



UOHSX006GIQ0

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R127/2014/VZ-24093/2014/321/TNo

Brno 14. listopadu 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 16. 4. 2014 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne), jenž byl podán vybraným uchazečem –

- společností **GEMA ART GROUP a.s.**, IČO 26437741, se sídlem Haštalská 760/21, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupenou JUDr. Mariannou Svobodovou, advokátkou, se sídlem Karlovo náměstí 671/24, 110 00 Praha 1,

proti usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S241/2010/VZ-6414/2014/511/KČe ze dne 1. 4. 2014, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Generální oprava fasád historické budovy Národního divadla**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 22. 2. 2010 pod evidenčním číslem zakázky 60042148 a v Úředním věstníku EU dne 24. 2. 2010 pod zn. 2010/S 38-055339, jehož dalším účastníky jsou –

- zadavatel – **Národní divadlo, státní příspěvková organizace**, IČO 00023327, se sídlem Ostrovní 1, 112 30 Praha 1,
- navrhovatel – společnost **OHL ŽS, a.s.**, IČO 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 660 02 Brno, ve správním řízení zastoupena MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno,

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

Usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S241/2010/VZ-6414/2014/511/KČe ze dne 1. 4. 2014

**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 ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup>, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 8. 7. 2010 návrh navrhovatele – společnosti OHL ŽS, a.s., IČO 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 660 02 Brno, ve správním řízení zastoupena MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno (dále jen „**navrhovatel**“), z téhož dne na přezkoumání úkonů zadavatele – Národního divadla, státní příspěvkové organizace, IČO 00023327, se sídlem Ostrovní 1, 112 30 Praha 1 (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Generální oprava fasád historické budovy Národního divadla“ v otevřeném řízení na základě oznámení v Informačním systému o veřejných zakázkách, jež bylo uveřejněno dne 22. 2. 2010 pod evidenčním číslem zakázky 60042148 a v Úředním věstníku EU dne 24. 2. 2010 pod zn. 2010/S 38-055339 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu předmětné veřejné zakázky částkou ve výši 159 mil. Kč bez DPH a jako základní hodnotící kritérium stanovil nejnižší nabídkovou cenu. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 15. 4. 2010 vyplývá, že zadavatel obdržel sedm nabídek. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 31. 5. 2010 vyplývá, že 5 nabídek bylo vyřazeno, včetně nabídky navrhovatele s tím, že jeho zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny bylo posouzeno jako neopodstatněné. Zadavatel následně rozhodl o přidělení předmětné veřejné zakázky uchazeči GEMA ART GROUP a.s., IČO 26437741, se sídlem Haštalská 760/21, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupen JUDr. Mariannou Svobodovou, advokátkou, se sídlem Karlovo náměstí 671/24, 110 00 Praha 1 (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
3. Navrhovatel ve svém návrhu ze dne 8. 7. 2010 uvedl, že zadavatel v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny konstatoval, že se jeho nabídková cena výrazně odchyluje od předpokládané hodnoty veřejné zakázky a od průměrné nabídkové ceny ostatních uchazečů. Pochybení navrhovatel spatřuje již ve zdůvodnění zadavatele, neboť dle

---

<sup>1</sup> 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.

navrhovatele není přípustné porovnávat nabídkovou cenu, resp. její části s průměrnými nabídkovými cenami ostatních uchazečů.

4. Porušení zákona se dle navrhovatele zadavatel dále dopustil tím, že v rozhodnutí o jeho vyloučení zadavatel uvádí, že navrhovatel nedoložil kalkulační vzorec v požadovaných podrobnostech, aby tak zdůvodnil mimořádně nízkou nabídkovou cenu, přičemž tyto „požadované podrobnosti“ zadavatel blíže nespecifikoval.
5. Úřad na návrh navrhovatele rozhodnutím č. j. ÚOHS-S241/2010/VZ-10326/2010/510/KČe ze dne 21. 7. 2010 zadavateli nařídil předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem. Po přezkoumání případu vydal Úřad dne 22. 9. 2010 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S241/2010/VZ-12632/2010/510/KČe, kde konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 77 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona tím, že úkony komise pro posouzení a hodnocení nabídek spojené s posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nebyly provedeny transparentně, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Jako opatření k nápravě nezákonného postupu Úřad zrušil úkony zadavatele související s posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a s hodnocením nabídek uchazečů a současně i rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky.
6. Proti výše uvedenému meritornímu prvostupňovému rozhodnutí Úřadu podal vybraný uchazeč rozklad ze dne 8. 10. 2010 a předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R153/2010/VZ-19288/2010/310/ASc ze dne 21. 12. 2010 toto rozhodnutí potvrdil a rozklad zamítl. Na základě žaloby podané vybraným uchazečem Krajský soud v Brně rozsudkem č. j. 62 Af 10/2011-271 ze dne 31. 10. 2012 rozhodnutí předsedy Úřadu zrušil a věc vrátil k novému projednání. Citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně však byl na základě kasační stížnosti Úřadu zrušen a věc vrácena Krajskému soudu v Brně k dalšímu řízení.
7. Krajský soud v Brně rozsudkem č. j. 62 Af 10/2011-313 ze dne 3. 10. 2013 opětovně zrušil výše citované rozhodnutí předsedy Úřadu a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení. Předseda Úřadu pak rozhodnutím č. j. ÚOHS-R153/2010/VZ-3659/2014/310/BVÍ ze dne 19. 2. 2014 zrušil rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S241/2010/VZ-12632/2010/510/KČe ze dne 22. 9. 2010 a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
8. Dne 13. 3. 2014 Úřad od zadavatele obdržel dopis ze dne 7. 3. 2014, ve kterém zadavatel uvedl, že realizace předmětné veřejné zakázky probíhá podle aktuálního časového harmonogramu a doložil kopii smlouvy o dílo, kterou uzavřel s navrhovatelem dne 26. 4. 2012. Dle zjištění Úřadu bylo oznámení o zadání zakázky uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 4. 5. 2012.

## II. Napadené usnesení

9. Dne 1. 4. 2014 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S241/2010/VZ-6414/2014/511/KČe (dále jen „**napadené usnesení**“), v jehož výroku rozhodl tak, že správní řízení se podle ustanovení § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), zastavuje, neboť žádost navrhovatele ze dne 8. 7. 2010 se stala zjevně bezpředmětnou.

10. V odůvodnění napadeného usnesení Úřad uvádí, že vzhledem k tomu, že zadavatel již uzavřel smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky a ten je již z větší části zrealizován, návrh se ohledně toho, čeho se navrhovatel domáhal, stal zjevně bezpředmětným.

### III. Námitky rozkladu

11. Proti napadenému usnesení podal vybraný uchazeč rozklad, který byl Úřadu doručen v zákonné lhůtě dne 16. 4. 2014.
12. Vybraný uchazeč spatřuje nezákonnost napadeného usnesení zejména v tom, že Úřad se při novém projednání věci neřídil závazným právním názorem předsedy Úřadu. Nesprávnost napadeného rozhodnutí vybraný uchazeč spatřuje v tom, že Úřad shledal žádost navrhovatele zjevně bezpředmětnou, ačkoliv nebylo postaveno najisto, zda zadavatel při vyloučení navrhovatele z předmětného zadávacího řízení postupoval v rozporu se zákonem takovým způsobem, že tento postup mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
13. Dle vybraného uchazeče s ohledem na ustanovení § 78 odst. 5 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**soudní řád správní**“) jsou Úřad a jeho předseda vázáni právním názorem, který Krajský soud v Brně vyslovil v novém rozsudku v předmětné věci. Předseda Úřadu v novém rozhodnutí o rozkladu v souladu s novým rozsudkem Krajského soudu v Brně nařídil Úřadu zabývat se otázkou charakteru pojmu „obvyklý kalkulační vzorec“ s tím, že pokud se jedná o pojem běžně užívaný a obecně známý všem podnikatelům ve stavebnictví, a který nevyžaduje bližší vysvětlení, byla žádost zadavatele o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny dostatečně určitá a transparentní.
14. Z výše uvedeného následně vybraný uchazeč dovozuje, že pokud by zadavatel při vyloučení navrhovatele z účasti v předmětném zadávacím řízení nepochybil způsobem, jenž by mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, nebyl Úřad oprávněn zrušit úkony zadavatele spojené s posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a s hodnocením nabídek uchazečů.
15. Zároveň nové rozhodnutí o výběru, jímž nakonec byla jako nejvhodnější vybrána nabídka navrhovatele místo nabídky vybraného uchazeče a stejně tak uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky s navrhovatelem, jež měl být ze zadávacího řízení vyloučen, by tak bylo provedeno na základě nezákonného rozhodnutí Úřadu. Na základě takového rozhodnutí tak vybranému uchazeči dle jeho tvrzení v rozkladu vznikla škoda v důsledku toho, že nerealizoval plnění předmětné veřejné zakázky, ve které byla původně jeho nabídka vybrána jako nejvhodnější.
16. Vybraný uchazeč v rozkladu uzavírá svou argumentaci konstatováním, že napadené usnesení je v rozporu se základními zásadami správního řízení a znevýhodňuje postavení vybraného uchazeče při uplatňování případné náhrady újmy vzniklé v důsledku nezákonných rozhodnutí Úřadu.

#### **Závěr rozkladu**

17. Závěrem rozkladu navrhovatel ve smyslu ustanovení § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené usnesení zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

18. Úřad neshledal důvody pro postup podle ustanovení § 87 správního řádu a v souladu s jeho ustanovením § 88 odst. 1 postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

19. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného usnesení a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
20. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku usnesení ze dne 1. 4. 2014 č. j. ÚOHS-S241/2010/VZ-6414/2014/511/KČe. V odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou dále uvedeny důvody, které mne vedly k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného usnesení.

#### **V. K námitkám rozkladu**

21. Obecně lze říci, že návrh se stává bezpředmětným v situaci, kdy nastanou takové skutečnosti, že rozhodnutí správního orgánu přestane mít pro účastníky řízení význam, neboť vydáním takového rozhodnutí nedojde fakticky ke změně právního postavení těchto účastníků. Na zjevnou bezpředmětnost lze také pohlédnout z perspektivy toho, zda po změně daných okolností bude správní orgán i nadále oprávněn rozhodnout o právních poměrech, jež chce dotýčný účastník upravit uplatněním svého nároku ve správním řízení. Důležitým aspektem takové situace je přitom skutečnost, že správní orgán nemůže rozhodnout ve smyslu žádosti účastníka řízení, neboť důvody pro rozhodnutí o věci odpadly díky změně skutkových okolností – správní orgán tedy nemůže rozhodnout ani ve prospěch ani v neprospěch účastníků řízení.
22. Podle ustanovení § 118 odst. 1 zákona, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele. Pokud navrhovatel namítá, že se Úřad věcně nezabýval přezkumem postupu zadavatele v rámci předmětné veřejné zakázky, konstatuji, že je třeba se nejdříve vypořádat s tím, zda je naplněn procesní rámec pro věcný přezkum. To znamená, že nejdříve musí být splněny podmínky, za kterých lze vůbec řízení vést, kde je mimo jiné třeba, aby správní orgán mohl autoritativně rozhodnout o konkrétních právech a povinnostech účastníků správního řízení. V předmětné věci však tato podmínka odpadla, neboť návrh navrhovatele se stal bezpředmětným a z procesního hlediska již Úřad nemůže ve věci

rozhodnout, protože s ohledem na dikci ustanovení § 118 odst. 1 zákona může Úřad uložit nápravné opatření pouze do okamžiku uzavření smlouvy.

23. Bezpředmětnost je tedy založena tím, že Úřad již nemůže z povahy věci uložit nápravné opatření, neboť již nejsou naplněny podmínky uvedené v ustanovení § 118 odst. 1 zákona – tedy že dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Zadávací řízení je ukončeno uzavřením smlouvy a Úřad nemůže konstatovat neplatnost smlouvy, z čehož plyne, že navrhovateli ani vybranému uchazeči nelze vyhovět či nevyhovět, lze pouze zastavit správní řízení v souladu s ustanovením § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, jak bylo učiněno v napadeném usnesení.
24. Vybraný uchazeč původně zvítězil v předmětném zadávacím řízení, nicméně zadavatel uzavřel smlouvu s navrhovatelem a de facto završil zadávací řízení. Hypotetickým zájmem vybraného uchazeče je tedy od počátku snaha zachovat původní úkony zadavatele, které vedly k vítězství vybraného uchazeče v předmětné veřejné zakázce Z povahy věci tak plyne, že úkony provedené zadavatelem, ani samotné zadávací řízení již nelze zrušit, ani vrátit zpět, neboť se transformovaly ze sféry veřejnoprávně upravené kontraktace do sféry soukromoprávního smluvního vztahu, jehož platnost či neplatnost může být namítána pouze ve smyslu soukromého práva a na základě soukromoprávních norem.
25. Tím, že zadavatel uzavřel smlouvu s navrhovatelem, došlo k situaci, kdy už vybraný uchazeč nemůže uplatnit své ekonomické zájmy v předmětném zadávacím řízení. Primárním zájmem uchazečů je vždy snaha o uzavření smlouvy na realizaci veřejné zakázky, z čehož pro dodavatele, jako ekonomický subjekt, většinou vyplývají výhodné smluvní podmínky a ekonomická stabilita druhé smluvní strany. V šetřené věci však zadavatel již uzavřel smlouvu s jiným uchazečem a snaha původně vybraného uchazeče uzavřít se zadavatelem smlouvu na veřejnou zakázku se tak stává bezpředmětnou, neboť již nemá faktickou šanci uskutečnit svůj ekonomický zájem v rámci předmětné veřejné zakázky.
26. Co se týče věcných námitek k průběhu otevřeného zadávacího řízení, konstatuji, že nejsem oprávněn se jimi zabývat, neboť nejsou předmětem napadeného rozhodnutí. Napadené rozhodnutí se týká výhradně zastavení předmětného správního řízení z důvodu bezpředmětnosti původního návrhu a netýká se věcných námitek navrhovatele, jejichž obsahem jsou údajná pochybení zadavatele v předmětném zadávacím řízení.
27. Zadavatel provedl nové posouzení nabídek a vydal nové rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Proti tomuto rozhodnutí však původně vybraný uchazeč nepodal námitky, jak vyplývá ze spisového materiálu. Nynější správní řízení je vedeno ohledně návrhu navrhovatele, přičemž přezkoumávány jsou původní úkony zadavatele. Z tohoto pohledu je třeba opět přisvědčit Úřadu, že návrh se stal bezpředmětným v okamžiku uzavření smlouvy s navrhovatelem.
28. Pokud jde o tvrzený vznik újmy, vybraný uchazeč doposud nejednal tak, že by tvrdil vznik újmy a ani se jí nesnažil zabránit, když nepodal námitky proti druhému rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a ani jindy způsobenou škodu nenamítal. Úřad tak neměl důvod se tímto tvrzením zabývat.
29. Pokud nebylo přezkoumáno rozhodnutí zadavatele o druhém výběru nejvhodnější nabídky, pak nelze tvrdit, že bylo toto rozhodnutí zadavatele v rozporu se zákonem, a že by měl vybraný uchazeč při novém posouzení nabídek jakékoliv právo být znovu vybraným

uchazečem. Vybraný uchazeč tedy v řízení před Úřadem netvrdil a ani neprokázal vznik škody.

30. Jestliže vybraný uchazeč namítá, že mu nezákonným postupem zadavatele a nesprávným posouzením sporné otázky Úřadem vznikla újma spočívající v tom, že se nestal i podruhé vybraným uchazečem a předmětnou veřejnou zakázku tak nezískal, odkazují na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 50/2006 – 137 ze dne 29. 4. 2008, kde uvedl, že: *„Uchazeč v zadávacím řízení nemá právo na to, aby se stal vítězným uchazečem, kterému bude veřejná zakázka přidělena, ani právo na vlastní uzavření smlouvy. Rozhodnutí o vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení tak v dané věci není způsobilé zasáhnout do hmotněprávního postavení stěžovatele, ani se sféry jeho veřejných subjektivních práv nedotýká...To ostatně vyplývá i ze samotného smyslu veřejného zadávacího řízení, jímž je výběr nejvhodnější smluvní strany z co nejširšího okruhu uchazečů.“* Z logiky věci tedy význam pro náhradu škody nepřichází v úvahu a Úřad k možným dopadům rozhodnutí na náhradu škody nepřihlížel, neboť k tomu nebyl s ohledem na výše uvedené povinen.

#### **VI. Závěr**

31. 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 změnu či zrušení napadeného usnesení z důvodů uváděných v rozkladu.
32. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené usnesení změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## 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. JUDr. Marianna Svobodová, advokátka, Karlovo náměstí 671/24, 110 00 Praha 1
2. Národní divadlo, státní příspěvková organizace, Ostrovní 1, 112 30 Praha 1
3. MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, Jakubská 121/1, 602 00 Brno

### Vypraveno dne:

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