvedené v dodatku jsou ty samé, které měly být v souladu s požadavky zadavatele vyplývajícími z technických podmínek oceněny v položkách soupisu prací 74 – 80 a které v těchto položkách navrhovatel řádně ocenil a tato skutečnost nebyla nikým zpochybněna. Navrhovatel poukazuje na skutečnost, že nebylo zpochybněno, že by neocenil všechny stavební práce, které do těchto položek spadají.
24. V bodu IV. navrhovatel namítá nesprávnost druhého výroku napadeného rozhodnutí. Navrhovatel tvrdí, že postup Úřadu je zmatečný, nepřezkoumatelný a ve svém důsledku nesprávný.
25. Dle navrhovatele Úřad nikde nevedl, zda vůbec a proč dospěl k závěru, že část námitek navrhovatele je třeba posoudit jako námitky ve smyslu ustanovení § 110 odst. 2 zákona, a ani nezduvodnil, v jaké části a především proč nesplňovaly uvedené námitky zákonné náležitosti a proč tedy návrh nebyl podán oprávněnou osobou.
26. Navrhovatel se neztotožňuje s názorem, že by se mělo jednat o námitky ve smyslu § 110 odst. 2 zákona, neboť navrhovatel se námitkami nedomáhá vyloučení uchazeče COLAS CZ ze zadávacího řízení či jiného postupu zadavatele vůči tomuto uchazeči. Posuzovat část námitek, která se týká navrhovatelem vytčeného nezákonného postupu při objasňování nabídek jednotlivých uchazečů v jiném režimu a odpírat tak této části námitek i návrhu meritorní posouzení, je podle navrhovatele v rozporu se zásadou materiální pravdy (§ 3, § 50 a § 141 odst. 4 správního řádu).
27. Navrhovatel dále poukazuje na nesrovnalost v nabídce uchazeče COLAS CZ s prohlášením tohoto uchazeče obsaženým také v odpovědi ze dne 23. 5. 2012, podle kterého uchazeč COLAS CZ nezjistil ve své nabídce žádné položky, které by měly za následek změnu nabídkové ceny během stavby.
28. Navrhovatel se neztotožňuje s rozhodnutím hodnotící komise, a to konkrétně jak mohla vzít za uspokojivé vysvětlení podané nabídky a bez jakýchkoliv výhrad či zdůvodnění o této

nabídce prohlásit, že vyhověla všem vyhlášeným podmínkám, požadavkům a kritériím zadavatele a že neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu.

Závěr rozkladu

29. Navrhovatel s ohledem na výše uvedené skutečnosti navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že se návrhu vyhovuje, nebo aby napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

30. 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 správnímu orgánu rozhodujícím o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

31. 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.
32. Úřad tím, že svým rozhodnutím, č. j. ÚOHS-S680/2012/VZ-4860/2013/514/MDI ze dne 18. 3. 2013, návrh zamítl, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

33. Nelze se ztotožnit s konstatováním navrhovatele, dle něhož Úřad napadené rozhodnutí postavil na třech závěrech, které jsou dle něj nesprávné. Je nezbytné poukázat na obsah rozkladu navrhovatele, z něhož je zřejmé, že nyní brojí zejména proti zadávací dokumentaci, resp. zadávacím podmínkám předmětné veřejné zakázky. V této souvislosti zdůrazňuji následující. K tomu, aby Úřad přezkoumával zadávací podmínky dané veřejné zakázky, nebyly splněny zákonné předpoklady. Prvostupňový orgán tedy nebyl oprávněn přezkoumávat zadávací podmínky jako takové, nýbrž postup zadavatele, který vedl k vyloučení navrhovatele z předmětného zadávacího řízení. Úřad tedy nebyl oprávněn posuzovat, zda zadavatel dodatkem č. 3, kterým byla do soupisu prací vložena položka č. 5, zatížil zadávací podmínky vadou nejednoznačnosti a vnitřní rozpornosti, jak tvrdí navrhovatel v rozkladu. Navrhovatel totiž nepodal námitky proti zadávacím podmínkám ve smyslu ustanovení § 110 odst. 3 zákona, ačkoliv byl oprávněn v tomto směru námitky podat, a těmi brojit proti technickým požadavkům zadavatele, případně proti nejednoznačnosti zadávacích podmínek. Skutečnost, zda zadávací podmínky byly nastaveny správně či nikoliv, tedy nebyly a nemohly být předmětem přezkumu v rámci prvostupňového správního řízení. Úřad proto v daném případě postupoval zcela správně a v souladu se zákonem, když se v rámci prvostupňového řízení zabýval rozhodnými skutečnostmi po podání nabídek a v důsledku toho tedy zejména přezkoumával postup zadavatele při vyloučení nabídky navrhovatele.

Jak již bylo výše konstatováno, námitky a návrh byly podány navrhovatelem proti postupu zadavatele při vyloučení navrhovatele z předmětného zadávacího řízení (ve smyslu ustanovení § 110 odst. 4 zákona), a nikoliv proti zadávacím podmínkám podle ustanovení § 110 odst. 3 zákona. K tomu doplňuji, že nabídka navrhovatele byla vyloučena z toho důvodu, že neobsahovala v soupisu prací zadavatelem stanovenou položku č. 5, ačkoliv zadavatel výslovně v zadávací dokumentaci stanovil podmínku ocenění všech položek soupisu prací a současně byli uchazeči o předmětnou veřejnou zakázku srozuměni s tím, že v případě neocenění všech položek bude nabídka uchazeče vyloučena z předmětného zadávacího řízení.

34. Ztotožnit se nelze ani s tvrzením navrhovatele, dle kterého činnosti obsažené v rámci položky č. 5 ocenil v rámci položek 74 – 80 soupisu prací. Tato skutečnost nijak nevyplývá z obsahu samotné nabídky. V důsledku toho, že veškerá argumentace (vznesená navrhovatelem) vztahující se ke svévolnému postupu navrhovatele, kdy zadavatelem určenou položku v rámci své nabídky neuvedl, byla navrhovatelem vyřčena až po podání nabídky, nelze prokázat, že navrhovatel opravdu počítal s činnostmi obsaženými v položce č. 5 v rámci položek 74 – 80 soupisu prací. Prvostupňový orgán tedy v bodě 96. odůvodnění napadeného rozhodnutí správně konstatoval, že navrhovatelem nebyly dodrženy explicitně stanovené požadavky zadavatele. Mám za to, že navrhovateli nic nebránilo v tom, aby tyto činnosti ocenil samostatně v rámci zadavatelem určené položky. Nelze prokázat, že navrhovatel skutečně činnosti uvedené pod položkou č. 5 026200a ocenil v jiných položkách. Nadto je v tomto kontextu zřejmé, že předmětné pochybení navrhovatele nemůže zhojit ani ta skutečnost, že navrhovatel v rámci nabídky nabízí větší množství kontrolních ploch, než požaduje zadavatel. Doplnuji, že navrhovatel byl povinen beze zbytku respektovat zadávací podmínky stanovené zadavatelem, případně proti nim brojit námitkami. V daném případě se však navrhovatel dobrovolně vystavil možnosti vyloučení ze zadávacího řízení – ať úmyslným či neúmyslným nerespektováním požadavků zadavatele, které nemůže zhojit ani jeho následná argumentace o zařazení neoceněné položky do položky jiné. K tomu je třeba uzavřít, že Úřad se v rámci tohoto případu z výše uvedených důvodů nezabýval (a ani nemohl zabývat) faktickým posuzováním toho, zda by mohly být činnosti uvedené pod položkou č. 5 026200a podřazeny pod jinou položku. Mám tedy za to, že hodnotící komise zvolila zcela zákonný postup (ve smyslu ustanovení § 76 odst. 1 zákona), když vyřadila nabídku navrhovatele ze zadávacího řízení, což vedlo k jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení. V rámci dané veřejné zakázky proto byly dodrženy základní zásady zadávacího řízení zakotvené v ustanovení § 6 zákona, a to zejména zásada transparentnosti a nediskriminace.
35. K výše uvedenému shrnuji, že ze zadávacích podmínek (ve znění dodatku č. 3 ze dne 27. 3. 2012) vyplývá, že zadavatel požadoval samostatné ocenění příslušných položek s tím, že všichni uchazeči předmětný dodatek prokazatelně obdrželi. Všichni uchazeči vyjma navrhovatele pak tento dodatek zapracovali do svých nabídek. Navrhovatel v důsledku svého postupu (kdy předmětný dodatek nerespektoval) nepostupoval v souladu se zadávacími podmínkami stanovenými zadavatelem. V této souvislosti je zřejmé, že v případě ponechání nabídky navrhovatele v zadávacím řízení by hodnotící komise (resp. zadavatel) postupovala v rozporu se zákonem i z toho důvodu, že by došlo k hodnocení (vzájemně) neporovnatelných nabídek. Mám tedy (ve shodě s prvostupňovým orgánem) za to, že zadavatel výslovně stanovil v bodě 16. 2. 1. zadávací dokumentace povinnost ocenit všechny položky soupisu prací (výkazu výměr) poskytnutého v dílu 5 zadávací dokumentace

jejich celkovými cenami bez DPH a současně v bodě 20. 4. zadávací dokumentace výslovně uvedl, že nabídka bude vyřazena a uchazeč vyloučen z účasti v zadávacím řízení, bude-li provedena jakákoliv změna, doplnění nebo vypuštění oproti smluvním podmínkám, resp. zadávací dokumentaci, které nebyly zadavatelem výslovně povoleny (s tím, že nabídka též může být vyřazena a uchazeč vyloučen z účasti v zadávacím řízení, budou-li dokumenty nabídky neúplné nebo nesprávně vyplněné). Jak jednoznačně vyplývá z bodu 4. (resp. z bodu 72.) odůvodnění napadeného rozhodnutí, zadavatel dodatkem č. 3 ze dne 27. 3. 2012 doplnil do soupisu prací (výkazu výměr) položku č. 5 026200a. Na základě předložené dokumentace mám (stejně jako prvostupňový orgán) za prokázané, že navrhovatel byl s touto skutečností řádně seznámen. Nemohu proto akceptovat tvrzení navrhovatele, dle kterého bylo ocenění této položky v rámci jiných položek, které jsou zadavatelem uvedeny v soupisu prací a vztahují se k protikorozi ochraně, oprávněné.

36. K otázce možnosti rozdílného výkladu zadávací dokumentace je pak třeba uvést, že v dané veřejné zakázce se nejednalo o možný rozdílný výklad zadávací dokumentace. Jak již bylo výše konstatováno, zadavatelem stanovené požadavky byly jednoznačně dány (viz bod 16. 2. 1. a 20. 4. zadávací dokumentace v návaznosti na požadavek stanovený v dodatku č. 3 k zadávací dokumentaci). Rovněž je nezpochybnitelné, že ani navrhovatel nerozporoval to, že by s těmito požadavky zadavatele nebyl srozuměn či jim neporozuměl. Navrhovatel i v rozkladu setrvává na svém závěru, že činnosti uvedené pod položkou č. 5 026200a ocenil v rámci kumulovaných položek 74 – 80 soupisu prací a s ohledem na TKP 19 B a ČSN EN ISO12944-7 byl oprávněn takto postupovat. Jak Úřad uvedl v bodě 90. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v daném případě nejde o technické posouzení toho, zda lze či nelze podřadit a ocenit činnosti obsažené v položce č. 5 026200a pod jiné položky, které se vztahují k protikorozi ochraně – třebaže navrhovatel v rámci prvostupňového řízení předložil tvrzení i včetně znaleckých posudků či vyjádření, ze kterých vyplývá, že obsahově jsou činnosti uvedené v položce č. 5 026200a srovnatelné s činnostmi obsaženými v jiných položkách (položkách 74 – 80 soupisu prací) a lze je tedy ocenit i v rámci těchto položek. V daném případě se totiž jedná zejména o právní posouzení věci, a nikoliv o to, zda určité činnosti vykazují větší či menší podobnost a mohou tak být oceněny v té či oné položce. Klíčovým předpokladem je v tomto případě dodržení postupu v daném zadávacím řízení, který bude plně respektovat zásady nediskriminace a transparentnosti. K tomu uzavírám, že zadavatel v rámci této veřejné zakázky dospěl k závěru, že činnosti, které jsou obsaženy v položce č. 5 026200a vyžadují samostatné ocenění a nelze je směřovat s jinými položkami. Je proto neoddiskutovatelnou povinností uchazeče tento požadavek zadavatele akceptovat a předložit takovou nabídku, která splňuje požadavky zadavatele. Pokud měl navrhovatel za to, že tento postup zadavatele je neoprávněný či nedůvodný (např. z důvodu, že požadavek zadavatele obsažený v dodatku č. 3 je v rozporu se zákonem), měl právo brojit proti tomuto požadavku zadavatele námitkami, což neučinil, s tím, že zadavatele ani předem neupozornil, že činnosti obsažené v položce č. 5 026200a budou oceněny v rámci jiných položek soupisu prací.
37. Ztotožnit se nelze ani s další námitkou navrhovatele, v rámci které konstatuje, že Úřad nesprávně vyložil jeho argumentaci, a v rámci které označil práce zadavatelem uvedené pod položkou č. 5 za jiné (nové), než ty, které jsou obsaženy v položkách 74 – 80 soupisu prací. Tato argumentace navrhovatele vztahující se k totožnosti prací obsažených v položkách 74 – 80 a položky č. 5 soupisu prací opět ve své podstatě směřuje proti zadávací dokumentaci,

resp. zadávacím podmínkám dané veřejné zakázky. I za situace, kdy by se Úřad ztotožnil s argumentací navrhovatele, že práce obsažené v položce č. 5 jsou totožné s pracemi obsaženými v č. 74 – 80 soupisu prací, nelze akceptovat svévolný postup navrhovatele, v rámci kterého tuto položku (zcela a bez jakékoliv zmínky) v nabídce ignoroval. V tomto kontextu opakovaně zdůrazňuji, že položka č. 5 byla ostatními uchazeči na rozdíl od navrhovatele řádně oceněna. S ohledem na výše uvedené proto nemohu připustit jakékoliv spekulace ohledně otázky, zda navrhovatel takto činil opravdu úmyslně, ačkoliv byl řádně seznámen se zadávací dokumentací a dodatkem č. 3 a položku neocenil, či tuto položku opomněl do soupisu prací uvést a ocenit. Tvzení navrhovatele obsažená v rozkladu jsou tedy zavádějící, jelikož nelze prokázat, zda navrhovatel opravdu v době zpracování cenové nabídky počítal s pracemi obsaženými v položce č. 5 026200a a jsou dle vyjádření navrhovatele v souladu s ČSN EN ISO 12944-7 oceněny v rámci položek 74 – 80 soupisu prací. Jak již bylo výše konstatováno, z obsahu samotné nabídky tato skutečnost není zřejmá. Jednotkové ceny u položek 74 – 80 soupisu prací uvedené navrhovatelem v nabídce nejsou vyšší než nabídkové ceny v rámci těchto položek nabízených ostatními uchazeči, resp. nikterak nevybočující od hodnot nabízených ostatními uchazeči (cenové rozpětí uváděné jednotlivými uchazeči je značně široké). S ohledem na to, že všichni uchazeči o veřejnou zakázku byli schopni ocenit položku č. 5 026200a (a žádný z uchazečů nebrojil proti této zadávací podmínce), nelze označit námitku navrhovatele spočívající v nemožnosti ocenit tuto položku tak, aby nebylo jedno konkrétní plnění v rámci předmětu veřejné zakázky oceněno vícekrát, za přípustnou, neboť (jak vyplývá z nabídek ostatních uchazečů) položku č. 5 026200a bylo možné ocenit.

38. Zadavatel zcela jednoznačně stanovil požadavky, jakým způsobem má být nabídka zpracována. K tomu se vážou i požadavky stanovené v bodech 16. 2. 1. a 20. 4. zadávací dokumentace (i seznam položek prací, které mají být oceněny, byl řádně doručen všem uchazečům o veřejnou zakázku). K výše uvedenému doplňuji, že není právem uchazeče o veřejnou zakázku, aby si jakkoliv svévolně upravoval zadávací podmínky a následně trval na tom, aby je zadavatel akceptoval. V rámci dané veřejné zakázky navrhovatel nerespektoval zadavatelem určenou položku, přičemž všechny položky soupisu prací požadoval zadavatel ocenit. Nadto byli uchazeči informováni, že jejich nabídka bude vyřazena z dalšího posuzování a následně uchazeč vyloučen z účasti v zadávacím řízení, pokud v nabídce nebudou oceněny všechny položky soupisu prací. Předmětná námitka navrhovatele tedy nemůže obstát, jelikož nelze připustit to, že navrhovatel následně argumentoval tím, že položka byla oceněna v rámci jiných položek a snažil se dokázat, že technicky tento postup možný je – a to zejména z důvodu objektivně nemožného prokázání skutečnosti, že navrhovatel skutečně všechny činnosti obsažené v položce č. 5 026200a ocenil v rámci jiných položek. Jak již bylo výše konstatováno, dodatečné informace všichni uchazeči obdrželi v dostatečném časovém předstihu tak, aby mohli podat nabídku v požadované lhůtě. Měli tedy dostatečný časový prostor své nabídky upravit ve znění předmětného dodatku tak, aby odpovídaly požadavkům zadavatele (a aby byla zajištěna jejich porovnatelnost).
39. Ztotožnit se nelze ani s námitkou, v rámci které navrhovatel zpochybňuje konstatování Úřadu (obsažené ve výrokové části II. napadeného rozhodnutí), že návrh nebyl v části směřující proti postupu zadavatele při hodnocení nabídky uchazeče COLAS CZ podán

oprávněnou osobou. Postup Úřadu v žádném případě nelze označit za zmatečný, nepřezkoumatelný a nesprávný, jak v tomto kontextu uvádí navrhovatel. Mám za to, že návrh v části týkající se postupu hodnotící komise vůči uchazeči COLAS CZ skutečně nebyl podán oprávněnou osobou, neboť námitky předcházející tomuto návrhu neobsahovaly všechny náležitosti požadované zákonem. Je třeba uvést, že navrhovatel v námitkách mj. napadl postup hodnotící komise ve vztahu k posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče COLAS CZ v rámci položek oceli. Zadavatel rozhodnutím o námitkách tuto část námitek odmítl a tento svůj postup zdůvodnil tak, že tuto část námitek materiálně posoudil jako námitky proti jinému úkonu zadavatele ve smyslu ustanovení § 110 odst. 2 zákona, neboť s vyloučením navrhovatele z účasti v zadávacím řízení věcně nesouvisí – při posouzení obsahu námitek směřujících proti postupu hodnotící komise dospěl zadavatel k závěru, že nebyly splněny zákonem stanovené požadavky na řádně podané námitky, avšak nad rámec poskytl zadavatel navrhovateli své věcné stanovisko k této namítané skutečnosti.

40. K výše uvedenému shrnuji, že kterýkoliv dodavatel má oprávnění podat námitky proti úkonům zadavatele. Musí však splnit podmínky zakotvené v ustanovení § 110 odst. 7 zákona, a sice v případě námitek podle ustanovení § 110 odst. 2 zákona je doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví spolu s uvedením újmy, jaká mu v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá a dále i skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Dle ustanovení § 110 odst. 7 zákona pak zadavatel námitky neobsahující tyto náležitosti odmítne. Mám za to, že z obsahu námitek podaných navrhovatelem nelze určit rozhodnou skutečnost pro stanovení okamžiku, kdy se navrhovatel o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Není tedy objektivně možné určit, zda navrhovatel dodržel zákonem stanovenou lhůtu pro podání námitek v této části či nikoliv. Navrhovatelem v námitkách nebylo uvedeno ani to, jaká újma mu v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla, což je jeden z dalších zákonem výslovně stanovených požadavků – s ohledem na výše uvedené mám tedy za to, že návrhu v této části skutečně nepředcházely řádně a včas podané námitky. Ani tato námitka navrhovatele neobstojí, jelikož zadavatel postupoval v souladu s ustanovením § 110 odst. 7 zákona, když námitky v předmětné části odmítl.

VI. Závěr

41. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
42. 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 ustanovení § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s ustanovením § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4
2. prof. JUDr. Miroslav Bělina, CSc., advokát, Karla Engliše 3201/6, 150 00 Praha 5,

Vypraveno dne

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