



UOHSX008PEIP

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R241/2015/VZ-50465/2016/321/OHo

Brno 2. ledna 2017

V řízení o rozkladu ze dne 4. 8. 2015, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, podaném zadavatelem –

- **Statutárním městem Zlín**, IČO 00283924, se sídlem náměstí Míru 12, 761 01 Zlín, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 15. 12. 2014 Mgr. Zuzanou Tinhoferovou, advokátkou, se sídlem Staňkova 557/18a, 602 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S207/2015/VZ-18671/2015/543/JNe ze dne 20. 7. 2015, vydaném ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „**Rekonstrukce podchodu na náměstí Práce ve Zlíně**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 4. 10. 2012 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 10. 2012 pod ev. č. 223019 ve znění následných oprav a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 10. 10. 2012 pod ev. č. 2012/S 195-320576 ve znění následných oprav,

jsem podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S207/2015/VZ-18671/2015/543/JNe ze dne 20. 7. 2015

**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, zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem - Statutárním městem Zlín, IČO 00283924, se sídlem náměstí Míru 12, 761 01 Zlín, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 15. 12. 2014 Mgr. Zuzanou Tinthoferovou, advokátkou, se sídlem Staňkova 557/18a, 602 00 Brno, (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce podchodu na náměstí Práce ve Zlíně“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 4. 10. 2012 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 10. 2012 pod ev. č. 223019 ve znění následných oprav a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 10. 10. 2012 pod ev. č. 2012/S 195-320576 ve znění následných oprav (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Po předběžném přezkoumání zadávací dokumentace získal Úřad pochybnost, zda zadavatel dodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 zákona, když nevyřadil nabídku vybraného uchazeče z důvodů nesplnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách na ocenění položky č. 33 – *aktualizace výkazu výměr částkou 9.500,- Kč bez DPH* a položky č. 34 – *projektová dokumentace částkou 20.000,- Kč bez DPH*, přičemž tento postup ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, a proto Úřad zahájil správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. ÚOHS-S207/2015/VZ.

### II. Napadené rozhodnutí

3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 20. 7. 2015 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S207/2015/VZ-18671/2015/543/JNe (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl výrokem I. tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 76 odst. 1 citovaného zákona v návaznosti na ustanovení § 6 odst. 1 citovaného zákona porušením zásady transparentnosti a zákazu diskriminace, když nevyřadil nabídku vybraného uchazeče - OHL ŽS, a.s., IČO 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 602 00 Brno (dále jen „**vybraný**“

---

<sup>1</sup> 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. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

**uchazeč“)** - z další účasti v zadávacím řízení z důvodů nesplnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách na ocenění položky č. 33 – *aktualizace výkazu výměr částkou 9.500,- Kč bez DPH a položky č. 34 – projektová dokumentace částkou 20.000,- Kč bez DPH*, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a na veřejnou zakázku byla zadavatelem dne 16. 9. 2013 uzavřena smlouva s vybraným uchazečem - OHL ŽS, a.s., IČO 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 602 00 Brno. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 90 000 Kč.

4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že z protokolu o posouzení nabídek ze dne 2. 7. 2013 bylo zjištěno, že zadavatel obdržel 19 nabídek na plnění veřejné zakázky s tím, že hodnotící komise následně vyřadila podle § 76 odst. 1 zákona 5 nabídek uchazečů ze zadávacího řízení pro nesplnění zadávacích podmínek. Z protokolu o posouzení nabídek bylo dále zjištěno, že nabídka č. 6 – vybraného uchazeče, dle posouzení hodnotící komise, *„splnila zákonné požadavky a požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách a uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) ZVZ“*. Hodnotící komise dále konstatovala, že *„zkontrolovala nabídku v podrobnostech soupisu stavebních prací a výkazu výměr v souladu s § 76 odst. 1 ZVZ“*. Úřad v zadávací dokumentaci zjistil, že dle bodu 21. *„Další části zadávací dokumentace – přílohy“* byla její přílohou č. 3 *„Projektová dokumentace a výkaz výměr včetně rekapitulace stavby“*. Zadavatel dne 22. 2. 2013 uveřejnil dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 15 (bod 27 odůvodnění), kterými stanovil, aby uchazeči ve svých nabídkách nacenili položku č. 33 aktualizace výkazu výměr a položku č. 34 projektová dokumentace pevně stanovenou částkou - položka č. 33 - aktualizace výkazu výměr 9.500,- Kč bez DPH a položka č. 34 - projektová dokumentace 20.000,- Kč bez DPH. Z předložené nabídky vybraného uchazeče Úřad zjistil, že v rámci výkazu výměr ocenil vybraný uchazeč položku č. 33 – Ostatní požadavky – aktualizace výkazu výměr částkou 2 500,- Kč bez DPH a položku č. 34 – Ostatní požadavky – projektová dokumentace částkou 12 500,- Kč bez DPH.
5. Úřad k uvedenému konstatoval, že předložené nabídky uchazečů musí splňovat veškeré požadavky uložené zákonem a požadavky zadavatele obsažené v zadávacích podmínkách, protože pouze takové nabídky jsou v procesu hodnocení vzájemně porovnatelné. Splnění zadávacích podmínek v nabídkách uchazečů je tedy předpokladem pro korektní hospodářskou soutěž, v jejímž rámci má být zadavatelem vybrána nejvhodnější nabídka. V šetřeném případě hodnotící komise neposoudila nabídku vybraného uchazeče v souladu s § 76 odst. 1 zákona, přehlédla či nezjistila ocenění položek č. 33 a 34 ve výkazu výměr vybraného uchazeče a v rozporu s obsahem nabídky vybraného uchazeče konstatovala, že ve výkazu výměr jsou oceněny všechny položky tak, jak požadoval zadavatel v zadávacích podmínkách. Pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a vyřadil by nabídku uchazeče, která nesplnila zadavatelem stanovené podmínky v zadávací dokumentaci (v návaznosti na nacenění položek č. 33 a 34), tento uchazeč by musel být vyloučen ze zadávacího řízení, což se v daném případě nestalo. Jak vyplývá z výše uvedených skutečností, v šetřeném případě zadavatel postupoval netransparentně, jelikož není zřejmé, proč ponechal v tomto řízení k hodnocení nabídku, která měla být vyřazena z důvodu jejího vypracování v rozporu se zadávacími podmínkami. Současně byl v daném případě postup zadavatele i diskriminační, neboť tímto způsobem zadavatel zvýhodnil vybraného uchazeče, když ho ponechal v zadávacím řízení a následně jeho nabídku vybral jako nejvhodnější.

6. Úřad v napadeném rozhodnutí dále konstatoval, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když nedodržel postup stanovený v ustanovení § 76 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 odst. 1 zákona porušením zásady transparentnosti a zákazu diskriminace, když nevyřadil nabídku vybraného uchazeče z další účasti v zadávacím řízení z důvodů nesplnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách na ocenění položky č. 33 – aktualizace výkazu výměr částkou 9.500,- Kč bez DPH a položky č. 34 – projektová dokumentace částkou 20.000,- Kč bez DPH, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. Na tuto veřejnou zakázku byla zadavatelem dne 16. 9. 2013 uzavřena smlouva s vybraným uchazečem. Proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. napadeného rozhodnutí.
7. K uložení pokuty za správní delikty Úřad uvedl, že horní hranice možné pokuty činila částku ve výši 4 222 103 Kč. Při určení výše pokuty Úřad přihlédl k závažnosti, způsobu, následkům a okolnostem, za kterých byl správní delikt spáchán. Poté Úřad uvážil i ekonomickou situaci zadavatele. Po vyhodnocení výše uvedených okolností pak Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 90 000 Kč.

### **III. Námitky rozkladu zadavatele**

8. Napadené rozhodnutí napadl v celém rozsahu zadavatel rozkladem ze dne 4. 8. 2015, který Úřad obdržel téhož dne. Vzhledem k tomu, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 20. 7. 2015, byl rozklad podán v zákonné lhůtě.
9. Zadavatel zdůvodnil podání rozkladu tím, že dle jeho názoru je napadené rozhodnutí založené na nedostatečně zjištěném skutkovém stavu, když se Úřad v napadeném rozhodnutí nevypořádal s námitkami zadavatele.
10. Podle zadavatele měl Úřad nejprve najisto postavit, zda byl požadavek na fixní položky stanoven v souladu se zákonem. Zadavatel dále uvedl, že pokud se Úřad žádným způsobem nevyjádřil k problematice fixních položek, pak je třeba napadené rozhodnutí považovat za nepřezkoumatelné, neboť není zřejmé, z jakých premis Úřad pro závěr o spáchání správního deliktu zadavatelem, vychází. K tomu zadavatel podotknul, že pokud se Úřad k fixním cenám nijak nevyjádřil pak je možné takový požadavek považovat za zákonný.
11. Bez ohledu na případnou relevanci závěrů Úřadu má zadavatel za to, že se Úřad nevyjádřil k tomu, zda postup zadavatele mohl mít reálný dopad na výběr nejvhodnější nabídky zadavatele. Dle názoru zadavatele, i kdyby bylo stanovení fixních cen shledáno jako souladné se zákonem, by toto nemělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky, nelze nutit dodavatele, aby předmětné plnění nemohl nabídnout za nižší ceny. K tomu zadavatel odkázal na judikaturu Soudního dvora Evropské unie ve věcech č. C-454/06 a C496/99, přičemž argumentoval tím, že v daném případě Soudní dvůr Evropské unie jednak posuzoval otázku zvýšení slevy poskytnuté zadavateli dodavatelem a jednak posuzoval otázku změn ve prospěch a neprospěch zadavatele. S ohledem na uvedené tak má zadavatel za to, že argumentace Úřadu v napadeném rozhodnutí neodpovídá zásadě předvídatelnosti správního rozhodování a zásady ochrany legitimního očekávání.
12. K uložení pokuty Úřadem pak zadavatel namítal, že pokud Úřad jako přitěžující okolnost posoudil to, nebyla vyřazena nabídka vybraného uchazeče s tím, že tak došlo k narušení hospodářské soutěže, pak jde o dvojí přičítání k tíži zadavatele, což při správním trestání

nelze připustit. Současně má zadavatel za to, že pokud odchýlení se vybraného uchazeče od fixních cen představovalo částku 14 500 Kč bez DPH a nabídka druhého uchazeče v pořadí byla o 2 572 553 Kč bez DPH vyšší, pak se výše pokuty jeví jako nepřiměřená.

#### **Závěr rozkladu zadavatele**

13. Navrhovatel zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v plném rozsahu zrušil a správní řízení zastavil, eventuálně věc vrátil Úřadu k novému projednání.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

14. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí dle ust. § 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 věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

15. 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, které vydání rozhodnutí předcházelo s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
16. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S207/2015/VZ-18671/2015/543/JNe ze dne 20. 7. 2015, rozhodl tak, jak bylo v napadeném rozhodnutí uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se zcela ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

#### **V. K námitkám rozkladu zadavatele**

17. Úvodem konstatuji, že v podaném rozkladu zadavatel napadá jak zákonnost napadeného rozhodnutí, tak i jeho věcnou správnost z hlediska nesprávného právního posouzení věci Úřadem.
18. Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí konstatoval, že zadavatel porušil postup stanovený v ust. § 76 odst. 1 zákona v návaznosti na ust. § 76 odst. 6 zákona, když z účasti v zadávacím řízení nevyločil vybraného uchazeče, a to přesto, že jeho nabídka nesplňovala požadavky stanovené zadávací dokumentací, konkrétně v části týkající se nacenění položek výkazu výměr pod č. 33 a 34.
19. Podle ust. § 76 odst. 1 zákona hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d). Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny. Jestliže nedošlo k vyřazení všech variant nabídky, nepovažuje se nabídka za vyřazenou. Ke zjevným početním chybám v nabídce, zjištěným při posouzení nabídek, které nemají vliv na nabídkovou cenu, hodnotící komise nepřihlíží. V případě veřejné zakázky na stavební práce, jejíž zadávací dokumentace

obsahuje příslušnou dokumentaci podle § 44 odst. 4 písm. a), posoudí hodnotící komise nabídky v podrobnostech soupisu stavebních prací, dodávek a služeb a výkazu výměr.

20. Podle ust. § 76 odst. 6 zákona uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučí zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení. To neplatí, pokud zadavatel postupuje podle § 79 odst. 5. Vyloučení uchazeče, včetně důvodů vyloučení, zadavatel uchazeči bezodkladně písemně oznámí. Pokud si to veřejný zadavatel v zadávacích podmínkách vyhradil, může ve zjednodušeném podlimitním řízení rozhodnutí o vyloučení uchazeče oznámit jeho uveřejněním na profilu zadavatele; v takovém případě se rozhodnutí o vyloučení uchazeče považuje za doručené okamžikem uveřejnění na profilu zadavatele.
21. Podle ust. § 17 písm. l) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí zadávacími podmínkami veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky,
22. Nejprve považuji za podstatné poukázat na skutečnost, že za zásadní pro přezkoumání napadeného rozhodnutí považuji posouzení a vypořádání dvou základních otázek. První je otázka toho, zda byly zadávací podmínky zadavatelem nastaveny v souladu se zákonem. Druhou je pak otázka toho, zda zadavatel mohl nabídku vybraného uchazeče hodnotit, neboť je zřejmé, že pouze taková nabídka, která beze zbytku splní zadávací podmínky, může být podrobena hodnocení a může být případně vybrána jako nejvhodnější.
23. K první z uvedených otázek předesílám pro zadavatele klíčový poznatek, že požadavek na nacenění dvou položek výkazu výměr fixními hodnotami zadavatel v tomto případě stanovil v souladu se zákonem. Jsem však přesvědčen, že by se nemělo jednat o standardní postup zadavatelů, neboť pokud je jedním z hodnotících kritérií s nezanedbatelnou vahou nabídková cena, měl by být soutěžen celý předmět veřejné zakázky. Postupem, který zadavatel zvolil, došlo v rozsahu předmětu veřejné zakázky odpovídajícím položkám č. 33 a č. 34 k vyloučení hospodářské soutěže u tohoto plnění.
24. K závěru o zákonnosti požadavku na pevně stanovené hodnoty položek č. 33 a č. 34, který Úřad v napadeném rozhodnutí skutečně explicitně nevyslovil, jsem pak dospěl z důvodu, že předmětné zafixované položky lze charakterizovat následujícím způsobem.
25. Předně se jednalo o položky, které jsou marginálního charakteru ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky, i z hlediska prosté sumy činností, jež jsou součástí výkazu výměr. Nelze reálně očekávat, že by aktualizace výkazu výměr a vytvoření projektové dokumentace byly činnostmi, jež budou představovat majoritní nebo alespoň významnou část plnění veřejné zakázky. Vytvoření projektové dokumentace je sice jistě nad míru důležitým úkonem pro provádění stavebních prací, avšak nejedná se o činnost průběžnou ani periodickou, ale o činnost jednorázovou. Aktualizace výkazu výměr přitom může ze své povahy být častějším úkonem při plnění předmětu veřejné zakázky, ale vzhledem k tomu, že dle rozpočtu vybraného uchazeče byly obě položky naceňovány v množství 1, a že podstatou veřejné zakázky jsou samotné stavební práce včetně dodání odpovídajícího materiálu a i vzhledem k částce, kterou za tuto činnost zadavatel hodlal uhradit, je zřejmé, že tyto činnosti nebyly ani zdaleka základní podstatou předmětu veřejné zakázky. Současně považuji za významné při posouzení oprávněnosti stanovit v posuzovaném případě na část

předmětu veřejné zakázky fixní cenu přihlédnout i k důvodům, které zadavatele k tomuto kroku vedly a o nichž bude pojednáno dále v tomto rozhodnutí.

26. S výše uvedeným také úzce souvisí skutečnost, že částky za tyto dvě položky nepředstavují ani promile předpokládané hodnoty veřejné zakázky a koneckonců ani ceny finálně vysoutěžené. Zcela odlišné by bylo, pokud by nastala situace jako v případě, jehož se zadavatel dovolává v rozkladu, tedy věci sp. zn. ÚOHS-S6/2012/VZ. Avšak vzhledem k tomu, že v tomto případě nedosahují hodnoty zadavatelem zafixovaného plnění limitů pro veřejné zakázky malého rozsahu ani vzdáleně, není možné k namítanému případu přihlédnout, když v uvedené věci bylo konstatováno pochybení zadavatele právě vzhledem k rozsahu plnění, jež odpovídalo položkám s fixními hodnotami.
27. Zároveň lze konstatovat, že v daném případě a ve vztahu k předmětu plnění této veřejné zakázky, lze charakterizovat položky č. 33 a č. 34 výkazu výměr jako plnění, jež nepředstavuje pro potenciální okruh dodavatelů takové činnosti, které by mohly být způsobilé výrazně ovlivnit jejich možnosti účasti v zadávacím řízení.
28. Na základě výše uvedeného se tedy příkláním k závěru, že stanovení fixní ceny pro jednotlivé části předmětu veřejné zakázky není pro zajištění volné hospodářské soutěže postupem žádaným, avšak za splnění specifických podmínek a ve výjimečných případech, kdy je k takovému postupu zadavatel nucen za účelem promítnutí významu základních zásad zákona do zadávacího řízení, se jedná o postup, který je v mezích zákona přijatelný. Ve vztahu k tomuto případu tedy konstatuji, že požadavek zadavatele na nacenění položky č. 33 a položky č. 34 ve výkazu výměr fixní částkou byl požadavkem učiněným v souladu se zákonem. Jako takový tak představuje standardní zadávací podmínku zadavatele ve smyslu § 17 písm. l) zákona, kterou zadavatel stanovil způsob zpracování celkové ceny za veřejnou zakázku.
29. Pakliže se Úřad explicitně nevyjadřoval k povaze fixních položek, ale zabýval se přímo otázkou, zda byly vybraným uchazečem splněny požadavky zadavatele, je nutné dovozovat, že se jednalo o požadavky zákonné. V opačném případě by rozhodnutí samo o sobě bylo vnitřně rozporné, když by Úřad vystavěl nesplnění povinnosti zadavatele vyloučit uchazeče na základě nezákonné zadávací podmínky. Ani zadavatel však v rozkladu nikde netvrdí, že se jednalo o požadavek nezákonný, a že tedy měl být jeho postup zkoumán z pohledu možného spáchání správního deliktu porušením § 44 odst. 1 zákona, nesprávným a nezákonným zpracováním zadávacích podmínek. Jsem tedy toho názoru, že pokud v napadeném rozhodnutí absentuje pouze výslovné uvedení premisy, se kterou je přitom zadavatel zcela ztotožněn a nijak proti ní svou argumentací nesměřuje, nemohlo dojít postupem Úřadu k újmě zadavatele na jeho procesním postavení. Sic bych tedy považoval za vhodné, aby Úřad v napadeném rozhodnutí své výchozí stanovisko i materiálně vyslovil, neshledávám napadené rozhodnutí nesprávným či nezákonným z toho důvodu, že tomu tak nebylo, jelikož byť se jedná o premisu nevyslovenou, je to premisa zcela očividná, správná a nijak ve správním řízení nezpochybňovaná. Podle ust. § 89 odst. 2 správního řádu odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem. K vadám řízení, o nichž nelze mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost, se nepřihlíží; tímto

ustanovením není dotčeno právo na náhradu škody způsobené nesprávným úředním postupem.

30. K druhé z dílčích otázek, vymezených v bodě 22 tohoto rozhodnutí pak uvádím následující. Jak jsem již uvedl výše, v předmětném případě lze považovat požadavek na fixní cenu u předmětných položek výkazu výměr za souladný se zákonem. Jako takový pak tento požadavek představuje zadávací podmínku ve smyslu § 17 písm. l) zákona, tedy takovou, kterou nutně musí nabídky uchazečů bezmezně splňovat. Není tedy nejmenšího sporu, že uchazeči nutně museli předložit nabídku v takové podobě, aby splňovala zadávací podmínky, tedy mimo jiné i způsob stanovení nabídkové ceny, když dle bodu 10. zadávací dokumentace *„(p)ožadavky na způsob zpracování nabídkové ceny jsou stanoveny ve vzoru Smlouvy.“* Jak dále vyplývá ze zadávací dokumentace, konkrétně bodu 13. *Způsob hodnocení nabídek*, dílčím hodnotícím kritériem byla právě celková nabídková cena, přičemž uchazeči byli povinni uvést údaje, které jsou předmětem hodnocení do návrhu smlouvy. Tedy u dílčího hodnotícího kritéria měl být *„hodnocen údaj o celkové výši nabídkové ceny za plnění veřejné zakázky v Kč bez DPH.“* Smlouva samotná pak v bodu 7.1 stanovovala následující: *„Celková cena za zhotovení díla se dohodou smluvních stran stanovuje jako nejvýše přípustná, pevná po celou dobu zhotovení díla a je dána cenovou nabídkou zhotovitele. Celková cena obsahuje veškeré náklady v rozsahu Realizačního projektu, včetně ostatních prací souvisejících s provedením díla“*, což následovala tabulka, do níž měli uchazeči vyplnit dílčí položky a konečně položku *„Celkem“*, přičemž dílčí položky představují stavební práce a činnosti dle odst. 3.2, 3.3 a 3.4 smlouvy. Bod 8.1 smlouvy pak stanovuje, že *„Jednotkové ceny uvedené v oceněném výkazu výměr zahrnují všechny práce zhotovovací i pomocné, v rozsahu předmětu smlouvy dle čl. 2, čl. 3 této smlouvy a zadávacích podmínek Veřejné zakázky, a to včetně prací nutných pro řádné dokončení, předání a provozování díla, a to i v případě, že tyto práce nejsou v soupisech prací nebo oceněného výkazu výměr, který je součástí této smlouvy jako příloha č. 3, konkrétně uvedeny.“*
31. Považuji tedy za najisto postavené, že cena v návrhu smlouvy jednotlivých uchazečů pod kolonkou *„Celkem“* byla jejich cenou nabídkovou, jež byla předmětem hodnocení, ale také cenou, která odpovídala rozpočtu stanovenému na základě realizačního projektu a výkazu výměr. Změna v hodnotě položky ve výkazu výměr tak nutně musela znamenat změnu v celkové nabídkové ceně. Přitom si zadavatel vymínil dodatečnými informacemi č. 15 ze dne 22. 2. 2013, že *„požaduje, aby uchazeči do výkazu výměr objektu SO 02 OŠETŘENÍ MOSTU nacenily [sic!] položku č. 33 a položku č. 34 pevně stanovenou částkou“*. Zároveň připomínám, že dle § 82 odst. 2 zákona finálně uzavřená smlouva s vybraným uchazečem musí odpovídat návrhu smlouvy v nabídce.
32. Z argumentace zadavatele plyne, že by za zákonný považoval takový postup, kdy by položky, jež měl uchazeč nacenit zadavatelem pevně stanovenou hodnotou, ale jejichž hodnoty byly v nabídce od této ceny odlišné, byly pro účel hodnocení nabídek hodnotící komisí vnímány v hodnotách určených zadavatelem. Pokud by však hodnotící komise zvolila takovýto postup, musela by odpovídajícím způsobem upravit i rozpočet uchazeče a tedy i celkovou nabídkovou cenu. Ale jak sám zadavatel stanovil, předmětem hodnocení v dílčím hodnotícím kritériu nabídkové ceny měl být údaj o celkové výši nabídkové ceny uvedený v návrhu smlouvy. Postupem, který zadavatel navrhuje, by tedy nebyl hodnocen údaj o celkové výši jeho nabídkové ceny uvedený v návrhu smlouvy určitého uchazeče. Přitom postup, kdy by



zadavatel jako nabídkovou cenu hodnotil cenu odlišnou od ceny v návrhu smlouvy, který je dle § 82 odst. 2 zákona závazný, umožňuje zákonná úprava jen ve zcela výjimečném případě při aplikaci § 101 odst. 4 zákona, k jehož aktivaci však v daném případě nedošlo. Jen pro ilustraci důležitosti zásady neměnnosti nabídkové ceny lze poukázat i na úpravu § 43 zákona, který stanoví, že jsou uchazeči po určitou dobu vázáni svými nabídkami a pokud by zadavatel považoval za nabídku něco, co nabídkou není, odpovědnost uchazeče za svou nabídku by nebylo možné dovozovat; a dále pak i na ust. § 76 zákona, který stanoví, že i ke zjevným početním chybám se nepřihlíží jen za podmínky, že nemají vliv na nabídkovou cenu, jinak je nutno takové nabídky vyřadit. Z povahy procesu hodnocení nabídek tak lze konstatovat, že právě při hodnocení nabídek je třeba akcentovat, aby zadavatel postupoval v souladu se základními zásadami zákona, především zásadou transparentnosti, jež prostupuje celým zadávacím řízením. Aby bylo možno nazvat postup zadavatele transparentním, je nutné, aby ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010, neobsahoval prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Pokud by hodnotící komisi bylo umožněno arbitrárně hodnotit i jinou cenu, než kterou zadavatel v zadávací dokumentaci označil jako cenu, kterou bude hodnotící komise hodnotit, vedl by takový postup právě k nečitelnosti, nepřehlednosti, zkrátka k netransparentnosti procesu hodnocení. Právě tato východiska považuji za rozhodná pro závěr, že v zásadě není možné jako nabídkovou cenu hodnotit jinou cenu, než je nabídková cena uchazeče.

33. Pro případ rozhodné závěry vyplývají přímo z textu zákona, konkrétně z ust. § 76 odst. 1, podle něhož hodnotící komise je povinna posoudit nabídky jednak z hlediska toho, zda splňují zákonné požadavky a jednak z hlediska toho, zda splňují požadavky zadavatele, uvedené v zadávacích podmínkách. Ve smyslu ust. § 17 písm. l) zákona se zadávacími podmínkami rozumí rovněž požadavky zadavatele uvedené v zadávací dokumentaci, tedy i požadavky na zpracování nabídkové ceny. V případě, že nabídka nesplňuje uvedené požadavky, musí být vyřazena, a to tedy již ve fázi posouzení nabídek. Je tak zřejmé, že taková nabídka nemůže být následně hodnocena ve smyslu ust. § 79 zákona. Z hlediska systematiky zákona je posouzení a hodnocení nabídek rozčleněno na dvě fáze, posouzení nabídek provedené dle ust. § 76 zákona a na hodnocení nabídek dle ust. § 79 zákona, přičemž hodnoceny mají být pouze ty nabídky, které splní všechny zákonné podmínky a všechny požadavky zadavatele stanovené v zadávacích podmínkách. Logicky tak vyplývá, že nabídka, která nesplní tyto požadavky, nesmí být hodnocena a jediný postup, který může zadávací komise u takové nabídky zvolit, je její vyřazení. Zákon pak v ust. § 76 odst. 6 stanovuje závazný postup, kterým je povinnost zadavatele uchazeče, který předložil nabídku, jež byla hodnotící komisí vyřazena, vyloučit z účasti v zadávacím řízení.
34. Z výše uvedeného je pak také zcela zjevná podstata vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, jak byla traktována Úřadem. Vybraný uchazeč předložil nabídku, která byla v rozporu se zadávacími podmínkami. Zadavatel byl povinen tohoto uchazeče vyloučit, když neměl možnost hodnotit jako jeho nabídkovou cenu takovou cenu, která nebyla nabídkovou cenou vybraného uchazeče (cenu vypočtenou, pokud by hodnotící komise dopočítala předmětné položky do výše zadavatelem stanovené hodnoty). Za takové situace tak měla být jako ekonomicky nejvhodnější vybrána nabídka jiná, než nabídka vybraného uchazeče, proto měl postup zadavatele vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

35. Již výše jsem poukázal na zákonné instituty zadávací lhůty a na nutnost uzavření smlouvy v souladu s jejím návrhem v nabídce, zároveň jako na znění závazných podmínek zadavatele uvedených v dodatečných informacích. Zadavatel požadoval nacenit určité položky pevnou cenou a nestanovoval kupříkladu cenu maximální, rozuměno stropovou. O tom, že byla u daných položek stanovena cena „napevno“, není nejmenších pochyb, což dokazuje citovaná pasáž dodatečných informací č. 15 v bodě 31. tohoto rozhodnutí. Vypovídající hodnotu však má i dotaz, na jehož základě zadavatel ke stanovení fixních cen přistoupil, když dle dodatečných informací č. 15 ze dne 22. 2. 2013 dodavatel uváděl, že: *„(...) je nutno stanovit rozsah a technologický postup sanací. To je možné stanovit až po odkrytí nosné konstrukce. Nyní se tedy nedá určit ani cena projektu. Stejně jako předchozí uchazeč navrhuje stanovení pevné částky zadavatelem, které by uchazeč použil pro podání nabídky. Jiné řešení nezaručí transparentní podmínky.“* Na tento návrh zadavatel reagoval tím, že skutečně pro předmětné položky stanovil, že budou naceněny pevnými částkami. Nutně tak zadavatel musel být ztotožněn s některým důvodem, pro který přistoupil ke stanovení fixních cen u daných položek, přičemž tímto postupem sledoval dodržení základních zásad zákona. Vzhledem k odůvodnění dodavatele pak lze poukázat na to, že v tomto případě měl postup zadavatele vést ke stavu, kdy mu budou předloženy vzájemně porovnatelné nabídky na základě poskytnutých informací.
36. Vzhledem ke specifickým projednávaného případu je pak zcela zavádějící odkazovat na rozsudky Soudního dvora Evropské unie (dříve Evropského soudního dvora), které se týkají změny již uzavřených smluv, a zcela se s Úřadem ztotožňuji, že se jedná o rozhodnutí nepřiléhavá. U daných rozsudku bylo otázkou, zda došlo k porušení právních předpisů, pokud až následně po uzavření řádně vysoutěžené smlouvy byly závazky měněny, přičemž taková změna by klidně mohla představovat určitou formu slevy. Zatímco však v tomto případě je řešeno, zda byly uchazečem dodrženy požadavky zadavatele před podpisem smlouvy v průběhu zadávacího řízení. K zadavatelem uváděným rozsudkům tak konstatuji, že v předmětném případě nedošlo ke změně smlouvy po jejím uzavření na základě zadávacího řízení, ale k nesplnění zadávacích podmínek, které mohlo vést k vzájemné neporovnatelnosti nabídek v procesu jejich hodnocení, a pokud je tedy samotná podstata namítaných případů odlišná, není možné dovolávat se zásady předvídatelnosti správního rozhodování a legitimního očekávání ve vztahu k těmto rozsudkům.
37. K odůvodnění uložené sankce uvádím, že se s Úřadem ztotožňuji v celkovém vyhodnocení, že pokuta v dané výši odpovídá individuální stránce spáchaného správního deliktu, jeho závažnosti, i s ohledem na majetkovou situaci zadavatele. Předně pokuta ve výši 90 000 Kč představuje jen lehce přes 2 % maximální možné výše, kterou byl Úřad oprávněn uložit za správní delikt dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona ve vztahu k předmětné veřejné zakázce. Jistě si lze představit značně závažnější deliktní jednání, na jehož základě by se již pokuta více blížila této horní hranici, avšak, jak Úřad uvádí, předmětný případ byl ovlivněn výraznou polehčující okolností. Tyto úvahy byly základními východisky při určování výše sankce, přičemž Úřad dále uvádí, že přitěžující okolností bylo, že muselo být zadavateli evidentní, že vybraný uchazeč nesplňuje jeho požadavky, jež stanovil prostřednictvím dodatečných informací. Tato dle Úřadu „přitěžující okolnost“ je tedy spíše způsobem spáchání správního deliktu, podobně jako další „přitěžující okolnost“ (že došlo postupem zadavatele k narušení hospodářské soutěže, což zadavatel dle rozkladu považuje za dvojí přičítání) lze lépe chápat jako následky spáchání správního deliktu. Ostatně způsob, následky a okolnosti spáchání

správního deliktu jsou podkategoriemi obecnějšího ukazatele závažnosti správního deliktu dle § 121 odst. 2 zákona a Úřad se jimi byl v souladu s konstantní judikaturou správních soudů povinen zabývat, což tedy takto učinil.

38. Úvaha Úřadu, kterou mělo dle zadavatele dojít k dvojitmu přičítání, tedy představuje jednu z nutných charakteristik závažnosti protiprávního jednání zadavatele, kterou byl Úřad ze zákona povinen vyhodnotit pro individualizaci trestu. Lze přitom mít určité pochopení pro námitku zadavatele vyvolanou tím, že takřka každé porušení zákona ve své podstatě představuje zásah do konkurenčního prostředí, jak však Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, v daném případě se jednalo o zásadní narušení hospodářské soutěže, když zadavatel nerespektováním svých vlastních pravidel zvýhodnil uchazeče, který měl být ze zadávacího řízení vyloučen. Důsledek jednání zadavatele tak byl o to závažnější, že k narušení tržního prostředí došlo na základě nedůslednosti zadavatele při uplatňování vlastních požadavků. To vše dohromady dává komplexní pohled na spáchaný správní delikt, pro nějž je adekvátní pokuta o Úřadem stanovené výši. Zadavatelem nebyla vyloučena hospodářská soutěž při zadávání veřejné zakázky, proto nelze uvažovat o pokutě z kategorie nejprísnejších, za situace, kdy je daný případ charakterizován Úřadem zohledňovanou výraznou polehčující okolností uvedenou v bodě 50 napadeného rozhodnutí, že byl vybrán uchazeč, který byl kvalifikován pro plnění předmětné veřejné zakázky a nabídl nejnižší nabídkovou cenu, přičemž jako nejnižší by jeho nabídková cena zůstala, i pokud by nacenil jednotlivé položky ve své nabídce správně. Přesto je však nutné uložit pokutu, která nebude jen výchovná, ale bude zadavatelem spatřována i jako postih, což vyplývá z míry závažnosti deliktního jednání, jak bylo popsáno Úřadem, přičemž lze i z rozkladu vyzorovat, že pokuta ve výši 90 000 Kč v tomto případě tyto požadavky naplňuje. Jsem však toho názoru, že pokuta nižší by již s dostatečnou intenzitou na zadavatele nepůsobila, proto jsem ani v rámci řízení o rozkladu nepřistoupil k jejímu snížení.
39. Závěrem jen uvádím, že jsem ověřil dle novějších volně dostupných údajů, zda pokuta v dané výši nepředstavuje pro zadavatele likvidační hrozbu. Ze zveřejněného rozpočtu plánovaného pro rok 2016 přitom vyplývá, že zadavatel plánuje hospodařit s ještě větším objemem prostředků, než jaký bral do úvahy Úřad na základě údajů pro rok 2015. Z toho důvodu tak konstatuji, že závěry Úřadu setrvávají validní a považuji tedy za zjištěné, že sankci nelze považovat za likvidační.
40. Ve smyslu ust. § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí ve všech jeho výrocích a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když napadené rozhodnutí jsem shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil porušení zákona Úřadem popsaným způsobem. Napadené rozhodnutí v obou výrocích I. je tedy zákonné a věcně správné. Mám za to, že Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že došlo ke spáchání správního deliktu, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.
41. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzením zadavatele, že je napadené rozhodnutí nesprávné z důvodů uváděných v rozkladu, a že je nezákonné. Závěry

Úřadu, obsažené v napadeném rozhodnutí, jsou dostatečně odůvodněny a jsou vnitřně logicky uspořádané. Shrnuji tedy, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, když rozhodl o tom, že se zadavatel dopustil správního deliktu, za což zadavateli uložil odpovídající pokutu.

42. Závěrem pak podotýkám, že si jsem vědom toho, že dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), ověřil jsem, zda nemá tato skutečnost vliv na závěry učiněné v tomto případě. V souladu s ústavními principy se totiž trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější, přičemž stejnými principy jsou ovládána i řízení přestupková a řízení o jiných správních deliktech, do jejichž skupiny se řadí i delikty dle zákona. V těchto intencích jsem tak posoudil, zda ZZVZ obsahuje právní úpravu, dle níž by nebylo možno posuzovat trestnost zadavatele za postihované jednání.
43. Předně tedy ZZVZ v § 268 nadále upravuje správní delikty zadavatele při zadávání veřejných zakázek. Zadavatel je tak stále pod hrozbou sankce [jejíž horní hranice určena dle § 268 odst. 2 písm. a) by byla shodná s horní hranicí, jak ji Úřad vypočetl v bodě 46. napadeného rozhodnutí], pokud nedodrží pravidla podle ZZVZ. Zadavatel je přitom povinen dle § 48 odst. 8 v návaznosti na odst. 2 písm. a) ZZVZ vždy vyloučit vybraného uchazeče, který by nesplnil zadávací podmínky, jako je tomu v daném případě. Přitom v daném případě nesporně nedošlo k výzvě zadavatele o nějakou formu objasnění nabídky vybraného uchazeče, což ZZVZ v určitých případech nově umožňuje, tudíž ani takovouto cestou se nemohla úvaha o případné beztrestnosti předmětného jednání ubírat. Zdůrazňuji tedy, že dle § 46 odst. 3 ZZVZ by takové objasnění ve vztahu k položkovému rozpočtu stále nesmělo vyústit ve změnu nabídkové ceny. Dále uvádím, že při hodnocení je zadavatel dle § 115 ZZVZ i nadále povinen stanovit pravidla hodnocení a dle § 119 ZZVZ podle těchto pravidel provede hodnocení. Pro úplnost také připomínám, že nelze uplatnit fikci nepodstatné změny závazku dle § 222 odst. 7 ZZVZ, jelikož v daném případě nebyl měněn již existující závazek a ostatně nelze ani dovodit, že by docházelo k jakékoli vzájemné záměně jedné nebo více položek ze soupisu stavebních prací.

## **VI. Závěr**

44. 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.
45. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## **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**

Mgr. Zuzana Tinhoferová, advokátka, Staňkova 557/18a, 602 00 Brno

### **Vypraveno dne**

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