



UOHSX006ENC

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R88/2014/VZ-6871/2015/321/MMI/IPs

Brno 16. března 2015

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 26. 3. 2014, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 27. 3. 2014, zadavatelem –

- **Čtyřlístek - centrum pro osoby se zdravotním postižením Ostrava, příspěvková organizace**, IČO 70631808, se sídlem Hladnovská 751/119, 712 00 Ostrava – Muglinov

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S680/2013/VZ-5569/2014/521/VSt ze dne 13. 3. 2014 ve věci přezkoumání úkonů výše specifikovaného zadavatele vymezeného obsahem návrhu navrhovatele –

- podnikatelem **PaedDr. Hana Nováčková**, podnikající pod obchodní firmou Hana Nováčková IPO, IČO 22982426, s místem podnikání Kalvodova 816/8, 709 00 Ostrava - Mariánské Hory,

v nadlimitní veřejné zakázce „**Ostraha objektů pro Čtyřlístek Ostrava, p.o.**“ zadávané na základě výzvy k podání nabídek odeslané dne 6. 9. 2013 ve zjednodušeném podlimitním řízení, které bylo zveřejněno na profilu zadavatele pod ID 4285, kde dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **VKUS-BUSTAN s.r.o.**, IČO 26841410, se sídlem Svazarmovská 308, 738 01 Frýdek-Místek,

jsem podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na ustanovení § 90 odst. 1 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:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S680/2013/VZ-5569/2014/521/VSt ze dne 13. 3. 2014

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 vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jenž je dle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹), příslušný k dohledu nad dodržováním citovaného zákona, obdržel dne 29. 10. 2012 návrh navrhovatele – PaedDr. Hana Nováčková, podnikatel, podnikající pod obchodní firmou Hana Nováčková IPO, IČO 22982426, s místem podnikání Kalvodova 816/8, 709 00 Ostrava - Mariánské Hory, (dále jen „**navrhovatel**“) na přezkoumání úkonů veřejného zadavatele – Čtyřlístek - centrum pro osoby se zdravotním postižením Ostrava, příspěvková organizace, IČO 70631808, se sídlem Hladnovská 751/119, 712 00 Ostrava – Muglinov, (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Ostraha objektů pro Čtyřlístek Ostrava, p.o.“ (dále jen „**veřejná zakázka**“) zadávané na základě výzvy k podání nabídek odeslané dne 6. 9. 2013 ve zjednodušeném podlimitním řízení, které bylo zveřejněno na profilu zadavatele pod ID 4285.
2. Předmětem veřejné zakázky, vymezeným v zadávací dokumentaci, je podle bodu 1.2 Předmět veřejné zakázky: komplexní zajištění ostrahy zařízení Domov na Liščině, Na Liščině 10, 711 00 Ostrava – Hrušov a Domov Barevný svět – Hladnovská 751/119, 712 00 Ostrava – Muglinov včetně příslušného pozemku a svěřeného majetku a zajištění provozu kotelen. Ze zprávy o realizaci elektronické aukce konané dne 10. 10. 2013 vyplývá, že nejnižší nabídkovou cenu v rámci elektronické aukce nabídl vybraný uchazeč. Na druhém místě se umístil navrhovatel.

II. Napadené rozhodnutí

3. Úřad po posouzení zjištěného stavu věci vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S680/2013/VZ-5569/2014/521/VSt ze dne 13. 3. 2014 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“),

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení.

kde ve výroku I. konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 77 odst. 1 zákona tím, že neposoudil výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ve výroku II. jako opatření k nápravě Úřad zrušil úkon posouzení a hodnocení nabídek a rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Ve výroku III. Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

4. Úřad uvedl k postupu zadavatele, respektive hodnotící komise v šetřeném zadávacím řízení, že skutečnost, že hodnotící komise nabídkové ceny po ukončení elektronické aukce neposoudila z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny, jednoznačně potvrzuje prohlášení zadavatele v rozhodnutí o námitkách ze dne 24. 10. 2013, stejně tak jako jeho prohlášení ve vyjádření k návrhu ze dne 4. 11. 2013, ve kterých uvádí, že *„logikou elektronické aukce je automatické vyhodnocení pořadí nabídek bez zásahů zadavatele, a to na základě pořadí nabídkových cen. Je tedy logické, že dalším krokem zadavatele musí být rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky dle § 81 zákona, přičemž zadavatel se nemůže od výsledku elektronické aukce odchýlit“*. Tento postup zadavatele shledal Úřad za učiněný v rozporu s ustanovením § 77 odst. 1 zákona, neboť zadavatel rezignoval na posouzení výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky ve smyslu uvedeného ustanovení (a to jak ve fázi tzv. předběžného posouzení tak i následně po ukončení elektronické aukce).
5. K otázce posouzení výše nabídkových cen v souvislosti s předložením mimořádně nízkých aukčních hodnot v průběhu elektronické aukce Úřad uvedl, že ačkoliv je elektronická aukce nástrojem pro hodnocení nabídek, které je v zákoně systematicky zařazeno až po jejich posouzení, je pro zachování smyslu institutu mimořádně nízké nabídkové ceny v případě použití elektronické aukce nezbytné, aby se zadavatel zabýval též posouzením konečných nabídkových cen vzešlých z realizované elektronické aukce, neboť v rámci ní mohou být nabídkové ceny snižovány. Právě z toho důvodu, že nabídkové ceny, za které je plnění předmětu veřejné zakázky poskytováno, jsou známy až po ukončení elektronické aukce, je Úřad názoru, že otázka posouzení výše nabídkových cen podle § 77 zákona je stěžejní právě po ukončení elektronické aukce. Úřad při této své úvaze vyšel především ze skutečnosti, že účelem elektronické aukce je snížení nabídkové ceny a tím dosažení finanční úspory. Vzhledem k měnící se nabídkové ceně v průběhu elektronické aukce je tedy nezbytné zabývat se výší konečné nabídkové ceny vzešlé z proběhlé elektronické aukce, neboť právě za ni bude plnění předmětu veřejné zakázky realizováno, přičemž z logiky věci vyplývá, že tato finální nabídková cena je známá až po ukončení elektronické aukce. Novou nabídkovou cenu vzešlou z realizované elektronické aukce je nutné zkoumat především z pohledu minimalizace rizika následného navyšování ceny při vlastní realizaci veřejné zakázky nebo dokonce nemožnosti realizace plnění za danou nabídkovou cenu. Má-li tedy být zachován smysl institutu mimořádně nízké nabídkové ceny (tj. především ochrana zadavatelů před situací, kdy uchazeč nabídne nereálnou cenu, k výraznému navýšení nabídkové ceny v průběhu realizace předmětu veřejné zakázky), dospěl Úřad názoru, že je na místě, aby ustanovení § 77 zákona o mimořádně nízké nabídkové ceně bylo zadavateli aplikováno i po ukončení elektronické aukce a dopadalo tak na konečné hodnoty nabídkových cen vzešlých z realizovaných elektronických aukcí. K výše uvedenému Úřad dále doplnil, že současně nelze shledat důvody, pro které by se daná povinnost vyplývající z ustanovení § 77 odst. 1 zákona neměla vztahovat rovněž na postup zadavatele při zadávání

veřejné zakázky formou elektronické aukce. Zákon sice výslovně nestanovuje povinnost zadavatele po provedení e-aukce znovu posoudit nabídkové ceny z pohledu mimořádně nízké nabídkové ceny, avšak tato povinnost přímo vyplývá z faktu, že zadavateli jsou prostřednictvím zrealizované elektronické aukci předloženy nové hodnoty nabídkových cen, a tudíž zadavatel má povinnost postupovat podle výše uvedeného ustanovení a tyto nové nabídkové ceny posoudit z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny. V průběhu elektronické aukce zpravidla dochází ke změně (snižování) původních nabídkových cen, a proto je tedy nezbytné provést následně po ukončení elektronické aukce nové posouzení nově vzniklých nabídkových cen z pohledu mimořádně nízké nabídkové ceny.

III. Námitky rozkladu

6. Zadavatel podal dne 27. 3. 2014 proti napadenému rozhodnutí rozklad, jenž uplatnil v zákonné lhůtě. Zadavatel má za to, že napadené rozhodnutí není zákonné, neboť se neopírá o v zákoně stanovené postupy v rámci provádění tzv. předběžného posouzení a hodnocení nabídek a využití institutu elektronické aukce. Zadavatel konstatuje, že posoudil výši nabídkových cen zcela v souladu se zákonem, přičemž o tom, že nastaly podmínky pro postup podle ustanovení § 77 odst. 1 zákona, tedy že se zadavatel nezmínil v žádném z písemných zápisů o skutečnosti, že výše nabídkových cen neobsahují mimořádně nízké ceny, není porušením zákona a nezakládá důvod pro uložení nápravného opatření. Zadavatel souhlasí se závěry Úřadu uvedenými v odůvodnění napadeného rozhodnutí opírající se o soudní judikaturu, že je povinností vždy posoudit u každé nabídky, zda neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu a pokud ano, provést zákonem stanovené postupy. Zadavatel však k tomu konstatuje, že v rámci tzv. předběžného posouzení a hodnocení nabídek neshledal to, že by jakákoli podaná nabídka obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Naopak ceny byly uvedeny jakožto zadávací před konáním e-aukce a byly vyšší než ceny běžné na trhu. Zadavatel má za to, že nikde v zákoně není stanovena povinnost pro zadavatele přímo v zápise uvádět tu skutečnost, že nabídky neobsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Výklad Úřadu, že by zápis měl obsahovat i to, co je v pořádku, je výkladem striktně formalistickým, který se neopírá o zákonem stanovené povinnosti.
7. Zadavatel dále konstatuje, že v zákoně je zcela logicky institut elektronické aukce systematicky řazen až po posouzení nabídek a především až v rámci činností, které již nespádají pod úkony, které by měla realizovat hodnotící komise. Ta v rámci svých pravomocí provádí veškeré úkony před e-aukcí, není však možné, aby jakkoli prováděla zásadní úkony mající vliv na výsledek hodnocení po e-aukci. Zadavatel má tak za to, že napadené rozhodnutí postrádá oporu v zákoně.
8. Zadavatel dále analogicky argumentuje nástrojem zakotveným v ustanovení § 23 odst. 5 písm. c) zákona, kde rovněž není povinností komoditní burzy, resp. zadavatele po provedeném burzovním obchodu posuzovat nabídky dle ustanovení § 77 odst. 1 zákona. Zadavatel má za to, že jeho názor koresponduje jak s důvodovou zprávou k zákonu, tak s evropskou zadávací směrnicí č. 2004/18/ES, z níž rovněž cituje.
9. Závěrem má zadavatel za to, že napadené rozhodnutí nespĺňuje podmínky pro vydání opatření k nápravě, neboť neuvedení určité skutečnosti, která nenastala, ve zprávě

o posouzení a hodnocení nabídek, není tím postupem, který by mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Závěr rozkladu

10. Zadavatel navrhuje zrušení napadeného rozhodnutí.

IV. Řízení o rozkladu

11. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí postupem dle ustanovení § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu, předal správní spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu.

Stanovisko předsedy Úřadu

12. 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 rozhodnutí a řízení s právními předpisy, správnost rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
13. Úřad tím, že rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích napadeného rozhodnutí, nerozhodl správně a zákonně. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny výše uvedené důvody, na základě kterých jsem rozhodl napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

14. Úřad na zjištěný stav věci aplikoval ustanovení § 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. Jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné; zdůvodnění musí být uchazečem doručeno ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti uchazeči, pokud hodnotící komise nestanoví lhůtu delší. Hodnotící komise může na žádost uchazeče tuto lhůtu prodloužit nebo může zmeškání lhůty prominout. Mám za to, že toto ustanovení Úřad aplikoval na zjištěný stav věci správně, avšak bez toho, aby se zabýval posouzením toho, zda zadavatel měl důvody posuzovat nabídkové ceny jako mimořádně nízké, a to v kterékoli fázi zadávacího řízení.
15. Úřad sám v napadeném rozhodnutí uvádí, že povinnost posoudit nabídky z pohledu mimořádně nízké nabídkové ceny po elektronické aukci ze zákona výslovně nevyplývá, ale je třeba ji dovodit. Zadavatel pak s takovým rozšířením svých povinností nesouhlasí a domnívá se, že jde o rozšíření nad rámec zákona. S tímto názorem zadavatele nesouhlasím, jak odůvodním níže. Dovození povinnosti, jež nevyplývá ze zákona výslovně, však musí být náležitě odůvodněno a musí být podloženo důkazními prostředky. V tomto případě sice Úřad své úvahy uvedl a odůvodnil, avšak pouze v obecné rovině. Nezabýval se však tím, zda zadavatel měl důvody pro posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny, jak dovozuje soudní

judikatura. Neaplikoval tedy na své obecné úvahy zjištěné skutečnosti v tomto konkrétním případě tak, aby konstatování spáchání správního deliktu zadavatelem mohlo při přezkumu obstát. Z tohoto důvodu nemůže být napadené rozhodnutí přezkoumatelné.

K posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny před zahájením elektronické aukce

16. Podle ustanovení § 77 odst. 1 zákona, jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné. Z tohoto ustanovení vyplývá povinnost zadavatele vyžádat si zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, jestliže tuto nabídka uchazeče obsahuje. Z toho vyplývá, že pokud hodnotící komise či zadavatel k tomuto závěru nedospěje, není důvodu vyžádat si zdůvodnění či nějak zaznamenávat, že nabídkové ceny neobsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu.
17. Smyslem institutu mimořádně nízké nabídkové ceny je chránit zadavatele před situací, kdy uchazeč ve své nabídce uvede nereálnou cenu, za níž není možné z objektivních důvodů realizovat plnění veřejné zakázky, která by během realizace předmětu plnění veřejné zakázky vedla např. k nedokončení veřejné zakázky, k jejímu nekvalitnímu splnění, případně k téměř nekontrolovatelnému navyšování původní nabídkové ceny uchazeče.
18. Institut mimořádně nízké nabídkové ceny není v zákoně zcela jednoznačně definován a jako neurčitý právní pojem vyžaduje další interpretaci. V této souvislosti lze odkázat na rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 9/00 ze dne 1. 2. 2001, v němž byl tento závěr učiněn. Obecně je smyslem právní úpravy týkající se mimořádně nízké nabídkové ceny umožnit identifikovat ty nabídky, které vzbuzují oprávněné podezření, že uchazeč nebude schopen za nabídnutou cenu předmět veřejné zakázky řádně splnit. Zákon tak chrání zadavatele před tím, aby byl nucen uzavřít smlouvu s uchazečem, který by nebyl schopen plnění za nabídkovou cenu vůbec poskytnout, případně by je neposkytl řádně. V této souvislosti odkazují rovněž na rozsudek Krajského soudu v Brně (dále jen „soud“) č. j. 62 Ca 49/2007 ze dne 29. 8. 2008, v němž se soud k otázce mimořádně nízké nabídkové ceny, vyjádřil následujícím způsobem: *„zákon nestanovuje, kdy je nabídková cena mimořádně nízká a ponechává posouzení této skutečnosti na zadavateli, resp. hodnotící komisi. Pokud zadavatel neshledá žádnou nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou, zákon mu neukládá tento jeho názor jakkoliv zdůvodnit, ani ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, ani kdekoliv jinde...“*. Je tedy zřejmé, že posouzení výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky za účelem zjištění, zda existují důvody pro takovéto oprávněné podezření, náleží do kompetencí hodnotící komise. Hodnotící komise má k dispozici informace o předmětu a způsobu realizace veřejné zakázky i o nabídkových cenách všech uchazečů a má tak dostatečné podklady pro určení, zda se v některém případě jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu či nikoliv. Obdobně se vyjádřil krajský soud v rozsudku sp. zn. 62 Af 88/2012 ze dne 21. 11. 2013, kde konstatoval, že zákon *„hodnotící komisi (ani zadavateli) výslovně neukládá, aby v případě, že neshledá žádnou z nabídkových cen mimořádně nízkou, důvody, pro které k takovému závěru dospěla, sdělovala – ani do protokolu o posouzení (a hodnocení) nabídek, ani do zprávy o posouzení nabídek, ani jednotlivým uchazečům; výčet veškerých důvodů, pro které není nabídková cena mimořádně nízkou, by ostatně mohl tvořit nekonečný řetězec, a tedy jejich vyčerpávající uvedení by z tohoto důvodu ani nebylo možné.“*

19. Úřad však v napadeném rozhodnutí nijak neposoudil, zda měl zadavatel důvody pro posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny, tedy zda zde byly indicie, podle kterých měl mít důvodné podezření na mimořádně nízkou nabídkovou cenu u kteréhokoli z uchazečů. Pouze učinil v bodě 41. napadeného rozhodnutí závěr, že zadavatel rezignoval na posouzení výší nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, a to i ve fázi tzv. předběžného posouzení. Z napadeného rozhodnutí však nelze zjistit, na základě jakého podezření má Úřad za to, že zadavatel takové posouzení měl provést a následně v souladu s výše uvedenými rozsudky pak není zřejmé, proč měl zadavatel uvést u fáze tzv. předběžného posouzení, že neshledal žádnou z nabídkových cen mimořádně nízkou. Z tohoto důvodu je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.
20. Vzhledem k tomu, že je potřeba posuzovat nabídkové ceny ve vztahu ke skutečnému předmětu veřejné zakázky, nelze nabídkovou cenu považovat a priori za mimořádně nízkou pouze proto, že je ve výrazném nepoměru k ostatním nabídkovým cenám nebo, že je výrazně nižší než předpokládaná hodnota předmětu veřejné zakázky. Z podstaty pojmu předpokládaná hodnota veřejné zakázky, vyplývá, že se jedná o hodnotu orientační či pravděpodobnou, která nebude vždy zcela korespondovat s nabídkovými cenami uchazečů. Kterýkoli z uchazečů může při sestavení svých kalkulací pro účely stanovení nabídkové ceny dospět k částce nižší, než je zadavatelem předpokládaná hodnota veřejné zakázky, je však možné výše uvedené považovat za určité vodítko – indicii.
21. Obecně lze konstatovat, že mimořádně nízkou nabídkovou cenou, je cena, která vyvolává pochybnosti zadavatele o schopnosti uchazeče nabídkovou cenu dodržet při realizaci veřejné zakázky, avšak není nikde stanovena absolutní nebo relativní hodnota, kdy je nutné považovat nabídnutou cenu za mimořádně nízkou. Stanovení těchto hodnot ani není možné vzhledem k velké rozdílnosti jednotlivých veřejných zakázek. Zadavatel před zadáním veřejné zakázky provádí vlastní kalkulaci a předběžný rozpočet plnění veřejné zakázky. Nadto hodnotící komise musí mít dle § 74 odst. 3 zákona nejméně jednu třetinu členů s příslušnou odborností ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Teprve pochybnost zadavatele o reálnosti splnění veřejné zakázky za nabízenou cenu, případně další indicie, jej vedou k procesu posouzení nabídek dle § 77 zákona.
22. Ani ve vztahu k posouzení nabídkových cen a předpokládané hodnoty veřejné zakázky neuvedl Úřad v napadeném rozhodnutí žádné důvody, pro které by měl za to, že zadavatel mohl dovodit, že některé nabídkové ceny vykazovaly znaky mimořádně nízké nabídkové ceny.
23. Při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny by měla být respektována objektivní kritéria, která by neměla být příliš přísná, aby nevedla k diskriminaci uchazečů a neomezovala nabídku, a také aby naopak nebyla příliš mírná a nevedla k nezodpovědným nabídkám uchazečů.
24. K námitce navrhovatele, týkající se povinnosti zadavatele odůvodňovat, z jakého důvodu nepovažoval podané nabídkové ceny za mimořádně nízké, tedy uvádím, že s odkazem na shora uvedené rozsudky zadavatel nemá zákonnou povinnost odůvodňovat, proč neshledal některou z nabídkových cen za mimořádně nízkou.
25. Přezkumná činnost Úřadu pak spočívá pouze v kontrole, zda byly řádně dodrženy předepsané postupy a úkony zajišťující rámec pro vlastní posouzení a hodnocení nabídek.

Úřad nemůže přebírat zodpovědnost za výběr nejvhodnější nabídky, neboť k tomu nemá odborné předpoklady, jakými disponuje hodnotící komise. Úřad tak má být garantem rámce, v němž se výběr provádí, nikoli samotné kvality výběru. V opačném případě by se totiž výběr nejvhodnější nabídky stal záležitostí znaleckých posudků, a pak by existence zákona postrádala smysl. Zákon konstruuje hodnotící komisi jako kolegium odborně způsobilých osob, kterým je zákonem svěřena pravomoc posoudit veškeré odborné otázky související s procesem hodnocení nabídek a rozhodnout o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Úřad však může shledat postup hodnotící komise, resp. zadavatele v rozporu se zákonem, pokud zjistí, že zde byly objektivní důvody, pro které se zadavatel měl či se mohl domnívat, že některé z nabízených cen může naplňovat znaky mimořádně nízké nabídkové ceny a nesplnil svou povinnost vyplývající z ustanovení § 77 zákona.

26. Úřad při novém projednání věci tedy posoudí, zda okolnosti daného případu nasvědčují tomu, že na straně zadavatele mohla vzniknout reálná pochybnost o tom, že nabídka vybraného uchazeče obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Jinými slovy, zda v daném případě existují skutečnosti, které by nasvědčovaly tomu, že některá nabídka obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu a zadavatel, resp. hodnotící komise tak měla vyzvat některého uchazeče k písemnému zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Takovýmito indiciemi pro zadavatele, jež by u něj měly vyvolat pochybnost o tom, zda se nejedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu, je situace, že by některá nabídková cena byla nepřiměřeně nízká vzhledem k předmětu veřejné zakázky, přičemž za další podpůrné znaky lze považovat skutečnost, zda se některá nabídková cena výrazně neliší od nabídkových cen ostatních uchazečů či od předpokládané hodnoty veřejné zakázky nebo pokud by zadavatele někdo z uchazečů kvalifikovaně upozornil na možnost mimořádně nízkých nabídkových cen, případně námitky podané některým z účastníků zadávacího řízení. Pokud však v daném případě takováto situace nenastala, zadavatel tedy neměl důvodnou pochybnost o přiměřenosti nabídkových cen, ze zákona mu pak nevyplývala povinnost o této skutečnosti učinit záznam. Pokud Úřad dospěje k závěru, že zadavatel nesplnil svou povinnost a nevyžádal si zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, přestože je z nabídkových cen, či jiných okolností zřejmé, že by mohla některá být mimořádně nízkou, musí takové rozhodnutí náležitě odůvodnit a podložit důkazními prostředky.

K posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny po provedení elektronické aukce

27. Elektronická aukce je specifický institut směřující k získání výhodnějších podmínek realizace veřejné zakázky (tj. nižší nabídkové ceny či ekonomicky výhodnější nabídky), než uchazeči původně předložili v rámci svých nabídek předkládaných ve lhůtě pro podání nabídek v příslušném zadávacím řízení. Je samozřejmě nezbytné před vlastním zahájením elektronické aukce provést standardní proces posouzení a hodnocení nabídek podle ustanovení § 76 a násl. zákona a pořídit zprávu o posouzení a hodnocení nabídek podle ustanovení § 80 zákona. Tento proces se označuje v případě, že zadavatel použije elektronickou aukci, jako předběžné hodnocení; předběžný charakter takového hodnocení spočívá právě v tom, že cílem elektronické aukce je změna nabídek v těch hodnotách, jež jsou předmětem hodnocení, která může mít za následek i změnu v pořadí oproti původnímu, předběžnému hodnocení. Výsledky předběžného hodnocení jsou podkladem pro elektronickou aukci.

28. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že zadavatel má povinnost posoudit nabídkové ceny z pohledu mimořádně nízké nabídkové ceny i po provedení elektronické aukce, což osvětluje úvahami o významu a účelu tohoto institutu a sám v bodu 45. napadeného rozhodnutí uvádí, že zákon tuto povinnost výslovně neuvádí, avšak tato povinnost vyplývá z faktu, že zadavateli jsou prostřednictvím zrealizované elektronické aukce předloženy nové hodnoty nabídkových cen. S posouzením a odůvodněním, uvedeným v napadeném rozhodnutí se ztotožňují, neboť opačným výkladem by v případě elektronických aukcí posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny pouze před samotnou aukcí ztrácelo smysl. Obecně je smyslem právní úpravy, týkající se mimořádně nízké nabídkové ceny (jak již bylo uvedeno výše), umožnit identifikovat ty nabídky, které vzbuzují oprávněné podezření, že uchazeč nebude schopen za nabídnutou cenu předmět veřejné zakázky řádně splnit. Zákon tak chrání zadavatele před tím, aby byl nucen uzavřít smlouvu s uchazečem, který by nebyl schopen plnění za nabídkovou cenu vůbec poskytnout, případně by je neposkytl řádně. Proto je třeba souhlasit s odůvodněním Úřadu, že ze stejného důvodu, z jakého posuzuje nabídkové ceny zadavatel před elektronickou aukcí, je musí být oprávněn posoudit i po elektronické aukci, a to o to více, že teprve po elektronické aukci jsou to právě ceny finální, na základě kterých bude zadavatel uzavírat smlouvu s vybraným uchazečem. A zde musí mít jistotu, že nabídnutá cena v sobě zahrnuje všechny náklady na předmět veřejné zakázky a zadavatel bude schopen za takovou cenu plnit.
29. Současně je však třeba obecné a tedy i teoretické úvahy Úřadu aplikovat na zjištěný skutkový stav věci. Jak již bylo uvedeno výše, krajský soud v rozsudku sp. zn. 62 Af 88/2012 ze dne 21. 11. 2013 konstatoval, že zákon „*hodnotící komisi (ani zadavateli) výslovně neukládá, aby v případě, že neshledá žádnou z nabídkových cen mimořádně nízkou, důvody, pro které k takovému závěru dospěla, sdělovala – ani do protokolu o posouzení (a hodnocení) nabídek, ani do zprávy o posouzení nabídek, ani jednotlivým uchazečům; výčet veškerých důvodů, pro které není nabídková cena mimořádně nízkou, by ostatně mohl tvořit nekonečný řetězec, a tedy jejich vyčerpávající uvedení by z tohoto důvodu ani nebylo možné.*“ Pokud tedy Úřad dovodil povinnost zadavatele, zabývat se mimořádně nízkou nabídkovou cenou i po elektronické aukci, měl se současně vyslovit k tomu, zda v daném případě zadavatel měl důvody se takovým posouzením zabývat. Tedy zda měl důvody pokládat konkrétní nabídkovou cenu za mimořádně nízkou. K tomu lze odkázat na výše uvedený rozsudek krajského soudu „*Typicky přitom takové reálné podezření může vzniknout tehdy, pokud zadavatele kdokoli (především z uchazečů, kteří podali nabídky) na možnost mimořádně nízkých nabídkových cen věrohodně a kvalifikovaně upozornil ještě před posouzením nabídek, zpravidla v důsledku informací o nabídkových cenách zjištěných při otevírání obálek (pak se s touto otázkou hodnotící komise vypořádá v protokolu o jednání komise či ve zprávě o posouzení nabídek). Takové reálné podezření však může vzniknout i tehdy, pokud byl zadavatel na možnost mimořádně nízkých nabídkových cen upozorněn po posouzení nabídek v rámci námitek směřujících proti posouzení (pak se s touto otázkou zadavatel vypořádá v rozhodnutí o námitkách). V obou právě uvedených situacích se hodnotící komise či přímo zadavatel dozví alespoň argumentační základ poukazující na možnost mimořádně nízkých nabídkových cen a jeví se jako zcela přiměřené, aby konkrétní pochybnosti, jež byly srozumitelně avizovány, byly ze strany hodnotící komise či samotného zadavatele věcně a srozumitelně rozptýleny.*“

30. Takové posouzení však Úřad v napadeném rozhodnutí neučinil, a to ani k posouzení nabídek před aukcí, ani k posouzení po aukci. Obecné úvahy Úřadu tak bez jejich aplikace na konkrétní skutkový stav věci nemohou obstát a rozhodnutí je tak nepřezkoumatelné.
31. Při novém projednání věci se tedy Úřad bude zabývat tím, zda existovaly v průběhu zadávacího řízení důvody, pro které měl mít zadavatel podezření na existenci mimořádně nízké nabídkové ceny a v návaznosti na to pro postup dle § 77 zákona. Na základě řádně zjištěného skutkového stavu věci pak posoudí, zda došlo ke spáchání správního deliktu.
32. S ohledem na to, že byla konstatována nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, jak je uvedeno výše, jsem se podrobně nezabýval námitkami zadavatele uvedenými v rozkladu. Přičemž Úřad je při novém projednání věci povinen zabývat se všemi relevantními námitkami navrhovatele, které mohou mít význam pro další řízení a rozhodnutí ve věci.

Závěr

33. Jelikož jsem po přezkoumání věci došel k závěru, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí. Při novém projednání věci je Úřad v souladu s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu vázán právním názorem odvolacího správního orgánu.
34. Při novém projednání věci Úřad znovu posoudí, zda zadavatel postupoval v rozporu s ustanovením § 77 odst. 1 zákona a s ohledem na tento závěr pak rozhodne o dalším postupu ve správním řízení.

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. Čtyřlístek – centrum pro osoby se zdravotním postižením Ostrava, příspěvková organizace, Hladnovská 751, 712 00 Ostrava – Muglinov,
2. PaedDr. Hana Nováčková, podnikatel, Kalvodova 819/8, 709 00 Ostrava – Mariánské Hory,
3. VKUS-BUSTAN s.r.o., Svazarmovská 308, 738 01 Frýdek-Místek

Vypraveno dne:

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