



UOHSX007ZCG8

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R87/2015/VZ-00196/2017/323/KKř

Brno 3. ledna 2017

V řízení o rozkladu doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 18. 3. 2015, jenž podal zadavatel –

- **Statutární město Teplice**, IČO 00266621, se sídlem náměstí Svobody 2/2, 415 01 Teplice, v řízení o rozkladu zastoupeno na základě plné moci ze dne 12. 3. 2015 JUDr. Pavlem Marečkem, advokátem, ev. č. ČAK 6801, Advokátní kancelář JUDr. Pavel Mareček, IČO 15696189, se sídlem Vaníčkova 1070/29, 400 01 Ústí nad Labem,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2. 3. 2015, č. j. ÚOHS-S30/2015/VZ-5797/2015/521/OPi, vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výše specifikovaným zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Rekonstrukce 66 zapínacích bodů stávajícího veřejného osvětlení v Teplicích**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 28. 11. 2013 a uveřejněno dne 29. 11. 2013 ve Věstníku veřejných zakázek pod ev. č. zakázky 369327 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 12. 2013 pod ev. č. 2013/S 234-405717, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 25. 4. 2014 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 29. 4. 2014 pod ev. č. 2014/S 083-144475,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 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-S30/2015/VZ-5797/2015/521/OPI ze dne 2. 3. 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 vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Statutární město Teplice, IČO 00266621, se sídlem náměstí Svobody 2/2, 415 01 Teplice (dále jen „**zadavatel**“), zahájilo otevřené zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem „Rekonstrukce 66 zapínacích bodů stávajícího veřejného osvětlení v Teplicích“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 28. 11. 2013 a uveřejněno dne 29. 11. 2013 ve Věstníku veřejných zakázek pod ev. č. zakázky 369327 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 12. 2013 pod ev. č. 2013/S 234-405717, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 25. 4. 2014 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 29. 4. 2014 pod ev. č. 2014/S 083-144475 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Předmětem veřejné zakázky, jejíž předpokládaná hodnota byla stanovena v částce 10.743.000 Kč bez DPH, byla dle oznámení o zakázce rekonstrukce – výměna stávajících zapínacích bodů a dále související práce jako připojení kabeláže, demontáž stávajících rozvaděčů, zapravení povrchů a uvedení do původního stavu.
2. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 25. 2. 2014 vyplývá, že hodnotící komisí bylo hodnoceno celkem 6 nabídek, přičemž rozptyl nabídkových cen bez DPH byl následující. Nejnižší nabídková cena za plnění předmětu veřejné zakázky, tj. nabídková cena vybraného uchazeče – společnosti ČEZ Energetické služby s.r.o., IČO 27804721, se sídlem Výstavní 1144/103, 706 02 Ostrava – Vítkovice (dále jen „**vybraný uchazeč**“), činila 5.678.966,31 Kč bez DPH, naopak jako nejvyšší nabídková cena byla uchazečem předložena částka 10.736.129 Kč bez DPH. Průměrná nabídková cena z hodnocených nabídkových cen pak činila 8.100.923,52 Kč bez DPH.
3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) dále zjistil, že z dokumentace o veřejné zakázce není zřejmé, zda se hodnotící komise zabývala posouzením nabídek uchazečů z hlediska výše jejich nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.

4. Úřad, jakožto orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil na základě prošetření obdrženého podnětu dne 14. 1. 2015 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem v souvislosti s veřejnou zakázkou, neboť získal pochybnosti o tom, zda zadavatel neporušil svým postupem zákon, konkrétně zda zadavatel postupoval v souladu s § 77 odst. 1 zákona ve spojení s § 6 odst. 1 téhož zákona.

II. Napadené rozhodnutí

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S30/2015/VZ-5797/2015/521/OPi ze dne 2. 3. 2015 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem tím, že tento při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu s § 77 odst. 1 ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, když v rozporu se zásadou transparentnosti ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 25. 2. 2014 ani z jiného dokumentu obsaženého v dokumentaci o veřejné zakázce nevyplývalo, že by se hodnotící komise v souladu s § 77 odst. 1 zákona při posouzení nabídek zabývala i posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 23. 4. 2014 s vybraným uchazečem smlouvu o dílo č. 14410067. Výrokem II. byla zadavateli uložena za spáchání shora označeného správního deliktu pokuta ve výši 50.000 Kč.
6. Úřad se v napadeném rozhodnutí nejdříve zabýval otázkou dodržení zásady transparentnosti při posouzení nabídek z hlediska výše nabídkových cen jednotlivých uchazečů ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, přičemž uvedl, že s ohledem na možný výskyt mimořádně nízkých nabídkových cen je jednou ze zákonných povinností hodnotící komise se touto problematikou zabývat a pro dodržení zásady transparentnosti o tomto svém postupu provést přezkoumatelný záznam v dokumentaci o veřejné zakázce. V případě, že hodnotící komise získá při své činnosti podezření, že nabídka uchazeče obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné. Pakliže dospěje k závěru, že nabídka uchazeče mimořádně nízkou nabídkovou cenu neobsahuje, není povinna podrobně rozepisovat veškeré důvody, pro které nabídkovou cenu nepovažuje za mimořádně nízkou, což ovšem neplatí v případě, že existují určité indicie, které by mohly výskytu mimořádně nízké nabídkové ceny nasvědčovat. Za takové situace již musí hodnotící komise své závěry, proč nabídkovou cenu nepovažuje za mimořádně nízkou, řádně odůvodnit, což dle názoru Úřadu zadavatel v šetřeném případě neučinil, byť zde mohla z jeho strany vzniknout pochybnost o existenci mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídkách některých uchazečů.
7. Přestože Úřad nemůže nahrazovat hodnotící komisi a myšlenkové pochody jejích členů, je možno přezkoumat, zda zadavatel (při hodnocení obdržených nabídek prostřednictvím hodnotící komise) dodržel základní zásady uvedené v § 6 odst. 1 zákona. Proto Úřad

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

v kontextu výše nabídkových cen uvedl, že objektivně byly dány určité indicie pro podezření na možnou mimořádně nízkou nabídkovou cenu některých uchazečů, přičemž své konstatování opřel o propočty odchylky jak od předpokládané hodnoty veřejné zakázky, tak od průměru nabídkové ceny z hodnocených nabídkových cen. V případě, že by hodnotící komise dospěla k obdobnému závěru, byla by podle § 77 odst. 1 zákona povinna vyžádat si od takových uchazečů písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné a pokud by i přesto nepojala podezření na existenci mimořádně nízké nabídkové ceny, byla by povinna (s ohledem na nutnost dodržení zásady transparentnosti) uvést důvody, jež ji vedly k takovému závěru. Zadavatel však dle Úřadu indicie o existenci mimořádně nízké nabídkové ceny zřejmě zcela a bezdůvodně ignoroval (jak dovodil ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek a z ostatních částí dokumentace o veřejné zakázce), což přímo popírá zásadu transparentnosti.

8. Postup zadavatele, resp. hodnotící komise pak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť v případě, že by nabídka vybraného uchazeče byla hodnotící komisí vyřazena, mohla být vybrána jako nejvhodnější nabídka jiného uchazeče. V rámci vypořádání zadavatelových argumentů uvedených v jeho vyjádření Úřad konstatoval, že postup zadavatele při jiných zadávacích řízeních je pro posouzení šetřené veřejné zakázky irelevantní, stejně jako to, že nabídky třech uchazečů nejsou vzájemně výrazně odlišné, neboť z takové skutečnosti nelze automaticky vyvozovat závěr o nemožnosti existence podezření na mimořádně nízkou nabídkovou cenu.
9. Uloženou pokutu Úřad odůvodnil tak, že při stanovení výše sankce za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem vzal v úvahu závažnost správního deliktu, zejména způsob jeho spáchání. K tomu uvedl, že ačkoliv byla porušena zásada transparentnosti, zadavatel zcela neignoroval kogentní ustanovení zákona, a proto se nejedná o delikt dosahující nejvyšší intenzity závažnosti. Z hlediska následků Úřad přihlédl zejména k tomu, že v důsledku písemného nezachycení možného posouzení výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nastala situace, kdy se postup zadavatele, resp. hodnotící komise, stal z hlediska ověření splnění zákonné povinnosti stanovené v § 77 odst. 1 zákona nepřezkoumatelný. Stran okolností, za nichž byl delikt spáchán, Úřad ve prospěch zadavatele přihlédl ke skutečnosti, že v šetřeném případě bylo plnění veřejné zakázky realizováno a dokončeno vybraným uchazečem za jím nabídnutou cenu bez jakéhokoliv navýšení prostřednictvím víceprací, a lze tedy konstatovat, že netransparentní postup zadavatele neměl za následek nekontrolovatelné navyšování původně vysoutěžené ceny veřejné zakázky. Žádné další přitěžující ani polehčující okolnosti v souvislosti se spácháním správního deliktu nebyly Úřadem shledány. Při stanovení výše pokuty Úřad rovněž přihlédl, vedle obsahu obou obecných funkcí právní odpovědnosti (tj. represivní a preventivní), také k ekonomické situaci zadavatele.

III. Námitky rozkladu

10. Dne 18. 3. 2015 obdržel Úřad nedatovaný rozklad zadavatele. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 3. 3. 2015. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
11. Zadavatel je přesvědčen, že jemu vytýkané jednání, jímž měl být dle Úřadu spáchán správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, nemůže naplňovat skutkovou podstatu

jmenovaného deliktu. Po obecném vymezení deliktní odpovědnosti a povahy správních deliktů zadavatel v rozkladu dále odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 7. 10. 2011 evidovaný pod č. j. 62 Af 41/2010-72, z nějž vyvodil závěr, že ve správním řízení o deliktu musí být prokázáno nejen porušení zákona, ale též skutečnost, že takové porušení mělo za následek podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. V této souvislosti zadavatel uvedl, že dle jeho názoru je zřejmé, že napadeným rozhodnutím předpokládané porušení zákona (i kdyby k němu skutečně došlo) neovlivnilo a ani nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a to proto, že v rámci předmětného zadávacího řízení byl vybrán uchazeč, jehož nabídka byla nejvhodnější, přičemž veřejná zakázka byla splněna v souladu s předloženou nabídkou, a to i z hlediska výše ceny za plnění předmětu veřejné zakázky.

12. Podle názoru zadavatele (opřené o odbornou literaturu) je právní úprava mimořádně nízké nabídkové ceny strohá a vyvolávající výkladové obtíže, přesto je třeba dovodit, že uvážení, zda uchazeč předložil ve své nabídce mimořádně nízkou nabídkovou cenu, je výlučně v kompetenci hodnotící komise, jejíž složení je odborné povahy a za jejíž činnost a ustanovení plně odpovídá zadavatel. Ten se však nemůže dopustit porušení zákona tím, že nabídkovou cenu některého uchazeče jako mimořádně nízkou neshledal, i když tak měl učinit, což je dáno tím, že jedině on nese obchodněprávní riziko nesplnění závazku ze smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky. Zadavatel se domnívá, že s ohledem na předběžnou kalkulaci a rozpočet, popřípadě též na dřívější zkušenosti zadavatele a nabídkové ceny ostatních uchazečů, je třeba za mimořádně nízkou nabídkovou cenu považovat takovou cenu, za kterou předmět veřejné zakázky nelze reálně splnit a která se výrazně odlišuje od ostatních částek nabídnutých jinými uchazeči.
13. V rozkladu zadavatel dále uvedl, že vzhledem k různým názorům na problematiku mimořádně nízké nabídkové ceny, jsou zadavatelé odkázáni na odbornou literaturu a judikaturu, která však rovněž není jednotná. K tomu cituje závěr právní teorie, dle nějž na zadavatele, resp. hodnotící komisi není kladena povinnost shledat mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a v případě, že není tato relevantní osobou shledána, pak nemusí být taková skutečnost nikde odůvodněna.
14. Rozklad směřuje i proti výroku o uložení pokuty. K tomu zadavatel uvedl, že je přesvědčen, že neporušil žádnou zákonnou povinnost, za níž by mu měla být uložena pokuta, a pokud se dopustil nějakého pochybení, bylo toto pouze administrativního rázu bez významu pro rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Nadto nemůže jít zadavateli k tíži, pokud je právní úprava nedostatečná a judikatura či odborná literatura nejednotná.

Závěr rozkladu

15. S ohledem na námítky uvedené v rozkladu zadavatel navrhuje, aby bylo o napadeném rozhodnutí předsedou Úřadu rozhodnuto tak, že se napadené rozhodnutí zrušuje v plném rozsahu a správní řízení vedené v předmětné věci se zastavuje.

IV. Řízení o rozkladu

16. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

17. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu zadavatele a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
18. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
19. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

20. Primárně je ve vztahu k právě posuzovanému případu třeba obecně říci, že jednou ze zákonných povinností hodnotící komise ustavené zadavatelem, je mimo jiné i obligatorní posouzení výše nabídkových cen předložených jednotlivými uchazeči účastníky se zadávacího řízení ve vztahu k předmětu veřejné zakázky jako celku, a to s ohledem na možný výskyt mimořádně nízké nabídkové ceny. Jinými slovy řečeno, hodnotící komise je povinna posoudit uchazeči nabídnutou cenu za plnění předmětu veřejné zakázky s ohledem na předem předpokládané výdaje zadavatele na její realizaci (k tomu viz zejména rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 88/2012-75 ze dne 21. 11. 2013). Nabídková cena se tak z hlediska toho, zda v některém případě nejde o mimořádně nízkou nabídkovou cenu, poměřuje vždy ve vztahu ke skutečnému předmětu veřejné zakázky a nikoliv ve vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky nebo k nabídkové ceně předložené jinými uchazeči, byť i tato kritéria mohou podpůrně sloužit pro určení či navození pochybnosti o mimořádně nízké nabídkové ceně. Toto nynější zákonné pojetí mimořádně nízké nabídkové ceny posuzované ve vztahu k předmětu veřejné zakázky vychází z evropských zadávacích směrnic a zároveň reflektuje judikaturu Soudního dvora Evropské unie (dříve Evropského soudního dvora).
21. Z dikce § 77 odst. 1 zákona tedy vyplývá, že nabídkovou cenu nelze a priori považovat za mimořádně nízkou, pokud je, byť i ve zřetelném, nepoměru k ostatním nabídkovým cenám, ani pokud se výrazně liší od zadavatelem předpokládané hodnoty veřejné zakázky. I přes jednoznačnost těchto závěrů mohu pro úplnost v této souvislosti uvést například rozsudek Nejvyššího správního soudu evidovaný pod č. j. 1 Afs 42/2012-51 ze dne 17. 10. 2012, v němž jmenovaný správní soud označil jako správné rozhodnutí předsedy Úřadu, v němž bylo odmítnuto jako primární kritérium porovnání s nabídkovými cenami jednotlivých uchazečů, neboť „[t]o by jistě bylo v rozporu s dikcí § 77 odst. 1 ZVZ, který, na rozdíl od předešlých zákonů, vztahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Ceny jiných uchazečů se proto mohou uplatnit jen podpůrně, mohou být pouze určitým vodítkem“. Takovýto přístup k posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny pak klade vysoké nároky na samotnou hodnotící komisi, která musí být natolik erudovaná, aby byla schopna mimořádný nepoměr nabídnuté ceny a skutečné hodnoty předmětu veřejné zakázky odhalit.

22. Považuji v této souvislosti za vhodné dodat, že předestřené pojetí umožňuje vhodně porovnat ceny jednotlivých dodavatelů předložené v nabídkách s věcně danou hodnotou předmětu veřejné zakázky. Je tak do značné míry eliminována určitá neobjektivnost, kterou lze seznat při srovnání nabídkových cen s předpokládanou hodnotou veřejné zakázky či s nabídnutými cenami jiných uchazečů. Přestože i tyto okolnosti (stejně jako celá řada dalších proměnných veličin) mohou mít, resp. mají vliv na úsudek hodnotící komise o přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny v té které posuzované nabídce, je třeba je označit za toliko podpůrné, mající potenciál pouhého vodítka pro vyvození závěru, že se jedná v daném případě o mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Je tomu tak proto, že ačkoliv je zadavatel povinen jednat s odbornou péčí, může se stát, že důsledkem nedostatku všech relevantních a reálných podkladů pro správný odhad předpokládané hodnoty veřejné zakázky v době před zahájením vlastního zadávacího řízení, nebude zadavatelův předpoklad reálný a předpokládaná hodnota veřejné zakázky bude nadsazena či naopak podhodnocena. Obdobně je nutno, nejen s ohledem na dikci § 77 odst. 1 zákona, ale i na vlastní subdodavatelské závazky, marže atd. jednotlivých dodavatelů, odmítnout jako stěžejní srovnání domnělé mimořádně nízké nabídkové ceny s nabídkovými cenami jiných uchazečů. Na tomto místě nicméně zdůrazňuji, že byť výši nabídkových cen posuzuje hodnotící komise zásadně vůči předmětu veřejné zakázky, tato ostatní kritéria je možné pro srovnání aplikovat podpůrně. Jinými slovy řečeno, tato kritéria mohou být, resp. jsou (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 42/2012-51 ze dne 17. 10. 2012) určitým vodítkem k identifikaci možné neadekvátní nabídkové ceny vůči předmětu veřejné zakázky. V této souvislosti rovněž předesílám, že za takovou indicii vedoucí k možnému zjištění mimořádně nízké nabídkové ceny v některé z nabídek jednotlivých uchazečů o veřejnou zakázku, je zároveň možné označit též kvalifikované a věrohodné upozornění zadavatele ze strany kteréhokoliv uchazeče, popřípadě třetí osoby na možnou přítomnost mimořádně nízké nabídkové ceny v některé z předložených nabídek.
23. Hodnotící komise je povinna ve vztahu k otázce mimořádně nízké nabídkové ceny posoudit, zda nabídka konkrétního uchazeče neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Přitom není úkolem hodnotící komise shledat „za každou cenu“ mimořádně nízkou nabídkovou cenu v podaných nabídkách uchazečů, ale ve vlastním zájmu dostatečně odborně posoudit nabídnutou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Shledá-li však hodnotící komise v nabídce uchazeče mimořádně nízkou nabídkovou cenu, je v souladu s § 77 odst. 1 zákona povinna vyžádat si od daného uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné. Jakmile hodnotící komise obdrží od uchazeče jeho zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, musí nezbytně následovat proces hodnocení takového zdůvodnění z hlediska toho, zda nabídnutou cenu opodstatňují objektivní příčiny. Přitom závěrem takového hodnocení je v konečném důsledku to, že hodnotící komise buď zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče akceptuje, popřípadě zvolí postup podle § 77 odst. 3 zákona nebo uchazeče z účasti v zadávacím řízení vyloučí. Vyloučit uchazeče z účasti v zadávacím řízení, pokud tento neobhájí předloženou nabídkovou cenu (ať už z důvodu „slabé“ argumentace nebo pro svou nečinnost), je dle dikce zákona povinností hodnotící komise, nikoliv jejím právem. Naopak neidentifikuje-li hodnotící komise při své činnosti nabídnutou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky jako mimořádně nízkou a ani z její strany důvodně nevznikne pochybnost o možné existenci mimořádně nízké nabídkové ceny v předložených nabídkách, pak neexistuje povinnost zadavatele,

resp. hodnotící komise odůvodňovat (ani v protokolu o posouzení a hodnocení nabídek, ani ve zprávě o posouzení nabídek či případně jiném pořizovaném dokumentu), na základě čeho k takovému závěru dospěla. „[V]ýčet 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. ZVZ ukládá pouze povinnost opačnou, tj. pro případ, že hodnotící komise zjistí mimořádně nízkou nabídkovou cenu. To lze dovodit z povinnosti vyžádat si od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí jeho nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné; má-li totiž uchazeč podat takové zdůvodnění, musí mu být sděleny důvody, pro které zadavatel pokládá nabídkovou cenu za mimořádně nízkou.“, jak je uvedeno v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 88/2012-75 ze dne 21. 11. 2013.

24. Pojem „mimořádně nízká nabídková cena“ je neurčitým právním pojmem. S ohledem na znění § 77 odst. 1 zákona, kde je stanovena povinnost hodnotící komise posoudit „výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky“, je zřejmé, že mimořádně nízkou nabídkovou cenu není možné stanovit jako určitou objektivní hodnotu platící pro všechny veřejné zakázky, avšak je nutné v každém případě zohlednit její specifika, která mohou nabídkovou cenu uchazeče ovlivňovat. Právě proto je toto posouzení uloženo hodnotící komisi, která by měla být vzhledem ke svým odborným znalostem nejlépe uzpůsobena předmětnou problematiku posoudit.
25. V případě, že je tato otázka podrobena přezkumu ze strany Úřadu, je Úřad povinen v rámci svých kompetencí kontrolovat pouze zákonný rámec, v němž se výběr nejvhodnější nabídky provádí, a to včetně dodržení základních zásad zadávání veřejných zakázek. Úřad sice nemůže nahrazovat hodnotící komisi a myšlenkové pochody jejích členů, nicméně může v rámci přezkumu postupu zadavatele kontrolovat dodržování zásad podávaných v § 6 odst. 1 zákona, a to i v souvislosti s postupem zadavatele, resp. hodnotící komise při posuzování a hodnocení nabídek. Uvedené potvrzuje kupříkladu rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 25/2010-94 ze dne 19. 7. 2011, v němž bylo konstatováno, že „[p]ředmětem řízení před žalovaným je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoli samotné kvality výběru. Pravomoc žalovaného končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Žalovaný však mimo jiné dbá na to, aby byla splněna jedna ze základních zásad zadávání veřejných zakázek, a to zásada transparentnosti celého procesu zadávání veřejných zakázek. (...) Žalovaný tedy musel přezkoumat, zda k hodnocení komisí došlo zákonem stanoveným způsobem, zda k tomu došlo transparentním způsobem, tedy zda je posouzení komise přezkoumatelné po formální stránce. Tím, že by žalovaný přezkoumal hodnocení komise v tomto ohledu, nepředjímal by ani nenahrazoval výsledný názor komise. Je to právě žalovaný, kdo tu je k zajištění efektivní kontroly, zda komise k výsledku posouzení dospěla za splnění všech zákonem stanovených požadavků, tedy i za splnění požadavků transparentního, přezkoumatelného a smysluplného popisu způsobu hodnocení nabídek v odůvodnění.“ K uvedené otázce se vyjádřil Krajský soud v Brně také v rozsudku č. j. 62 Ca 11/2009-46 ze dne 2. 9. 2010, když judikoval, že „[n]ejde tu totiž o posouzení myšlenkových pochodů členů hodnotící komise, nýbrž o objektivní posouzení, zda bylo důvodu, aby tato komise ve vztahu ke konkrétní nabídce měla nabídkou cenu posoudit jak mimořádně nízkou, tedy zda měla povinnost postupovat podle § 77 odst. 1 ZVZ (...) a pokud ano, jak této své povinnosti dostála“.

26. I přesto, že Úřad není oprávněn nahrazovat hodnotící komisi a myšlenkové pochody jejích členů, je třeba říci, že stávající judikatura správních soudů dává Úřadu jasný prostor na to, aby tento zkoumal rámec výběru nejhodnější nabídky a posoudil, zda není dán důvod, pro nějž by hodnotící komise měla označit určitou nabídkovou cenu za mimořádně nízkou. Uvedené Úřad ve shodě s přílehlavými rozhodnutími správních soudů učinil, přičemž shledal pochybení hodnotící komise právě v onom „rámci“ provádění výběru nejhodnější nabídky, a to když z dokumentace o veřejné zakázce zjistil, že zadavatel v žádném relevantním dokumentu nezaznamenal, že by se (prostřednictvím hodnotící komise) v souladu s § 77 odst. 1 zákona zabýval posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, resp. nijak neodůvodnil, zda předložené nabídky obsahují či neobsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu, přestože v daném případě existovaly relevantní indicie, které mohly a měly u zadavatele navodit podezření na možnou přítomnost mimořádně nízké nabídkové ceny v některých z obdržených nabídek.
27. V tomto kontextu je nutno říci, že Úřad v napadeném rozhodnutí hovoří toliko o indiciích spočívajících ve významném rozptylu nabídkových cen ve vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky (viz bod 26. odůvodnění napadeného rozhodnutí) a v odchylce nabídkových cen jednotlivých uchazečů vůči průměru z nabídkových cen všech uchazečů (viz bod 27. odůvodnění napadeného rozhodnutí), avšak opomíjí zásadní skutečnost, že zadavatel byl vedle těchto sekundárních „vodítek“ zároveň také na možnou přítomnost mimořádně nízké nabídkové ceny kvalifikovaným způsobem upozorněn, a to prostřednictvím námitek proti výběru nejhodnější nabídky podaným jedním z uchazečů. Konkrétně se jednalo o písemnost nazvanou jako „Podání námítky proti nesprávnému postupu zadavatele při rozhodnutí zadavatele o výběru nejhodnější nabídky“ ze dne 18. 2. 2014, jež podala obchodní společnost – DATmoLUX a.s., IČ 26233100, se sídlem Nováčkova 27, 614 00 Brno – Husovice (dále jen „stěžovatel“) a která je součástí dokumentace o veřejné zakázce (pozn. předsedy Úřadu – dokumentace o veřejné zakázce je přílohou správního spisu evidovaného pod sp. zn. ÚOHS-S30/2015/VZ). V předmětném podání stěžovatel uvedl, že *„[z]adavatel vzhledem ke skutečnostem uvedeným v bodě 8. této námítky, pochybil současně při hodnocení nabídek i z pohledu § 77 zákona, jelikož nabídky minimálně uchazečů na prvních 3 místech by musely být posuzovány jako nabídky s mimořádně nízkou nabídkovou cenou“*, přičemž dále v textu uvedl důvěryhodné skutečnosti tuto námítku odůvodňující. Zadavatel tuto skutečnost pouze zmínil v rozhodnutí o námítkách ze dne 28. 3. 2014, avšak nijak ji nezohlednil a zejména z ní nevyvodil odpovídající postupy. Domnívám se však, že právě toto kvalifikované upozornění bylo stěžejním signálem pro to, aby zadavatel objektivně získal pochybnost o možné přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce toho kterého uchazeče. Svůj závěr mohu opřít zejména o rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 88/2012-75 ze dne 21. 11. 2013, v němž se jmenovaný soud vyjadřuje k možným indiciím ukazujícím na mimořádně nízkou nabídkovou cenu, když říká, že *„[t]ypicky 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.“

28. Hodnotící komise tak v šetřeném případě měla v rámci hodnocení nabídek, resp. posouzení výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, naznat podezření na mimořádně nízkou nabídkovou cenu, avšak nejen pro důvody, které uvedl Úřad v napadeném rozhodnutí (tj. srovnání nabídkových cen vůči předpokládané hodnotě veřejné zakázky či nabídkovým cenám jiných uchazečů), ale především z kvalifikovaného upozornění vycházejícího z námitek stěžovatele. V takové situaci tak hodnotící komise byla povinna provést dostatečný a zejména transparentní záznam v odpovídajícím dokumentu o veřejné zakázce o tom, že ta která nabídka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Jinými slovy řečeno, v případě, kdy hodnotící komise i přes existenci indicií nepojme podezření na vyskytnuvší se mimořádně nízké nabídkové ceny, je povinna s ohledem na nutnost dodržet zásadu transparentnosti uvést důvody, jež ji vedly k takovému závěru. Situace, kdy zadavatel (resp. hodnotící komise) neidentifikuje nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky jako mimořádně nízkou i přes existenci indicií, které tomu nasvědčují, aniž by se v rámci jakéhokoli dokumentu založeného do dokumentace o veřejné zakázce k této skutečnosti jakkoli přezkoumatelně vyjádřil, vede k situaci, která se navenek nutně jeví tak, že zadavatel indicie o existenci mimořádně nízké nabídkové ceny zcela ignoroval. Takový stav je však přímým popřením základního principu transparentnosti postupu zadavatele, jak jej podává § 6 odst. 1 zákona. Přitom zásada transparentnosti, stojící vedle zásady zákazu diskriminace a zásady rovného zacházení, se musí prolínat všemi úkony zadavatele, kterými posuzuje a hodnotí nabídky, když takovým posouzením a hodnocením nabídky je i její posouzení z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny. S ohledem na uvedené, je tedy zřejmé, že posouzení a hodnocení nabídek musí být zachyceno v takovém úkonu zadavatele, který obsahuje informace, které budou pro účely přezkoumání jeho postupu přístupné nejen orgánu dohledu, ale i dalším účastníkům zadávacího řízení, neboť jsou to v první řadě účastníci zadávacího řízení, kteří mají právo být seznámeni s postupem zadavatele, kterým hodnotil jejich nabídky, aby se tak mohli dozvědět, jakým způsobem byla posuzována nejen jejich nabídka, ale i nabídky dalších účastníků.
29. Nad rámec pouze okrajově uvádím, že fakt, že Úřad v napadeném rozhodnutí opomenul existenci kvalifikovaného upozornění na přítomnost mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídkách některých uchazečů o veřejnou zakázku, byť v tomto rozhodnutí je na tuto skutečnost pohlíženo jako na „nejvýznamnější“ vodítko pro navození pochyb na straně zadavatele, resp. jeho hodnotící komise, neznačí to přímou nesprávnost či nezákonnost napadeného rozhodnutí. Přesto považuji za nezbytné v rámci řízení o rozkladu napadené rozhodnutí o tato zjištění v souladu s § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu doplnit a zohlednit je při posouzení předmětné problematiky. Tento postup přitom explicitně umožňuje i ustálená rozhodovací praxe, podle které platí, „že z hlediska soudního přezkumu tvoří rozhodnutí správního orgánu I. stupně a orgánu odvolacího, resp. rozkladového jeden celek, a je tak přípustné, aby případná pochybení a nedostatky řízení vedeného před správním orgánem prvního stupně byly odstraněny, resp. napraveny v řízení před odvolacím

(rozkladovým) orgánem.“, jak uvedl Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 30 Af 138/2012 ze dne 19. 2. 2015.

30. Vráťím-li se k samotným rozkladovým námitkám zadavatele, mohu říci, že vlastní podstata rozkladové argumentace vychází z přesvědčení zadavatele, že při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny postupoval v souladu se zákonem a pokud přeci jen pochybil, jak je mu vytýkáno, jednalo se o pochybení toliko administrativního rázu. S tím se však nemohu (i ve světle již zmiňované zásady transparentnosti) ztotožnit, neboť k posouzení a hodnocení mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče nelze přistupovat jako k pouhé formalitě, a to i tehdy, pokud hodnotící komise i přes existující indicie neshledá nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou. Hodnotící komise je totiž, jak podrobně dovozeno výše, ex lege povinna zabývat se možným výskytem mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce toho kterého uchazeče a v případě, že získá (nebo měla získat) pochybnosti o možné přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny v obdržovaných nabídkách v porovnání s předmětem veřejné zakázky, pak je pro dodržení zásady transparentnosti o jednotlivých úkonech učiněných v této souvislosti a svých závěrech, povinna učinit přezkoumatelné „sdělení“ či záznam v dokumentaci o veřejné zakázce. Tato povinnost zadavatele stíhá na základě ustanovení § 77 zákona a dále ji poměrně podrobně a často rozvádí soudní judikatura i rozhodovací praxe Úřadu. Není tudíž pravdou, jak ostatně očividně vyplývá i z odůvodnění tohoto rozhodnutí a napadeného rozhodnutí, kde je z judikatury správních soudů hojně citováno, že by snad právní úprava mimořádně nízké nabídkové ceny v zákoně byla nedostatečná či nejednotně interpretovaná. Rozhodovací praxe je v této oblasti naopak poměrně ustálená a není mezi sebou v žádném „střetu“, pro nějž by se snad zadavatel mohl jakkoliv zbavit odpovědnosti za svůj nesprávný postup v zadávacím řízení či toto své konání zlehčit. Zároveň je třeba v této souvislosti poukázat na fakt, jehož jsem se dotkl již výše v bodě 24. odůvodnění tohoto rozhodnutí, a to že institut mimořádně nízké nabídkové ceny nelze nastavit jako univerzální vzorec či objektivně určenou hodnotu platící pro všechny veřejné zakázky. Naopak odlišit odpovídající nabídkovou cenu od té mimořádně nízké může v praxi činit nemalé komplikace, avšak právě od toho jsou zpravidla jmenovány hodnotící komise, které mají být schopny danou otázku posoudit a mimořádný nepoměr nabídnutých cen vůči předmětu veřejné zakázky odhalit. S ohledem na povahu předmětného institutu tedy zákonodárce zřejmě ani nemohl podrobněji ošetřit veškeré otázky související s mimořádně nízkou nabídkovou cenou, když toto ponechal vlastnímu uvážení zadavatele a následně rozhodovací praxi, která jediná může případně flexibilně zohlednit specifika toho kterého případu a utvářet tak konkrétnější meze postupu zadavatele, resp. hodnotící komise.
31. Na uvedeném nemůže ničehož změnit ani citace v závěru rozkladu, podle níž není na zadavatele, resp. na hodnotící komisi kladena povinnost shledat mimořádně nízkou nabídkovou cenu v nabídkách uchazečů a v případě, že tedy není shledána, pak nemusí být taková skutečnost nikde odůvodněna. Domnívám se však, že autor původního textu tímto konstatováním měl na mysli jiný obsah sdělení, než jak jej vykládá zadavatel. Z logiky věci je tímto adresátovi textu sdělováno, že uvážení, zda ten který uchazeč předložil ve své nabídce mimořádně nízkou nabídkovou cenu, spadá výlučně do kompetence jmenované hodnotící komise, popřípadě zadavatele, není-li tato jmenována. Hodnotící komise tedy pochopitelně nemůže být zavázána shledat v nabídkách uchazečů mimořádně nízkou nabídkovou cenu, to je ostatně věcí myšlenkových pochodů jejích členů, nicméně hodnotící komise současně nemůže nerespektovat zákonná ustanovení, která jí stanoví povinnost,

jak při hodnocení postupovat, ani judikaturu, jenž ve prospěch zásady transparentnosti zadávacího řízení explicitně určila, jak z „opatrnosti“ reagovat na určitá vodítka o možné přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny.

32. K tomuto okruhu rozkladových námitek dotýkajících se údajné nedostatečnosti právní úpravy mimořádně nízké nabídkové ceny v zákoně a nejednotnosti judikatury či odborné literatury mohu uzavřít, že předmětné námitky zadavatele jsou zcela irelevantní, neboť jednak nevycházejí ze skutečného stavu (například i drtivá většina v tomto i napadeném rozhodnutí citovaných rozsudků správních soudů byla vydána před zahájením šetřeného zadávacího řízení) a jednak nemají žádný vliv na samotné konstatování správního deliktu spáchaného zadavatelem tak, jak je popsán ve výroku I. napadeného rozhodnutí. Byť tedy lze připustit argument, že nedostatky právní úpravy nemohou jít k tíži jejich adresátů, zde se o takový případ zcela jistě nejedná, což srozumitelně a jasně plyne z textu odůvodnění výše.
33. Zadavatel se dále domnívá, že jemu vytýkané jednání nemůže naplňovat skutkovou podstatu údajně spáchaného správního deliktu, neboť napadeným rozhodnutím předpokládané porušení zákona neovlivnilo a ani nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a to proto, že v rámci předmětného zadávacího řízení byl vybrán uchazeč, jehož nabídka byla nejvhodnější, přičemž veřejná zakázka byla splněna v souladu s předloženou nabídkou, a to i z hlediska výše ceny za plnění předmětu veřejné zakázky. K tomu uvádím, že zadavatel správně poukazuje na skutečnost, že znaky skutkové podstaty správního deliktu spáchaného zadavatelem jsou naplněny tehdy, je-li jednání zadavatele způsobilé mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. V tomto kontextu je třeba poukázat na formulaci ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, podle něž postačuje toliko možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. V souvislosti s tím odkazuji na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2013, sp. zn. 9 Afs 78/2012, kde se Nejvyšší správní soud ztotožnil s názorem Krajského soudu v Brně a učinil závěr, že *„je podstatné znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. Ze zákonného znění přitom expressis verbis plyne, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky“*. V daném případě možnost podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky spočívá ve skutečnosti, že zadavatel v případě, že by prostřednictvím hodnotící komise shledal při odpovídajícím postupu (tj. při adekvátním a transparentním posouzení nabídky jednotlivých uchazečů z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny) nabídku vybraného uchazeče jako mimořádně nízkou, mohl při dodržení § 77 zákona dospět až k závěru, že by bylo nutné nabídku vybraného uchazeče ze zadávacího řízení vyřadit, čímž by pak nepochybně k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo. Z tohoto pohledu proto mám požadavek podstatného vlivu, popřípadě potenciálního podstatného vlivu, na výběr nejvhodnější nabídky v zadávacím řízení za naplněný. Úřad tedy správně a v souladu se zákonem konstatoval, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona způsobem, jak je tento popsán ve výroku I. napadeného rozhodnutí, přičemž zároveň náležitě zjistil a uvedl, že vytýkaný netransparentní postup zadavatele (resp. hodnotící komise) při posouzení nabídek z hlediska výše nabídkových cen ve vztahu

k předmětu veřejné zakázky mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť v případě, že by nabídka vybraného uchazeče byla hodnotící komisí vyřazena, byla by vybrána jako nejvhodnější nabídka jiného uchazeče.

34. S ohledem na rozkladové námitky musím dále uvést, že vůči závěrům o porušení ustanovení § 77 odst. 1 ve spojení s § 6 odst. 1 zákona je zcela irelevantní, že veřejná zakázka byla fakticky kvalitativně i cenově splněna v souladu s předloženou nabídkou. Zadavateli je totiž vytýkáno to, že tento nepostupoval v souladu se zákonem, když ignoroval indicie o možné přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny, přestože k tomu neměl jakýkoliv důvod a zcela netransparentně tuto skutečnost „přešel“, aniž by se v adekvátním dokumentu vyhotoveném v rámci zadávacího řízení k těmto otázkám jakkoliv zmínil či vyjádřil. Není mu tudíž kladeno za vinu, že měl nabídku vybraného uchazeče skutečně označit za mimořádně nízkou, nýbrž že tuto měl (popřípadě vedle dalších nabídek, které rovněž mohly objektivně vzbuzovat pochybnosti o jejich neodpovídající výši) posoudit tak, aby jakékoliv pochyby o existenci mimořádně nízké nabídkové ceny byly rozptýleny, což zároveň měl jasně, srozumitelně a transparentně zachytit v příslušném dokumentu v rámci zadávacího řízení. I proto skutečnost, že v průběhu času vyšlo najevo, že vybraný uchazeč byl schopen veřejnou zakázku splnit za cenu, kterou předložil v rámci své nabídky, nemá žádný vliv na konstatování správního deliktu tak, jak byl ve výroku I. napadeného rozhodnutí Úřadem konstruován. Nad rámec těchto závěrů nicméně podotýkám, že skutečnost, že netransparentní postup zadavatele neměl za následek nekontrolovatelné navyšování původně vysoutěžené ceny veřejné zakázky, byla v dostatečné míře zohledněna při uvážení Úřadu o výši ukládané pokuty (kde ostatně takové úvahy mají své opodstatnění). Vzhledem k uvedenému tedy mohu říci, že i tato námitka zadavatele je zcela nedůvodná.
35. Nelze souhlasit ani s názorem zadavatele, že se nemůže dopustit porušení zákona tím, že nabídkovou cenu některého uchazeče jako mimořádně nízkou neshledal, i když tak měl učinit, což je dáno tím, že jedině on nese obchodněprávní riziko nesplnění závazku ze smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky. Zde je však třeba mít na paměti, že institut mimořádně nízké nabídkové ceny nechrání pouze zadavatele před nebezpečím uzavření smlouvy s uchazečem, který by následně nebyl schopen plnit své závazky, ale rovněž i ostatní uchazeče, a to před neférovým jednáním svých konkurentů, již se zadavateli podbízejí nabídkovou cenou, kterou nejsou schopni zachovat, pouze proto, aby mohli plnit předmět veřejné zakázky. Nerozporuji, že primárně slouží institut mimořádně nízké nabídkové ceny k ochraně zadavatele, resp. k posílení jistoty, že nebude docházet k nehospodárnému navyšování finančního plnění (z veřejných zdrojů) na veřejnou zakázku, pokud by uchazeč nebyl schopen pro podbíživou cenu plnit vysoutěžený předmět zakázky, nicméně i přesto nelze zapomínat na sekundární ochranu ostatních účastníků zadávacího řízení před nekalými praktikami svých konkurentů. Platí-li uvedené, pak nemohu akceptovat tvrzení zadavatele, že případné neshledání mimořádně nízké nabídkové ceny jde toliko k jeho tíži. Nadto považuji za vhodné upozornit i na skutečnost, že smyslem a účelem zákona je především hospodárné, efektivní a účelné vynakládání veřejných prostředků tak, aby byla dosažena jejich úspora a aby nebyly vynakládány nehospodárně či zbytečně, k čemu by však zřejmě zpravidla docházelo, kdyby zadavatelé rezignovali na posouzení nabídkových cen z hlediska jejich výše vůči předmětu veřejné zakázky s omluvou, že je to pouze jejich obchodněprávní riziko, nebude-li závazek ze smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky splněn. Proto i tento argument zadavatele mohu jako nedůvodný odmítnout.

36. Rozklad zadavatele směřuje i proti výroku o uložení pokuty, ačkoliv zadavatel neuvádí žádné konkrétní námitky napadající její výši či zákonnost. Uloženou pokutu jsem proto přezkoumal z hlediska zákonnosti a přiměřenosti, stejně tak jako postup Úřadu při jejím stanovení, přičemž mohu konstatovat, že Úřad při určení výše pokuty přihlédl k závažnosti spáchaného správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl zadavatelem spáchán (viz body 42. až 46. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Rovněž byla Úřadem výše pokuty řádně posuzována tak, aby tato byla úměrná finančním poměrům zadavatele a neměla vůči němu likvidační charakter, když Úřad vzal v úvahu návrh rozpočtu v oblasti příjmů zadavatele na rok 2015 zveřejněný na internetových stránkách zadavatele. Z něj pak učinil závěr, že s ohledem na fakt, že zadavatel disponuje finančními prostředky ve výši 759.640.000 Kč, nemůže mít uložená pokuta likvidační potenciál. Zároveň nemůže být uloženou pokutou ohrožena činnost zadavatele, jakožto statutárního města. Úřad při stanovení výše pokuty tedy přezkoumal mimo jiné i majetkové poměry zadavatele a mohu tedy konstatovat, že tím naplnil svou zákonnou povinnost, rozvedenou pak například v rozsudku Nejvyššího správního soudu pod č. j. 1 As 9/2008-133 ze dne 20. 4. 2010 (byť se v citovaném rozsudku, odlišně od zadavatele, jednalo o fyzickou osobu), který říká, že *„[s]právní orgán ukládající pokutu za jiný správní delikt je povinen přihlédnout k osobním a majetkovým poměrům pachatele tehdy, pokud je podle osoby pachatele a výše pokuty, kterou lze uložit, zřejmé, že by pokuta mohla mít likvidační charakter, a to i v případech, kdy příslušný zákon osobní a majetkové poměry pachatele v taxativním výčtu hledisek rozhodných pro určení výše pokuty neuvádí.“* Nadto upozorňuji, že pokuta byla Úřadem zadavateli stanovena při samé dolní hranici zákonné sazby.
37. Stran polehčujících a přitěžujících okolností se přikláním k názoru Úřadu, který v dané věci neshledal žádné přitěžující okolnosti a jako polehčující shledal pouze fakt, že v šetřeném případě bylo plnění veřejné zakázky realizováno a dokončeno vybraným uchazečem za jím nabídnutou cenu bez jakéhokoliv navýšení prostřednictvím víceprací, a lze tedy konstatovat, že netransparentní postup zadavatele neměl za následek nekontrolovatelné navyšování původně vysoutěžené ceny veřejné zakázky. Mám za to, že Úřad v daném případě dospěl ke správnému závěru, když za předmětný správní delikt dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uložil pokutu ve výši 50.000 Kč. Zohlednil tak skutečnost, že pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložení velmi nízké pokuty by tato neplnila svou funkci, tj. sankce za protiprávní jednání a preventivní působení pro příští postup zadavatele při jiném zadávacím řízení. Krajský soud v Brně se ve svém rozsudku č. j. 62 Ca 33/2008 – 57 ze dne 18. 6. 2009 k této problematice vyjádřil následovně: *„konkrétní forma postihu a jeho výše musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností, jaké svědčí žalobci (zadavatel), zároveň musí být postih dostatečně znatelný v materiální sféře žalobce (zadavatele), aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro žalobce (zadavatele) likvidačním.“* Závažnost porušení zákona spatřuji především ve skutečnosti, že zadavatel nesplněním povinnosti stanovené v § 77 odst. 1 zákona učinil svůj postup, resp. postup hodnotící komise nepřezkoumatelným a zároveň též netransparentním. Pouze opakuji, že výše pokuty uložená Úřadem je stanovena při samé dolní hranici zákonné sazby, proto ji lze označit za zcela přiměřenou porušení zákona a zohledňující obě základní funkce právní odpovědnosti (jak je uvedeno v bodu 48. odůvodnění napadeného rozhodnutí).

38. Připomínám v této souvislosti, že každá peněžité sankce představuje nepříznivý zásah do majetkové i jiné sféry povinného, a proto negativně dopadá na jeho další činnost, a tedy i na jeho rozvoj (viz rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 16. 11. 2004, č. j. 10 Ca 250/2003-48). S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu, a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze výši sankčního postihu zcela minimalizovat.
39. Mohu tedy uzavřít, že postup Úřadu při stanovení výše pokuty shledávám na jedné straně konformní se zněním § 120 odst. 2 písm. a) zákona a § 121 zákona, na straně druhé plně přiléhavý specifickým daného případu. S ohledem na výše uvedené lze postup Úřadu považovat za souladný s pravidly logického usuzování, když předpoklady takového úsudku byly zjištěny zákonným procesním postupem. Úřad při stanovení výše pokuty nevybočil ze zákonem stanovených mezí správního uvážení při současném respektování základních zásad správního trestání. Proto shledávám postup Úřadu při uložení sankce a stanovení její výše za zákonný.
40. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí v jeho výročí a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když jsem napadené rozhodnutí 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. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly splněny podmínky pro uložení sankce za spáchaný správní delikt zadavatelem, 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. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzení zadavatele, že Úřad v napadeném rozhodnutí nesprávně posoudil naplnění všech znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy

41. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**zákon o zadávání veřejných zakázek**“).
42. Podle čl. 40 odst. 6 Listiny se 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. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.
43. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že *„[t]restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány*

exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...). Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (...). Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání“. K totožnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.

44. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující. Deliktní odpovědnost zadavatele konstatovaná napadeným rozhodnutím se opírá o závěr Úřadu, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu s § 77 odst. 1 ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, když v rozporu se zásadou transparentnosti ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 25. 2. 2014 ani z jiného dokumentu obsaženého v dokumentaci o veřejné zakázce nevyplývá, že by se hodnotící komise v souladu s § 77 odst. 1 zákona při posouzení nabídek zabývala i posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 23. 4. 2014 s vybraným uchazečem smlouvu o dílo. Vzhledem k tomu, že i zákon o zadávání veřejných zakázek předpokládá, že zadavatel obligatorně provede posouzení nabídek z pohledu přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny, což z logiky věci obdobně jako za účinnosti zákona poznamená do relevantního dokumentu pořizovaného v rámci zadávacího řízení, je zřejmé, že i při aplikaci zákona o zadávání veřejných zakázek by se jednalo o porušení § 77 odst. 1 spolu s § 6 odst. 1 zákona, resp. § 113 odst. 1 a 4 ve spojení s § 6 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Na uvedeném ničehož nemění ani skutečnost, že zadavatel ve smyslu § 48 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek toliko může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud jeho nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Oproti tomuto jmenovanému ustanovení totiž stojí § 113 odst. 6 zákona o zadávání veřejných zakázek, v němž zákonodárce ukotvuje případy, v nichž zadavatel účastníka zadávacího řízení vyloučí obligatorně. Aby však mohla nastat situace, kdy by byl zadavatel nucen postupovat podle § 113 odst. 6 zákona o zadávání veřejných zakázek, muselo by tomu předcházet zadatelovo posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny v předložené nabídce tak, jak bylo dovozeno výše v textu odůvodnění tohoto rozhodnutí. Jinými slovy řečeno, vzhledem k tomu, že zákon o zadávání veřejných zakázek upravuje situace, v nichž zadavatel musí vyloučit uchazeče ze zadávacího řízení, není možné posouzení přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce uchazeče „odbyť“ konstatováním, že vyloučení účastníka zadávacího řízení je a priori fakultativní možností zadavatele.
45. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť právní úprava dle zákona o zadávání veřejných zakázek není pro zadavatele právní úpravou příznivější, tudíž je třeba správní delikt posuzovat podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy dle zákona. Šetřený správní delikt zadavatele naplňuje stejné znaky skutkové podstaty, přičemž i výše sazby pokuty a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle zákona o zadávání veřejných zakázek, tak i podle zákona.

46. Z uvedeného vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se jednalo o správní delikt dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek, podle něž by zadavatel porušil § 113 ve spojení s § 6 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, když by v rozporu se zásadou transparentnosti nezaznamenal v některém z dokumentů obsažených v dokumentaci o veřejné zakázce, že se při posouzení nabídek zabýval i posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, přičemž by uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
47. Co se výroku II. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu týká, uvádím, že zákon o zadávání veřejných zakázek v § 268 odst. 2 stanoví výši pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek ve stejné výši jako § 120 odst. 2 zákona. Pozdější právní úprava tak ani ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější.

Závěr

48. 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.
49. 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 tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

JUDr. Pavel Mareček, Vaníčková 1070/29, 400 01 Ústí nad Labem

Vypraveno dne:

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